



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

PEDRO VICTOR PORTO FERREIRA

ENTRE A LEGALIDADE E A POLÍTICA:
O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA SOB A ÓTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Brasília

2022



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

PEDRO VICTOR PORTO FERREIRA

**ENTRE A LEGALIDADE E A POLÍTICA:
O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA SOB A ÓTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, elaborada sob a orientação da Prof.^a Dra. Beatriz Vargas.

Brasília

2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

Pedro Victor Porto Ferreira

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Beatriz Vargas (Orientadora)
Universidade de Brasília (UnB)

Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Universidade de Brasília (UnB)

Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Brasília, _____ de 2022.

RESUMO

A ideia da democratização do controle penal por meio do próprio direito penal, isto é, a premissa de um redirecionamento do poder punitivo às classes sociais mais elevadas e aos sujeitos detentores de poder político e econômico, foi e, ainda é, reiteradamente mencionada pelos operadores do direito, principalmente membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. A esse respeito, casos, como o “Mensalão” e a “Lava Jato”, são tidos enquanto representativos da concretização desse fim. Nesse contexto, reforça-se a aposta no combate à corrupção pelo Judiciário, especialmente pela via criminal, o que deve ser visto com cautela. Isso porque o fenômeno da corrupção é um problema complexo, o qual possui variáveis concernentes ao campo econômico, moral, ético e político, de modo a impossibilitar, bem como a não recomendar, a construção de uma solução única, mormente pela atuação judicial. Ainda assim, foi o Poder Judiciário que se consolidou como principal espaço para o enfrentamento da questão, tarefa desempenhada sob termos jurídico-penais. Nesse quadro, tem-se a aproximação do direito com a política, na medida em que o primeiro passa a regular a atividade da segunda, definindo quais as práticas aceitáveis e as corruptas através do binômio do lícito e do ilícito. A consequência disso, em seus pronunciamentos, foi a incorporação dos conceitos originários desses outros saberes em detrimento do texto legal, revelando-se o problema. Isso em razão de, tendo em vista que o direito penal é a manifestação de restrição de direitos fundamentais, o seu pilar é a legalidade, responsável por estabelecer o limite do alcance da interpretação penal, logo, modelos decisórios pautados pelo uso de conceitos abertos e abstratos tendem a violar o seu conteúdo. Como forma de visualizar esse cenário, direcionou-se o estudo ao Supremo Tribunal Federal e aos acórdãos das suas ações penais originárias nas quais houve a imputação do delito de corrupção passiva, considerando-o como o tipo que traduz a compreensão penal acerca do referido fenômeno. Por meio disso, buscou-se examinar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre tal crime, bem como os fundamentos por ele articulados, a fim de observar se, em suas decisões mais recentes, no afã de construir uma resposta punitiva à corrupção, violou-se o conteúdo da legalidade penal.

Palavras-chave: corrupção; política; judicialização da política, Supremo Tribunal Federal; corrupção passiva.

ABSTRACT

The idea of democratization of criminal law through criminal law itself, in other words, the premise of a redirection of punitive power to the highest classes and to the individual bearers of political and economic power, was and still is, repeatedly mentioned by the legal professionals, mainly the members of the Judiciary Branch and of the Public Prosecutor. In this regard, cases such as “Mensalão” and “Lava Jato” are perceived as representatives of the achievement of this end. In this context, the commitment of the Judiciary Branch in fighting corruption is reinforced, especially through a criminal via, which must be treated with caution. This is because the phenomenon of corruption is a complex problem, possessing variables pertaining to the economic, moral, ethic, and political fields, in a way that precludes the construction of an only solution, above all through judicial action. Nevertheless, it was the Judiciary Branch who consolidated itself as the main space for the confrontation of this issue, task performed under juridical-criminal terms. In addition, there is the approximation of law with politics, in as much as the former becomes the regulator activity of the latter, establishing which practices are acceptable or corrupt through the binomial of licit and illicit. The consequence, in its pronouncements, was the incorporation of concepts originating from these other fields of knowledge to the detriment of the legal text, which has proven to be the problem. This is so because, bearing in mind that the criminal law is the manifestation fundamental human rights restriction, its pillar is legality, responsible for establishing the limit to its scope, hence, decision-making grounded by the use of open and abstract concepts tend to violate its content. In order to envision such context, it was direct to the Federal Supreme Court the study and the court judgments of the original criminal cases in which there was the imputation of the crime of passive corruption, considering it as the offense that reflects the criminal law comprehension above referred to such phenomenon. Thereby, it was intended to examine the understanding of the Federal Supreme Court about this crime, as also the bases used by it, in order to observe if, in its most recent decisions, in its eagerness to build a punitive answer to corruption, the content of the principle of legality was violated.

Keywords: corruption; politics; judicialization of politics; Federal Supreme Court, passive corruption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
------------------	---

CAPÍTULO 1

A CORRUPÇÃO E O DIREITO: UM PROBLEMA PARA ALÉM DA NORMA

1.1	Considerações preliminares	14
1.2	A corrupção, um problema estritamente jurídico?	25
1.3	Os reflexos no direito diante do caráter multifacetado da corrupção: as relações entre o político e o jurídico	29

CAPÍTULO 2

ENTRE A JURISDIÇÃO E A POLÍTICA

2.1	A judicialização da política: das causas aos efeitos	38
2.2	A representação da política nas Cortes.....	46
2.3	A política no Judiciário e o Judiciário na política	51
2.4	Reflexões sobre a judicialização da política pela via do direito penal	58

CAPÍTULO 3

LEGALIDADE, DOGMÁTICA E JURISPRUDÊNCIA

3.1	Considerações preliminares	64
3.2	Levando a sério o princípio da legalidade	67
3.3	Dogmática penal e jurisprudência.....	83
3.4	O delito de corrupção passiva.....	91

CAPÍTULO 4

O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1	Considerações preliminares	101
4.2	Ação Penal nº 307/DF	102
4.3	Ação Penal nº 470/MG.....	113
4.4	Ação Penal nº 996/DF	118
4.5	Ação Penal nº 1.002/DF	128
4.6	Ação Penal nº 1.015/DF	133

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
---------------------------	-----

REFERÊNCIAS 142

INTRODUÇÃO

Inicialmente, quando ingressei no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, com o fim de aprofundar o trabalho iniciado na graduação, almejava estudar a aplicação da teoria da cegueira deliberada aos crimes de lavagem de dinheiro, especialmente por ter observado um aumento, após 2014, do número de acórdãos condenatórios, nos Tribunais Regionais Federais, com esteio nessa doutrina. No entanto, no primeiro semestre do programa, tive a oportunidade de cursar a matéria ofertada pela Professora Beatriz Vargas, a qual teve como enfoque temas, ainda controversos, relacionados aos usualmente denominados crimes de colarinho branco, o que mudou completamente o caminho da pesquisa, de início planejada. O novo projeto de pesquisa foi, então, pensado essencialmente a partir das provocações feitas em duas das aulas ministradas, uma conduzida por Ela Wiecko e outra por Ademar Borges.

A primeira teve como bibliografia indicada o artigo elaborado pela expositora e intitulado *A ilusória democratização do(pelo) controle penal*¹, publicado em livro de homenagem a Vera Regina Pereira de Andrade. Nele, questiona-se o discurso legitimador observado no âmbito da Operação Lava Jato, calcado na ideia de democratizar o controle e de promover a igualdade social, bem como a efetividade de direitos difusos e coletivos, por meio do controle penal. Com base na investigação empírica feita em sua tese de doutorado e nos resultados obtidos em pesquisas mais recentes, a autora reafirma a “impossibilidade de o direito penal revolucionar a estrutura do poder político-econômico, de promover a igualdade social e de ser aplicado igualitariamente”². Nesse sentido, para além dos números tidos como representativos da constantemente suscitada impunidade, o texto revela que a definição do campo da criminalidade pelas instâncias formais segue o modelo estruturalmente seletivo do sistema penal brasileiro, cuja operacionalidade é umbilicalmente associada à desigualdade socioeconômica do país e à exclusão da repressão punitiva de determinados grupos de pessoas. Ainda assim, propostas por um direito penal dito mais democrático e dirigido às classes dominantes são reiteradamente feitas, não apenas por aqueles que acreditam na necessidade de expansão do *ius puniendi*, mas também por aqueles que se propõem a analisá-lo criticamente³. Nesse afã, a resposta é construída mediante a criação de tipos penais, sobretudo de perigo

¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A ilusória democratização do (pelo) controle penal. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora (Orgs.). **Construindo as criminologias críticas**: a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp.289-323.

² Ibid., p. 291.

³ Ibid., p. 293.

abstrato, a cominação e aplicação de penas mais severas, a relativização de garantias processuais, consolidando um cenário em que “o processo penal passa a ser visto como obstáculo à efetiva aplicação da lei penal e as estratégias de defesa como crime de obstrução da justiça”⁴, esquecendo-se, por outro lado, da ausência de “uma reforma profunda do processo, da organização judiciária, da política, com o objetivo de democratizar esses setores do aparato punitivo estatal”⁵.

Em que pesem as evidências, as declarações de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público sobre o julgamento da Ação Penal nº 470/MG e, mais recentemente, acerca do papel da Operação Lava Jato ilustram essa aposta no direito penal para combater os crimes cometidos pelos poderosos, em especial políticos e empresários influentes, a título de exemplo:

De sorte que é muito positivo, passar a limpo a atividade política, eliminar essa questão do caixa 2. No fundo os políticos imaginam que tudo podem. A partir desse calvário eles vão repensar em tomar uma atitude como essa que lhes foi imputada na ação penal 470. Os debates mostraram que o STF tem agido democraticamente. O Brasil tende a passar a limpo várias coisas que ficaram no passado (Nelson Calandra, ex-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros).

[...]

Representa um divisor de águas, porque o Brasil não está acostumado a ver sequer um julgamento efetivo de pessoas que detêm posições privilegiadas. E agora vê um julgamento independente, que não se curvou a posições políticas. Não consigo ver nesse julgamento nenhum tipo de pressão inidônea (...). A história que vemos é de muita leniência ao julgar pessoas poderosas. Essa é a quebra de paradigma para que as normas sejam respeitadas por todos (Márlon Reis, cofundador do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral).

[...]

O comentário que posso fazer é sobre o que eu acho que esse julgamento representa institucionalmente para o Brasil. Eu acho que o julgamento mais do que a condenação de pessoas, ele é a condenação de um modo de fazer política, que tem marcado toda a República brasileira (Luis Roberto Barroso, à época advogado)⁶.

Sobre a Lava Jato, em seminário do Conselho Nacional do Ministério Público, disse o ex-procurador-geral da República:

⁴ CASTILHO, op. cit., p. 297.

⁵ CASTILHO, op.cit., p. 295.

⁶ ARAÚJO, Glauco; COSTA, Fabiano; D’AGOSTINHO, Rosanne; STOCHERO, Tahiane. **Especialistas elogiam o julgamento do mensalão pelo STF**. G1, 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/mentasla0/noticia/2012/10/especialistas-elogiam-julgamento-do-mentasla0-pelo-stf.html>. Acesso em: 2 nov. 2022.

Estamos em guerra contra um inimigo sem face! Não é definitivamente uma guerra contra pessoas ou contra partidos; mas, sim, contra a impunidade e a corrupção que dilapida o patrimônio do País. Mas não estamos sozinhos. Contamos com o nosso brioso Judiciário, que não deixará se influenciar por pressões políticas e saberá julgar com imparcialidade, sem concessões aos poderosos de turno⁷.

O uso do direito penal como instrumento de combate enseja preocupação, em especial por vir acompanhado, na maior parte das vezes, da releitura de categorias da dogmática processual e material. A preocupação é reforçada diante das características de um dos alvos objeto do combate, a corrupção. Isso porque sua conceituação é polissêmica, constituída por juízos jurídico-legais e político-sociais, propiciando no âmbito da atuação judicial, um espaço para pronunciamentos descolados do texto legal, nos quais sobressaem os argumentos do senso comum sobre política, economia, ética e moral.

Com o objetivo de estudar essa circunstância multifocal do problema, recorri bibliografia⁸ indicada na disciplina *Corrupção – Aspectos Atuais (DPM5997)* do curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ministrada pela Professora Ana Elisa Liberatore Bechara e pelos Professores Renato de Mello Jorge Silveira e Sérgio Salomão Shecaira.

Notadamente no exercício do poder punitivo, a amplitude de significados pode implicar um confronto com uma das vigas mestras do sistema criminal, a saber, a legalidade. Esse foi o tema da aula dada por Ademar Borges: *A crise da legalidade no direito penal brasileiro: a corrupção passiva (dimensões materiais e processuais)*. Das lições ofertadas alguns pontos merecem destaque: (i) a crise da legalidade no direito e processo penal brasileiro, (ii) as projeções dessa crise sobre o delito de corrupção passiva, (iii) a crença na reforma do sistema político por meio do direito penal e (iv) a adoção de parâmetros normativos desprovidos de adequação estrita nos julgamentos penais. Da soma destas reflexões, concebeu-se o caminho a ser trilhado desde o problema da pesquisa até à confirmação, ou não, da hipótese proposta.

A pergunta-problema de pesquisa consistiu em identificar se a interpretação do crime de corrupção passiva feita pelo Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos de ações penais

⁷ ESTADO DE MINAS. **Janot diz que PGR está em guerra contra um inimigo sem face**. Estado de Minas, 2017. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/06/19/interna_politica,877490/janot-diz-que-pgr-esta-em-guerra-contra-um-inimigo-sem-face.shtml. Acesso em: 2 nov. 2022.

⁸ FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). **Corrupção – Aspectos Atuais**. Disponível em: https://pos-graduacao.direito.usp.br/disciplinas_credenci/corruptcao-aspectos-atuais-dpm5997. Acesso em: 03 nov. 2022.

originárias proferidos nos casos Collor (AP nº 370/DF), Mensalão (AP nº 470/MG) e Lava Jato (AP nº 996/DF, 1.002/DF, 1.015/DF) ultrapassaram os limites do princípio da legalidade. A hipótese era de que, em suas decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal ampliou o alcance permitido pela interpretação extensiva, de modo a violar o conteúdo da legalidade penal, por meio de uma paulatina adoção de métodos interpretativos abertos e de juízos de reprovabilidade acerca do funcionamento do sistema político brasileiro.

A escolha dos três grupos de decisões foi feita de forma regressiva. Primeiro, busquei os acórdãos em que houve a condenação ou absolvição pelo suposto cometimento do crime de corrupção passiva, tanto da primeira quanto da segunda turma do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, com o fim de filtrar aqueles referentes à Operação Lava Jato, solicitou-se por meio do serviço de acesso à informação do Supremo Tribunal Federal, com base na Lei nº 12.527/2011, lista de todas as ações penais relacionadas a esta. Dessa amostra, em seguida, excluiu-se as ações penais em que houve absolvição por falta de elementos de corroboração externa aos acordos de colaboração premiada, pois não avançam para o exame da aplicação do tipo penal no caso concreto (1.003/DF e 1.019/DF) e as, ainda, não julgadas (1.025/DF). Por fim, observei que os últimos julgados, relativos às ações penais da Operação Lava Jato, lastrearam-se na conceituação firmada pela Corte nas duas outras oportunidades anteriores, Mensalão e caso Collor, mostrando-se também necessário o exame do consignado nesses acórdãos.

De imediato, constatei que as condutas analisadas nesses julgados se inseriam no bojo do desempenho da atividade política de parlamentares, portanto, relacionadas à denominada corrupção política. Dessa forma, alguns pontos foram elencados como foco da revisão bibliográfica realizada: i) o uso do direito penal no enfrentamento à corrupção; ii) os aspectos jurídicos e não jurídicos da corrupção, mormente a política; iii) a relação entre o direito e a política e o papel político das Cortes, em especial do Supremo Tribunal Federal, a serem visualizados a partir da ideia da judicialização da política e da criminalização da política.

Na sequência, apesar de verificar o caráter multifocal da corrupção, considerando o objetivo de analisar possíveis violações às garantias jurídico-penais na definição do crime de corrupção passiva nos acórdãos, escolhi realizar a análise a partir do conteúdo e dos limites de principal categoria constitutiva do direito penal, a legalidade. Para isso, ancorei-me, principalmente, nas lições de Eduardo Viana, Claus Roxin, Jorge Figueiredo Dias, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Slokar, Alejandro Alagia e Juan Pablo Montiel, os quais convergem quanto à importância desse princípio limitador para o funcionamento do sistema penal, bem como traçam os limites dele decorrentes para a atividade interpretativa do julgador.

Além disso, por compor o campo da dogmática penal, revelou-se importante destacar suas funções e o seu papel na construção da jurisprudência, recorrendo primordialmente aos escritos de Vera Regina Pereira de Andrade, Ricardo Robles Planas e Bernd Schünemann. Desse modo, firmou-se esse princípio como norte para as considerações a respeito da leitura feita pelo Supremo Tribunal Federal nos mencionados julgamentos e para a resposta da hipótese. Para isso, realizou-se uma análise do conteúdo dos julgados com foco na definição do ato de ofício para a configuração do delito em questão.

No primeiro capítulo, examinou-se o uso do direito, mormente o penal, no enfrentamento à corrupção, constatando as dificuldades da resposta do sistema legal, justamente por se tratar de um fenômeno para além do estritamente consignado na norma, em especial a incriminadora. As observações sobre o assunto revelam a constante relação entre o direito e a política, a ponto de as decisões judiciais adotarem argumentos essencialmente políticos e, em contrapartida, a atividade política ser dirigida por princípios e por regras jurídicas, o que ocasiona algumas disfunções para ambos os sistemas.

Diante dessa ligação mútua entre direito e política, busco compreender como a temática política é posta pelo e no Poder Judiciário, a denominada judicialização da política, principalmente perante o Supremo Tribunal Federal. Observei o papel do Judiciário como instrumento para a efetividade de direitos fundamentais esquecidos pelo Legislativo ou pelo Executivo, bem como para a construção de soluções de problemas descartados da agenda dos outros Poderes. Nesse âmbito, as decisões proferidas utilizam modelos interpretativos abertos, usam da principiologia e de significados semânticos amplos, com o fim de alcançar a máxima potencialização de uma garantia fundamental e o cumprimento dos objetivos encartados na Constituição Federal. No entanto, apesar da relevância para a construção de um sistema jurídico mais democrático e inclusivo, o transporte desses pressupostos e métodos de atuação ao direito penal aponta a colisão com um dos seus núcleos essenciais, a legalidade.

Nessa esteira, no terceiro capítulo, abordo conteúdo normativo deste princípio basilar para a dogmática jurídico-criminal, visto que constitui, ao mesmo tempo, o fundamento e limite das decisões judiciais. Ao fim, diante do examinado nos capítulos anteriores - em especial, a relação entre o fenômeno da corrupção e o exercício da atividade política - e com o fim de trilhar a resposta do problema a ser enunciada, revisito os conceitos doutrinários referentes à definição penal da corrupção, com base no crime previsto no artigo 317 do Código Penal.

Todas essas premissas, em resumo, i) o uso do direito penal no enfrentamento da corrupção, ii) o seu caráter polissêmico, iii) a inexorável relação entre o direito e a política, iv) o tratamento dado pelos Tribunais às controvérsias relacionadas à atividade política, v) os

efeitos disso observados no modelo decisório, com foco no Supremo Tribunal Federal, vi) o conteúdo normativo da legalidade e os limites decorrentes, vii) a importância da dogmática para jurisprudência e viii) a moldura conceitual do crime de corrupção passiva, formam o arcabouço para a análise dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal expostos no último capítulo. Diante disso, constatei que, apesar de considerar necessário um ato de ofício, mesmo que em potencial e relacionado ao plexo de atribuições do funcionário público – parlamentares – nos julgamentos mais recentes, esse elemento foi alvo de elevada abstração, a qual não coaduna com os limites decorrentes do princípio da legalidade penal.

CAPÍTULO 1

A CORRUPÇÃO E O DIREITO: UM PROBLEMA PARA ALÉM DA NORMA

1.1 Considerações preliminares

Como observa Flora Lewis⁹, associado ao processo de mundialização da economia, de capilarização das relações econômicas e de facilitação das transações comerciais, ampliaram-se as possibilidades de enriquecimento lícito e ilícito. Como consequência, em contraposição ao “capitalismo aventureiro”¹⁰, com o objetivo de se estruturar um “moderno capitalismo industrial racional”¹¹, guiado pela efetiva competitividade entre os agentes, o enfrentamento direto e aberto à corrupção, à criminalidade organizada e à lavagem de dinheiro tornou-se pauta central no âmbito político-econômico mundial, refletindo-se em simpósios, recomendações, projetos e convenções dos organismos internacionais¹².

Mariana Malet Vázquez¹³ ressalta que, já nos anos 1970, foi estruturada uma comissão na Organização das Nações Unidas (ONU) para preparar um “projeto anticorrupção”; todavia, foi em 1994¹⁴ que ocorreram três importantes marcos para a consolidação desse plano de enfrentamento em nível global. Esses eventos foram a resolução para reprimir a corrupção nas transações comerciais internacionais, tendo como resultado: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.678/2000¹⁵; a reunião ministerial contra a corrupção, organizada pelas Nações Unidas e realizada em Pretória, África do Sul, e a Primeira

⁹ LEWIS, Flora. Un fenómeno mundial. *El Correo de la Unesco*, p.16, jun. 1996.

¹⁰ WEBER, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona: Ed. Península, 1969. pp.15-16.

¹¹ WEBER, op. cit., pp.15-16.

¹² MALET VÁZQUEZ, Mariana. La corrupción: un problema de siempre y los medios de hoy para enfrentarla. *Revista de la Facultad de Derecho*, p.122, 1997.

¹³ MALET VÁZQUEZ, op. cit., p.122.

¹⁴ Camargo e Silveira também destacam uma histórica convivência dos países desenvolvidos com a corrupção praticada por seus cidadãos nos países subdesenvolvidos, a ponto de uma das recomendações do OCDE, em 1996, sugerir expressamente a extinção da possibilidade de dedução dos impostos pagos em propina no exterior. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Novas e velhas leituras sobre a corrupção: o caso da “rachadinha”. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v.7, n.1, p.54, 2022).

¹⁵ BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 30 nov. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

Cúpula das Américas¹⁶, que culminou na concretização da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, firmada em Caracas em 1996 e incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 4.410/2002¹⁷. É o que também ressaltam Silveira e Camargo, ao tratarem sobre o “movimento internacional anticorrupção”:

Nesse sentido, a leitura da corrupção como um problema de natureza econômica, e não apenas moral ou política, encampou o discurso da corrupção como um verdadeiro “problema mundial”, assumido a partir dos anos 1990 por organismos internacionais como a OCDE, o Banco Mundial, a OMC, a ONU, a OEA, o Conselho da Europa e, por fim, a própria União Europeia¹⁸.

Posteriormente, somando-se a esse movimento, no ano 2000, editou-se a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional em Palermo, Itália, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004¹⁹, que, numa tentativa de representar diretrizes legais universais, consignou, em seu artigo 8º²⁰, redação para a criminalização da corrupção ativa e passiva.

Logo depois, no ano de 2003, foi aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas a conhecida Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006, que complementou as diretrizes pautadas no combate universal contra a corrupção pelos Estados²¹, novamente destacando a necessidade do uso do direito penal em face das práticas corruptas.

Postos nessa proliferação de instrumentos legais de controle econômico pela via

¹⁶ Ressalta-se que, anteriormente à Convenção Interamericana, foi assinada a Declaração de Belém do Pará, em que os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) manifestaram apoio a estudos de medidas contra a corrupção e a favor da promoção de transparência e probidade na Administração Pública.

¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 07 out. 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/dec4410>. Acesso em: 18 abr. 2022.

¹⁸ SILVEIRA; CAMARGO, op. cit., p.54.

¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 12 mar. 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/dec5015>. Acesso em: 15 abr. 2022.

²⁰ “1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os seguintes atos, quando intencionalmente cometidos: a) Prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais; b) Por um agente público, pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais”. (BRASIL, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, artigo 8).

²¹ Machado e Quezado destacam que tal adequação à influência externa decorre das exigências do Banco Mundial para apoiar as políticas de desenvolvimento econômico dos Estados, de modo que, caso não adotadas, implicariam óbice aos processos econômicos almejados (MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais**, v.17, p.159, 2018).

punitiva, Bruno Amaral Machado²² assinala os inúmeros diplomas nacionais promulgados, em especial pós-Constituição de 1988. O autor destaca que se tratam de setores, até então, distantes do controle jurídico-penal e menciona os seguintes: Decreto-Lei nº 7.661/1945²³; Lei nº 1.521/1951²⁴; Lei nº 4.591/1964²⁵; Lei nº 4.595/64²⁶; Lei nº 4.947/1966²⁷; Lei nº 6.766/1979²⁸; Lei nº 7.492/1986²⁹; Lei nº 8.137/1990³⁰; Lei nº 8.212/1991³¹; Lei nº 9.279/1996³²; Lei nº 9.605/1998³³; Lei nº 9.613/1998³⁴. Silveira e Camargo assinalam que essa pluralidade de

²² MACHADO, Bruno Amaral. Controle Penal dos Crimes de Colarinho Branco no Brasil: de Sutherland a Baratta – reflexões sobre uma política criminal possível. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, ano 9, v.18, pp.50-52, jul.-dez. 2001.

²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.661/1945, de 21 de junho de 1945**. Promulga a Lei de Falências. Revogado pela Lei nº 11.101, de 2005. Vide art. 192, da Lei nº 11.101, de 2005. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 21 jun. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 1.521/1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 26 dez. 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 4.591/1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, bem como define crimes relacionados a esse setor da economia. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 16 dez. 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 4.595/1964**. Dispõe sobre a política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 31 dez. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 4.947/1966**. Fixa Normas de Direito Agrário. Dispõe sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e dá outras Providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 06 abr. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4947.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 6.766/1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências, versando sobre crimes que podem afetar direitos econômicos supraindividuais. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 19 dez. 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 7.492/1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 16 jun. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em: 05 abr. 2022.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.137/1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 27 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 05 abr. 2022.

³¹ BRASIL. **Lei nº 8.212/1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências, com reflexos diretos nas relações econômicas. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 24 jul. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

³² BRASIL. **Lei nº 9.279/1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, disciplinando regras a serem observadas pelos agentes do mercado. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 14 mai. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

³³ BRASIL. **Lei nº 9.605/1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 12 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 9.613/1998**. Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e visa impedir a utilização do sistema financeiro para ilícitos. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia

diplomas decorre, sobretudo, da pressão feita por organismos internacionais, que passaram a exigir modificações no sistema legal brasileiro voltadas ao alinhamento para com os tratados internacionais anticorrupção editados³⁵.

Evidencia-se, por conseguinte, a partir desse histórico legislativo, mormente no plano internacional e no tocante ao problema da corrupção, a estruturação de uma solução fundamentalmente guiada pelo fortalecimento do aparato jurídico, aumentando-se os instrumentos normativos pensados por meio do uso do direito penal como forma de contenção e prevenção. Flávia Schilling, no que se refere a essa dinâmica no Brasil, explica que ela se fortaleceu, especialmente, diante das sinalizações feitas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, nos anos 1980, que colocaram as práticas corruptas não apenas como questão concernente ao Parlamento, mas também ao sistema de justiça criminal³⁶. Nessa linha, conforme sintetiza Malet Vázquez, a “abordagem tem sido a de combater a corrupção com ênfase no direito penal”³⁷.

Atento a esse cenário, Moreno Ocampo ressalta a dificuldade de se construir caminhos para a questão por meio da via judicial, de modo que, a seu ver, a corrupção estrutural não se resolve a partir do Poder Judicial. A Justiça, no melhor dos casos, somente pode oferecer soluções marginais³⁸. Em continuidade³⁹, o autor assinala que, sob a perspectiva jurídica, ela é tradicionalmente abordada a partir da exegese dos sistemas normativos nacionais, incluindo tanto as normas quanto as decisões judiciais sobre o tema, de modo que a narrativa acerca das causas, definições e soluções é construída estritamente a partir da lei, seja criando novas, seja defendendo a aplicação mais rígida das já existentes.

Sob sua ótica, conseqüentemente, é provável a materialização de uma reação legal pautada em um direito penal meramente simbólico, caracterizado pela reafirmação de valores morais, mas sem efetividade real. Através dela apenas se busca transmitir a sensação de preocupação por parte do Estado, visto que, em verdade, este não utiliza de outros eficazes

para Assuntos Jurídicos, 03 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁵ SILVEIRA; CAMARGO, op. cit., p.55.

³⁶ SCHILLING, Flávia. A discussão sobre a corrupção: moral, herança e governo. **Caderno de Estudos Sociais**, Recife, v. 14, n. 2, 1998, pp. 367-394, p. 367.

³⁷ MALET VÁZQUEZ, op. cit., p.123. Tradução nossa. No original: “realizados se ha planteado el enfrentamiento de la corrupción haciendo hincapié en la legislación penal”.

³⁸ MORENO OCAMPO, Luis. Corrupción estructural y sistemas normativos: el papel de las “islas de integridad”. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, p.2, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/revpalermo>. Acesso em: 25 mar. 2022.

³⁹ MORENO OCAMPO, op. cit., p.2.

instrumentos de controle à sua disposição⁴⁰.

Germán Silva García⁴¹, a seu turno, ao corroborar com a ideia dessa face simbólica do controle exercido por intervenções jurídicas, especialmente quando por meio do direito penal, frisa que isso decorre da própria incapacidade de o sistema conhecer todas as infrações realizadas, pautando-se, assim, pela seletividade das condutas⁴². Como consequência, ao alcance do sistema jurídico, somente estaria uma sensação de seguridade, promovendo, na maior parte dos casos, um restabelecimento ilusório dos interesses violados.

No âmbito nacional, a respeito dessa temática, Ela Wiecko, ao examinar os mecanismos de seletividade da criminalização secundária dos delitos previstos na Lei nº 7.492/1986, os quais se incluem nesse espectro do controle econômico pela via criminal, observou o limitado alcance do poder punitivo sobre tais infrações. Nessa esteira, a autora expôs o Censo Penitenciário de 1994, em que está ausente qualquer registro de presos cumprindo pena pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, sendo igualmente irrisória a anotação quantitativa de condutas associadas a crimes como corrupção ativa, corrupção passiva e sonegação fiscal⁴³. Reflexo este do tratamento distinto das agências penais ante essa espécie de delinquência, tida como simples disfunção do sistema, “susceptível de correção”⁴⁴.

Pouco tempo atrás, em livro de homenagem à professora Vera Regina Pereira de Andrade, Ela revisitou os pressupostos teóricos de sua tese de doutorado, com o fim de contrapor a ideia de legitimação do direito penal pautado em uma ideal democratização do controle e promoção da igualdade social e dos direitos difusos e coletivos por meio do instrumento punitivo. Nesse artigo, com referência a trabalhos posteriores sobre a eficácia do sistema penal perante os denominados crimes de colarinho branco, a professora da Universidade de Brasília conclui pela impropriedade da premissa, de modo que:

Por outro lado, vê-se que a criminalização da corrupção administrativa e política não é suficiente para dissuadir a reiteração de condutas e de promover mudanças

⁴⁰ MALET VÁZQUEZ, op. cit., p.124.

⁴¹ SILVA GARCÍA, Germán. La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. **Derecho Penal y Criminología**, v.21, n.68, p.141, jan. 2000.

⁴² Machado e Quezado ressaltam que, inclusive nos casos de colarinho branco, essa seletividade é constatada, ocorrendo o etiquetamento como desviante de criminosos mais vulneráveis ou que não mais possuem apoio político ou, ainda, que se encontram em uma posição subalterna na hierarquia institucional. (MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais**, v.17, p.161, 2018).

⁴³ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1993. 454f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 1993. p.175.

⁴⁴ BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n.33, p.80-81, jan.-jun. 1982.

estruturais na organização social e econômica do país, por uma simples razão: o controle penal serve às estruturas existentes. Análises do caso italiano e de outros países da Europa mostram que, posteriormente aos escândalos e processos criminais por corrupção, ocorreu um rearranjo dos grupos de poder econômico e político⁴⁵.

Em minucioso trabalho, Machado, Zackeseski e Raupp, mais recentemente, realizaram pesquisa exploratória sobre o sistema de Justiça Federal brasileiro. Nele, examinaram quantitativa-qualitativamente os inquéritos concluídos em 2012, tendo como parâmetro o oferecimento da denúncia ou o arquivamento do procedimento investigatório, bem como a ênfase nos delitos econômicos e de corrupção⁴⁶.

Os resultados encontrados demonstram que estes não apenas não ocupam o cerne da atuação dos órgãos ministeriais federais, como também existem disparidades regionais quanto à persecução penal⁴⁷. A título de exemplo, o Estado com maior percentual relativo entre o número de registros relacionados aos crimes de interesse da pesquisa e o total de tipos penais identificados foi Sergipe, com 20,54%. Por sua vez, no tocante a esses delitos, a comparação entre as denúncias oferecidas e o total dos procedimentos investigativos também demonstra que somente um Estado supera o índice de 50%, de modo que o arquivamento foi preponderante⁴⁸. Os autores apresentam possíveis razões para esse último dado: a ausência de elementos de prova para a denúncia e a falta de transparência dos critérios definidores das prioridades da Polícia Federal, de modo que as operações, muitas vezes, são deflagradas sem prévia interação com os representantes do Ministério Público Federal⁴⁹.

A controvérsia também é elucidada por Ana Elisa Bechara e Rodrigo Fuziger. Para os autores, a perpetuação do problema da corrupção ao longo da história da humanidade, variando somente quanto ao nível e à forma, evidencia essa incapacidade do uso do direito de estabelecer

⁴⁵ CASTILHO, op.cit., 2018. p.318.

⁴⁶ “Na pesquisa consideramos os seguintes crimes: Peculato (art. 312 do CP (LGL\1940\2)); Inserção de dados falsos para obter vantagem indevida (art. 313 do CP (LGL\1940\2)); Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314 do CP (LGL\1940\2)); Concussão (art.316 do CP(LGL\1940\2)); Corrupção passiva (art. 317 do CP (LGL\1940\2)); Corrupção ativa (art. 333 do CP(LGL\1940\2)); Sonegação de contribuição previdenciária (art.337-A do CP (LGL\1940\2)); Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B do CP (LGL\1940\2)); Tráfico de influência internacional (art. 337-C do CP (LGL\1940\2)); Crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986); Crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1919); Crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores (Lei 9.613/1998); Crimes da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993)”. (MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de justiça federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.118, p.301, 2016.

⁴⁷ MACHADO; ZACKSESKI; RAUPP, op. cit., p.301.

⁴⁸ MACHADO; ZACKSESKI; RAUPP, op. cit., p.311.

⁴⁹ MACHADO; ZACKSESKI; RAUPP, op. cit., p.319.

mecanismos de controle verdadeiramente eficazes⁵⁰. Ao tratar especificamente da utilização da esfera penal, eles discorrem sobre o significado de sua instrumentalização:

haja vista que aos olhos da sociedade, um indivíduo exposto pela imprensa algemado, sofrendo privação de sua liberdade, ainda que de forma cautelar ou provisória, soa mais adequadamente punido do que se lhe fossem aplicadas as mais graves sanções de que o Direito Administrativo dispõe, diante da ausência de caráter estigmatizante destas últimas⁵¹.

Por compreender necessário o abandono da limitação decorrente da compreensão das condutas enquanto crime na lei penal, Quezado e Machado⁵² desenvolvem uma perspectiva do problema da corrupção norteada pela concepção do dano social (zemiologia). Sob a ótica deles, quando se reconhece a corrupção como violadora de direitos humanos, deve-se focar na magnitude dos danos por ela causados e na ofensa aos direitos fundamentais e universais, e não no exame de subsunção do ato a alguma formulação legal específica. Os autores sintetizam a ideia sob a seguinte premissa: “a construção de estratégias voltadas fundamentalmente para a identificação dos danos sociais e para definição de medidas para sua prevenção, evitando-se recair na resposta punitiva como solução final e definitiva”⁵³.

Por também concordar com a insuficiência de uma avaliação estritamente judicial, Juan Terradillos Basoco⁵⁴ defende uma visão multifocal⁵⁵ sobre a questão, que deve ser enfrentada no plano estrutural por meio do implemento de políticas econômicas direcionadas à promoção da transparência e à não privatização dos objetivos do setor público, de modo que a limitação à política criminal se mostra falha, pois “a tipificação penal de uma conduta não comporta, por si só, o êxito de sua erradicação”⁵⁶. Julio Fernandez García apresenta tal reflexão da seguinte

⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGUER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Coords.). **Estudios sobre la corrupción**: una reflexión hispano brasileña. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013. p.303.

⁵¹ BECHARA; FUZIGUER, op. cit., p.313.

⁵² MACHADO; QUEZADO, op. cit., p.167.

⁵³ MACHADO; QUEZADO, op. cit., p.170.

⁵⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Corrupción, globalización y derecho penal económico. **Derecho PUCP**: Revista de la Facultad de Derecho, n.74, p.12, 2015.

⁵⁵ Ignacio Gómez de La Torre e Eduardo Fabián Caparrós, por sua vez, denominam tal premissa como o caráter poliédrico da corrupção, que envolve os âmbitos da economia, da política e da globalização. (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABÍAN CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.81, p.8, 2009).

⁵⁶ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., p.15. Tradução nossa. No original: “Sin embargo, la tipificación penal de una conducta no comporta, por sí sola, el éxito en su erradicación”. Na mesma linha, Ignacio de La Torre e Eduardo Caparrós frisam que, diante do caráter plural da corrupção, somado ao seu potencial de atingir distintos bens jurídicos, o enfrentamento desse problema não pode ser restrito ao recurso dos delitos e das penas (GÓMEZ DE LA TORRE; FABÍAN CAPARRÓS, op. cit., p.10).

forma:

As medidas penais devem ser acompanhadas e precedidas por outros muitos e diversificados mecanismos de controle em distintas instâncias, tendentes em seu conjunto favorecer a transparência, desfazer qualquer classe de clientelismo nos sistemas democráticos e aprofundar, de forma definitiva, as bases constitutivas do Estado de Direito⁵⁷.

Bruno Amaral Machado, por sua vez, enfatiza:

Falar em sanções penais parece ser a solução adequada para a criminalidade aparente, não para a criminalidade real. Afinal, até que ponto o “sacrifício” de alguns autores de delitos econômicos não representa parte do esquema que necessita de respostas isoladas das agências penais para a manutenção de um discurso ideológico?⁵⁸.

As reflexões acima lançam luzes sobre a necessidade de se pensar que a corrupção é um problema para além da norma; noutras palavras, um fenômeno de estandarte múltiplo, o qual excede as formulações legais atinentes e requer a análise dos atores e dos órgãos envolvidos, dos elementos socioeconômicos e da organização do Estado. Consoante descrevem Machado, Zackseski e Raupp, essa complexidade supõe a participação de novos sujeitos e convoca outros conhecimentos, que se juntam aos tidos como tradicionais: “saberes policiais” e “saberes jurídicos⁵⁹”.

Clara Leonora Szczaranski Cerda reforça a premissa ao explicar a corrupção como questão que supera a simples tipificação dos delitos, tratando-se de conceito relacionado à política (debilidade do sistema representativo), à economia (desigualdade social) e ao plano ético-social (vazio dos valores morais). Destarte, consiste num problema estrutural de lesão a valores fundantes do Estado de Direito⁶⁰.

Nas palavras de Bechara e Fuziger⁶¹, essa forma de análise interdisciplinar representa verdadeiro giro metodológico e conceitual. Mostra-se, portanto, fundamental o exame econômico, político, sociológico, administrativo e internacional. Assim, ao tratar da corrupção, faz-se imprescindível uma “redefinição dos papéis e metas”⁶², objetivo que excede as fronteiras

⁵⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. Algunas reflexiones sobre la corrupción política. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.88, p.326, 2011. Tradução nossa. No original: “Las medidas penales deben verse acompañadas y precedidas por otros muchos y diversificados mecanismos de control en distintas instancias, tendentes en su conjunto a favorecer la transparencia, desechar cualquier clase de clientelismo en los sistemas democráticos y profundizar, en definitiva, en las bases constitutivas del Estado de Derecho”.

⁵⁸ MACHADO, op. cit., p.67.

⁵⁹ MACHADO; ZACKSESKI; RAUPP, op. cit., p.301.

⁶⁰ SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. Jurisdicción y Democracia Frente a la Corrupción. **Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado**, v. 2, n. 1, pp. 107-131, 2001.

⁶¹ BECHARA; FUZIGUER, op. cit., p.306.

⁶² MACHADO, op. cit., p.67.

do discurso jurídico.

Não obstante as lições acima, o controle jurídico-penal ainda permanece enquanto principal instrumento do almejado combate à corrupção. Aposta-se na ideia, como anotou Ela Wiecko, de uma nova tendência no exercício do poder punitivo, o qual, finalmente, teria sido redirecionado às camadas sociais mais elevadas. Algumas manifestações de membros do Poder Judiciário denotam essa premissa. No prefácio da obra *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*, que conta com artigos de juízes da operação italiana, do ex-ministro da Justiça Sérgio Moro e do ex-procurador da República Deltan Dallagnol, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), afirma que, nos últimos tempos, o sistema penal foi modificado. Sob sua ótica:

O sistema punitivo brasileiro, historicamente, só foi capaz de punir gente pobre, por delitos violentos ou envolvendo drogas ilícitas. Esse quadro começou a mudar nos últimos tempos, ainda que lentamente. Como assinalado no artigo dos procuradores Deltan Dallagnol e Roberson Pozzobon, “casos criminais contra poderosos dificilmente têm seu mérito analisado”⁶³.

Nessa esteira, o magistrado ressaltou o papel da sociedade civil para essa alteração, visto que, a partir da reação da cidadania, promoveram-se “mudanças importantes de atitude que alcançaram as instituições, a legislação e a jurisprudência”⁶⁴. Para ele, a primeira delas foi o julgamento do denominado Mensalão, no qual o Supremo Tribunal Federal foi capaz de “interpretar esse sentimento e, num ponto fora da curva – e que veio a mudar a curva –, decretou a condenação de mais de duas dezenas de pessoas”⁶⁵. Devido a essa nova postura, avanços haveriam sido consolidados na jurisprudência da Suprema Corte, todos impulsionadores do mencionado combate:

Por fim, houve alterações ou movimentos significativos trazidos pela jurisprudência do próprio Supremo. A mais importante delas, sem dúvida, foi a possibilidade de execução de decisões penais condenatórias após o julgamento em segundo grau, fechando a porta pela qual processos criminais se eternizavam até a prescrição. Também merece destaque a declaração de inconstitucionalidade do modelo de financiamento eleitoral por empresas, que produziu as práticas mafiosas desveladas pela Lava Jato. Também pode ser inserida nessa tendência de maior seriedade penal a validação das investigações conduzidas pelo Ministério Público. Cabe destacar, ainda, a decisão que reduziu drasticamente o alcance do foro privilegiado, limitando-o aos atos praticados no cargo e em razão de seu exercício⁶⁶.

⁶³ PINOTTI, Maria Cristina (Org). **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019. p.11.

⁶⁴ PINOTTI, *ibid.*, p.12.

⁶⁵ PINOTTI, *ibid.*, p.12.

⁶⁶ PINOTTI, *op. cit.*, p.12.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, em pronunciamento no lançamento do Programa de Justiça 4.0, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incumbiu ao Judiciário o papel de combate à corrupção, sendo tarefa determinante para sua legitimação democrática e para sua confiabilidade perante a população. A propósito, disse: “Toda vez que o Judiciário falha no combate à corrupção é mais um degrau que o país desce na percepção da corrupção e é mais um nível alarmante de insatisfação da população ao Judiciário”⁶⁷.

O Judiciário, portanto, é apresentado como ator central ao enfrentamento do problema, numa encruzilhada pelo fim da impunidade. Isso foi o afirmado por Deltan Dallagnol, na introdução de seu livro *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*:

Nessa direção, para fechar as brechas da lei que proporciona, em regra, a impunidade de corruptos e corruptores, estive à frente, junto com outros colegas do Ministério Público, da elaboração das propostas legislativas que ficaram conhecidas como 10 Medidas Contra a Corrupção. [...] É possível que existam alternativas àquelas que formulamos, inclusive melhores, para desatar os nós do sistema de Justiça Criminal. Nesse caso, é importante que sejam apresentadas, pela sociedade e pelo Congresso, sob pena de continuarmos com um sistema disfuncional⁶⁸.

Em direcionamento semelhante, o discurso sobre a necessidade de reformular os parâmetros de incidência do direito e processo penal foi adotado nas peças da procuradoria-geral da República apresentadas nos autos da Operação Lava Jato, em que incluiu capítulo nomeado “Padrão probatório adequado ao combate à macrocriminalidade”, no qual, sob a égide da teoria do *proof beyond the reasonable doubt*⁶⁹, põe em xeque alguns dos institutos mais caros ao direito processual penal brasileiro, como o *in dubio pro reo*, o ônus acusatório e a impossibilidade de condenação fundada em elementos meramente indiciários.

Esses pressupostos também foram aventados nos votos proferidos em julgamentos relevantes à temática criminal, como nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, nas quais o combate à impunidade e à corrupção⁷⁰, palavra repetida 64 vezes no acórdão formalizado, surge como argumento de ordem pragmática a justificar a impropriedade

⁶⁷ FALCÃO, Márcio. **Falha no combate à corrupção leva à insatisfação da população com a Justiça, diz Fux**. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/24/falha-no-combate-a-corrupcao-leva-a-insatisfacao-da-populacao-com-a-justica-diz-fux.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁶⁸ DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017. p.12.

⁶⁹ Sobre o tema, ver: FREIRIA, Marcelo Turbay; FREIRIA, Thiago Turbay. Análise crítica da proposta acusatória relativa ao standard de prova “além da dúvida razoável” nos crimes de colarinho branco. **Revista dos Tribunais** [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.1025, mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p927j58>. Acesso em: 15 abr. 2022.

⁷⁰ A esse propósito, ressaltam-se os votos dos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Luiz Fux e da ministra Cármen Lúcia.

da presunção de inocência até o trânsito em julgado e a apresentar seus malefícios à sociedade. Nesse seguimento, nos dizeres do ministro Alexandre de Moraes, a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal no ano 2016, em que se passou a admitir a execução antecipada da pena, teria representado grande evolução para o efetivo enfrentamento à corrupção no país⁷¹.

No campo da dogmática, argumentos próximos foram decisivos para escritos que revisitaram conceitos jurídicos consolidados. Nesse ponto, destaca-se a doutrina de Douglas Fischer, que propagou a expressão do “garantismo penal integral”, caracterizado por um dever de proteção de todos os direitos fundamentais, tanto os individuais quanto os da coletividade, enquanto forma de garantir ao cidadão a devida segurança pública e o óbice à impunidade⁷².

Outra teoria que passou a ser utilizada com frequência e alinhada a esses anseios consiste na teoria da cegueira deliberada, a qual passou a ser aplicada ostensivamente em contextos relacionados a esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro a título de dolo eventual, como se imprescindível fosse, em que pese sua utilização resultar na relativização do ônus da prova, da presunção de inocência e dos critérios para a imputação subjetiva dolosa⁷³.

Enuncia-se, por conseguinte, que, no tratamento jurídico-penal da corrupção, a fim de cumprir a incumbida tarefa de combate, permite-se uma expansão desenfreada e mal calculada, de modo a afetar princípios fundamentais em nome de uma maior eficácia, que nunca foi comprovada racionalmente⁷⁴.

Acerca de tal ponto, Juan Terradillos Basoco reforça que, como usualmente feito, enfrenta-se o problema por meio da simples criação de novos tipos penais ou do aumento das penas, quando, na verdade, o fundamental é pensar formas de prevenção descoladas do mero afã de satisfazer interesses da população e de gerar popularidade eleitoral⁷⁵.

Essas inflexões no modo de aplicação do direito penal foram tema de discussão promovida pelo *site* Consultor Jurídico, a qual contou com a participação de magistrados federais, advogados, do procurador-geral da República e do ministro Gilmar Mendes, do

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 43/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07 nov. 2019, p.56.

⁷² Sobre o tema, ver: RAMOS, B. Vargas; CHAVES, Álvaro G. de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Direito.UnB**: Revista de Direito da Universidade de Brasília, v.4, n.1, p.102-126, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/revistadirunb>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷³ CORCOY BIDASOLO, M. Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Universidad de Viña del Mar, n.8, pp.52-53, 2012.

⁷⁴ BECHARA; FUZIGUER, op. cit., p.316.

⁷⁵ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., p.16. Quanto ao ponto, no tocante à realidade brasileira, Bechara e Fuziger fazem interessante observação a partir de proposições legislativas relacionadas ao enfrentamento à corrupção, sendo caracterizadas pelo casuísmo e pela falta de técnica, que possuem como autores parlamentares suspeitos ou acusados de condutas ilícitas relacionadas à corrupção em geral, o que reforçaria “o sentido meramente comunicacional e político de tais propostas” (BECHARA; FUZIGUER, op. cit., p.312).

Supremo Tribunal Federal. A controvérsia foi retratada pelo Professor Pierpaolo Bottini, em artigo no qual ressalta que é importante compreender amplamente o problema, para, assim, construir soluções que vão além “da ciranda do aumento de penas e do rigor das punições”⁷⁶, sendo primordial “discutir formas de enfrentar a corrupção dentro dos parâmetros da lei, com respeito ao devido processo legal e às regras estabelecidas, que passem ao largo do arbítrio e de excessos nas medidas de coerção”⁷⁷.

Diante desse contexto desvela-se essencial o debate a respeito dos mecanismos jurídico-penais, como o objetivo de fixar os limites e as possibilidades de controle. Para isso, o estudo da dogmática integrada à política criminal, à criminologia e aos dados empíricos é primordial, mas, sempre, tendo como norte as garantias formais e substanciais construídas ao longo do tempo pelo saber dogmático com o objetivo de racionalizar a intervenção punitiva. No presente trabalho, a construção dessas fronteiras para o exercício da jurisdição penal perpassa a análise das nuances concernentes ao objeto da tutela, a saber, a corrupção. A sua polissemia revela fenômeno complexo, o qual, como visto, dificulta e, até mesmo, inviabiliza um caminho de erradicação pensado em termos estritamente legais. Além disso, anuncia confusões entre os sistemas jurídico e, principalmente, o político, de modo gerar eventuais disfunções ao funcionamento de cada um deles. Circunstâncias a serem aprofundadas a seguir.

1.2 A corrupção, um problema estritamente jurídico?

O estudo da corrupção, de início, expõe sua dificuldade desde a própria conceituação. Alguns autores constroem a definição a partir do disposto pelo Código Penal⁷⁸; outros conferem maior amplitude, de modo a fundamentá-la a partir de premissas, como a reprovabilidade social, a moralidade e a ética⁷⁹.

Vicenzo Ruggiero⁸⁰, em artigo sobre a relação entre a criminalidade organizada e a

⁷⁶ BOTTINI, Pierpaolo. **Política criminal para além da “Lava Jato”**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-11/direito-defesa-politica-criminal-alem-operacao-lava-jato>. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁷⁷ BOTTINI, *ibid*.

⁷⁸ A esse respeito, ver: GRECO, Luís; GUIMARÃES, Adriano Teixeira. Aproximação a uma teoria da corrupção. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.134, pp.159-188, 2017; LÓPEZ CALERO, Nicolás. Corrupción, ética y democracia. In: LAPORTA, Javier Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (Orgs.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza, 1997. pp.117-135; GARZÓN, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. In: LAPORTA, Javier Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (Orgs.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza, 1997. pp.39-71.

⁷⁹ A esse respeito, ver: JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. La corrupción en la democracia. In: LAPORTA, Javier Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (Orgs.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza, 1997. pp.135-156.

⁸⁰ RUGGIERO, Vincenzo. Who corrupts whom? A criminal eco-system made in Italy. **Crime, Law and Social Change**, v.54, p.88, 2010.

corrupção, assinala essa diversidade de definições. Na medida em que alguns lhe conferem conceituação mais dogmática, outros recorrem à tradição funcionalista e há, ainda, os que se voltam aos custos econômicos.

A seu turno, Vanucci⁸¹ propõe três paradigmas de estudo, quais sejam, o econômico, o cultural e o neoinstitucional. O primeiro paradigma estaria relacionado ao risco de ser punido e ao proveito esperado da conduta; o segundo estaria relacionado à existência de padrões éticos que impulsionariam a violação das normas por parte do agente e o último, além dos pontos abordados pelos anteriores, estaria relacionado aos aspectos da interação entre corruptor e agente corrompido.

Assim, antes de ser um termo jurídico preciso, a corrupção refere-se a uma realidade mais ampla e geral⁸². Nesse sentido, para Mariana Malet Vázquez, o fenômeno se insere em um cenário de abuso de poder econômico e político, encontrando-se intimamente ligada às formas de se exercer a política (sistema político oculto) e à estrutura da sociedade⁸³.

Essa dificuldade é descrita por Carlos Antonio Flores Pérez, para quem:

As diferentes implicações que possui cada definição e enfoque se há traduzido, naturalmente, na dificuldade de estabelecer uma ponte de entendimento entre autores que utilizam com frequência um mesmo termo para abordar fenômenos distintos, com a consequente dificuldade para gerar esquemas e modelos teóricos de ampla aceitação⁸⁴.

Em raciocínio semelhante, Ramón Soriano sinaliza “que a consciência social do campo da corrupção é maior que o campo indicado pela legislação”⁸⁵; logo, o código não se mostra suficiente para conferir proteção às práticas corruptas sentidas e percebidas pelos cidadãos⁸⁶. A título de exemplo, enumera situações confirmadoras de tal premissa que, sob seu ponto de vista, inadequadamente não são encaradas como corruptas para o sistema legal espanhol, tais como: “a concessão de créditos generosos por parte dos bancos espanhóis aos partidos políticos em

⁸¹ VANUCCI, Alberto. Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications. **Revista Brasileira de Direito**, v.13, n.1, pp. 251-281, jan.-abr. 2017.

⁸² MALET VÁZQUEZ, op. cit., p.117.

⁸³ MALET VÁZQUEZ, op. cit., p.119.

⁸⁴ FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. Poder y corrupción. **Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales**, México, n.10, p.23-59, mar.-abr. 2007.

⁸⁵ SORIANO, Ramón. La corrupción política: tipos, causas y remedios. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n.45, p.384, 2011. Tradução nossa. No original: “Lo que quiere decir que la conciencia social del campo de la corrupción es mayor que el campo señalado por la legislación”.

⁸⁶ SORIANO, op. cit., p.384.

troca de favores futuros (que, às vezes, consigna-se em documentos comerciais)”⁸⁷.

Ao avançar suas considerações no campo da corrupção política, Ramón Soriano frisa a importância dos valores ético-sociais, de maneira a estabelecer uma relação de interdependência, isto é, a percepção depende de “como a sociedade valora a corrupção de seus homens públicos, assim é a corrupção e seu alcance; isto significa que a corrupção tem uma ligação com a ética social ou que se trata de uma questão de ética social”⁸⁸.

Ao perfilar a importância de investigação da corrupção a partir de categorias relacionadas à sócio-política e para além do aspecto jurídico-normativo, Sebastian Lemos e Álvaro Espejo constroem suas reflexões por meio de uma “perspectiva leiga ou ‘da gente comum’”⁸⁹ calcada na observação da classe média metropolitana de Buenos Aires. Consoante os autores, nem sempre há correspondência entre o consignado na legislação e a compreensão dos membros da sociedade acerca da conduta, de modo que algumas destas, apesar de não qualificadas legalmente enquanto corruptas, são assim vistas por estes – e vice-versa.

Os autores, com base nas respostas formalizadas pelos participantes de seu estudo, notam que a exegese legal da corrupção é influenciada pelo juízo de reprovabilidade moral, visto que, em determinadas situações, embora definido em lei, o baixo grau de censura por parte dos cidadãos indicaria, para eles, a desnecessidade da incidência do poder judicial. A propósito:

O relato em questão evidencia que há situações onde acontecem situações corruptas – no sentido legal – que o cidadão comum não considera como corruptas, já que se encontram percebidas como atos rotineiros, que se encontram naturalizados e são próprios da prática cotidiana⁹⁰.

A respeito de tal aspecto, Bruno Amaral Machado⁹¹ anotou que a maior repulsa social surge diante de condutas lesivas que atingem interesses privados, de modo a indicar falsa

⁸⁷ SORIANO, op. cit., p.384. Tradução nossa. No original: “La concesión de generosos créditos de los bancos españoles a los partidos políticos a cambio de futuros favores (que a veces se consignan en documentos mercantiles)”.

⁸⁸ SORIANO, op. cit., p.387. Tradução nossa. No original: “La corrupción sigue a la curva de los valores ético-sociales; de cómo la sociedad valora la corrupción de sus hombres públicos, así es la corrupción y su alcance; esto quiere decir que la corrupción tiene una conexión con la ética social o que es una cuestión de ética social”.

⁸⁹ LEMOS, Sebastián; OLIVERIO ESPEJO, Álvaro. Corrupción y sociedad: apuntes sobre las perspectivas y experiencias de la clase media. In: **JORNADAS DE SOCIOLOGÍA DE LA UNLP**, 10., 2018, Buenos Aires, p.2. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79460>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁹⁰ LEMOS; OLIVERIO ESPEJO, op. cit., p.10. Tradução nossa. No original: “El relato en cuestión evidencia que hay situaciones donde acontecen situaciones corruptas – en el sentido legal – que el común de la gente no considera como corruptas, ya que se encuentran percibidas como actos rutinarios, que se encuentran naturalizados y son propios de la práctica cotidiana”.

⁹¹ MACHADO, op. cit., pp.56-57.

percepção sobre a coisa pública. Tal premissa foi também delineada por Faoro⁹², que, em sua obra, ressalta a herança do modelo ibérico “estamentalista”, no qual assuntos públicos são tratados como se privados fossem, naturalizando-se os abusos quando eles afetam somente a coletividade, ente abstrato e distante.

Marina Quezado e Machado ilustram essa relação entre o valor ético-social e a avaliação da conduta com base no resultado observado na pesquisa *A corrupção em Catalunha: percepções e atitudes cidadãs*, em que foram listadas inúmeras condutas corruptas, devendo os entrevistados qualificá-las como muito, suficiente, pouco ou nada aceitáveis. Nesse contexto, os pesquisadores notaram que “nem todos os atos de corrupção estão sujeitos à reação social”⁹³.

Justamente devido a essa integração de elementos diversos, Jorge Malem Seña destaca que, a depender do contexto e da época no qual o ato encontra-se inserido, a conclusão acerca do caráter corrupto é distinta⁹⁴. Sob sua ótica, é a partir das regras atinentes ao sistema democrático que se torna possível avaliar o conteúdo da violação empreendida pelo ocupante do cargo público⁹⁵, conforme sintetiza: “neste sentido, a ideia de corrupção política relaciona-se fortemente com a regra violada e não no sujeito ou nas suas motivações”⁹⁶. Em consequência desse espectro aberto, o autor assenta que a conclusão sobre a justificação, ou não, de determinado ato de corrupção insere-se, principalmente, no âmbito da ética normativa⁹⁷.

Também considerando esse caráter multifacetado, Ramón Soriano nomeia dois possíveis caminhos de estudo da corrupção: a denominada jurídica (estabelecida pelo conteúdo da norma) e a denominada moral (estabelecida pela ética social), havendo a possibilidade de convergência e de distanciamento entre elas ao longo da história⁹⁸. Nessa esteira, reforça-se a existência de práticas que se mostram reprováveis socialmente – corrupção moral, nas suas palavras –, mas que não configuram corrupção sob os termos fixados pelo direito. Consoante elucida o professor, “um comportamento, que a sociedade considera reprovável, nem sempre é

⁹² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 1989. p.57.

⁹³ MACHADO; QUEZADO, op. cit., p.158.

⁹⁴ MALEM SEÑA, Jorge F. La corrupción Política. **Jurídica**: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n.31, p.581, 2001. No mesmo sentido, avaliam Bechara e Fuziger: “A par da diversidade em sentido semântico, a corrupção possui também distintos conteúdos e formas no contexto social, merecendo, por isso, uma análise interdisciplinar que supere o âmbito jurídico-penal e a própria esfera jurídica em geral”. (BECHARA; FUZIGUER, op. cit., p.309).

⁹⁵ MALEM SEÑA, op. cit., p.581.

⁹⁶ MALEM SEÑA, op. cit., p.581. Tradução nossa. No original: “En este sentido, la idea de corrupción política pone el acento en la regla violada y no en el personaje o en sus motivaciones”.

⁹⁷ MALEM SEÑA, op. cit., p.583.

⁹⁸ SORIANO, op. cit., p.388,

sancionável juridicamente, porque não forma parte de um tipo penal”⁹⁹.

Malem Seña, em trilha semelhante, ao tratar sobre o âmbito político, sublinha a diferença concernente a cada uma dessas searas, de modo que a corrupção nem sempre é uma ação antijurídica. Então, ele reforça que “existe a tendência de identificar um ato de corrupção política se, e somente se, esse mesmo ato também é reprovável penalmente. Todavia, essa identificação é errônea”¹⁰⁰. Norberto de la Mata, do mesmo modo, alerta que a compreensão sobre o fenômeno não pode, unicamente, recorrer ao campo penal¹⁰¹. Em suas lições, ao qualificar a corrupção de forma ampla enquanto conduta violadora dos valores básicos do Estado Social e Democrático de Direito, o professor catedrático da Universidade do País Basco frisa a inadequação de cingir seu exame à seara jurídico-penal nos seguintes termos: “pretender uma sociedade incorrupta recorrendo ao direito penal e criando preceitos que pretendem abarcar todas as formas de corrupção nem é possível criminologicamente nem é desejável político-criminalmente”¹⁰².

Nessa linha, com foco no contexto brasileiro, enfatizam Silveira e Camargo: “é digno de nota que a moderna compreensão da corrupção como lesão de natureza econômica, política e social ultrapassa em muito a leitura tradicional sobre a corrupção, tal qual concebida originalmente pelo legislador brasileiro”¹⁰³.

Essa amplitude conceitual, ora se aproximando de definições político-sociais e ora se aproximando de definições jurídico-legais constrói um quadro de penumbra sobre a abordagem legal a ser adotada pelos juízes em sua atuação. Em razão disso, no subcapítulo seguinte, buscase observar os efeitos disso na leitura jurídica do problema.

1.3 Os reflexos no direito diante do caráter multifacetado da corrupção: as relações entre o político e o jurídico

Nos dizeres de Rafael Bustos Gisbert¹⁰⁴, estudar e definir a corrupção, especialmente a

⁹⁹ SORIANO, op. cit., p.388. Tradução nossa. No original: “Un comportamiento, que la sociedad considera reprochable, no siempre es sancionable jurídicamente, porque no forma parte de un tipo penal”.

¹⁰⁰ MALEM SEÑA, op. cit., p.582. Tradução nossa. No original: “existe la tendencia a identificar un acto de corrupción política si, y solo si, ese mismo acto también es reprochable penalmente. Pero tal identificación resulta errónea”.

¹⁰¹ MATA BARRANCO, Norberto J. de la. La lucha contra corrupción política. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n.18, p.4, 2016.

¹⁰² MATA BARRANCO, op. cit., p.6.

¹⁰³ SILVEIRA; CAMARGO, op. cit., p.56.

¹⁰⁴ BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción Política y Derecho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.89, pp.387-388, mar.-abr. 2011.

política, exclusivamente pelo direito implicaria introduzi-lo, primordialmente, em uma discussão na qual se objetiva, justamente, definir o seu papel quando diante de tal fato. A seu ver, a análise jurídica deve se aproximar da economia e da sociologia, proceder para o qual defende o uso de modelos sustentados na relação ao “agente-principal”.

Por sua vez, Andrés Botero Bernal nomeia a complexidade a partir da ideia de “tensão entre o político e o jurídico”¹⁰⁵. Destarte, delinea o conflito sob a égide da seguinte premissa: “o poder-dizer jurídico pretende se impor sobre o exercício da política, impondo não apenas sua lógica, mas também sua escala de valores”¹⁰⁶. A partir de duas situações por ele analisadas (eficácia simbólica e síndrome reguladora), sintetiza:

No entanto, escolhi duas situações sociais específicas para pôr em evidência esta tensão e como nelas o jurídico em sentido estrito (a normativa) e em sentido organizacional (o judicial) entra em conflito com o político, denotando-se um exercício de poder-dizer onde e como se joga a corrupção¹⁰⁷.

Assim, o debate traduz-se na tentativa do direito de dizer o que é, como opera e em que espaços se apresenta a corrupção, de modo a criar limitações ao exercício político, e, em contrapartida, na resposta da política de criar novos espectros de atuação não regulados ou, caso regulados, de construir caminhos para se afastar da moldura decorrente do conteúdo da norma jurídica, isto é, a justificação legal de determinada conduta¹⁰⁸. Assinala-se, por conseguinte, fundamental não apenas o estudo sobre o objeto da norma, mas, especialmente, o juízo valorativo empreendido acerca da justificação, ou não, da conduta, de modo a sujeitá-la, ou não, ao respectivo conteúdo normativo¹⁰⁹.

Diante de e em meio a esse quadro, enuncia-se a dificuldade da nomeada zona de penumbra. Nas palavras do autor: “não posso deixar de os avisar que na corrupção, como na linguagem, há condutas humanas que não oferecem maior dificuldade para seu julgamento, mas

¹⁰⁵ BOTERO BERNAL, Andrés. La corrupción: tensión entre lo político y lo jurídico. In: **Opinión Jurídica**, v.3, n.6, p.37, 2004. Tradução nossa.

¹⁰⁶ BOTERO BERNAL, op. cit., p.37. Tradução nossa. No original: “El poder-decir jurídico pretende imponerse sobre el ejercicio político estricto, imponiendo no sólo su lógica sino también su escala de valores”.

¹⁰⁷ BOTERO BERNAL, op. cit., p.38. Tradução nossa. No original: “Sin embargo, he escogido dos situaciones sociales específicas para poner en evidencia esta tensión y cómo en ellas lo jurídico en sentido estricto (a normativa) y en sentido organizacional (lo judicial) entra en conflicto con lo político, denotándose un ejercicio de poder-decir dónde y cómo se la juega la corrupción”.

¹⁰⁸ BOTERO BERNAL, op. cit., p. 39.

¹⁰⁹ É a partir desse proceder que se torna possível avaliar o caráter simbólico de determinada legislação anticorrupção. Como aponta Bernal, no momento em que a corrupção adentra o juízo valorativo do direito, independentemente da existência de vasto arcabouço normativo voltado ao seu enfrentamento, não há sujeição da conduta à norma, isto é, coloca-se o conteúdo jurídico a serviço do que ele pretendia controlar (BOTERO BERNAL, op. cit., pp.39-40).

nem sempre será assim”¹¹⁰, fator que denota a centralidade da lógica-decisória daquele que possui a prerrogativa de julgar a conduta. À vista disso, conforme observou Norberto de la Mata Barranco¹¹¹, ante a amplitude do conceito, é do olhar de quem ostenta o poder decisório que se designa determinado ato como corrupto. Desse contexto, denota-se o papel do direito, que irá, ao estabelecer a censura, conferir significado ao ato praticado, denunciando-o e, ao mesmo tempo, regulando-o.

Acerca de tal aspecto, Farid Samir Benavides Vanegas¹¹², a partir do marco da sociologia de censura, examinou as categorias articuladas para se qualificar, ou não, determinada conduta e sujeito enquanto corruptos. Com base nas lições de Colin Summer¹¹³, o autor conclui que essa escolha, embora expressa em termos legais, técnicos e universais, é, na verdade, a valoração qualitativa do que é essencialmente um problema político ou moral.

Ao aprofundar essa discussão, pondo como elementos centrais a Democracia e o direito, Joaquín Garcia Morillo descreve o escopo do debate a partir da “consciência de que o exercício do poder, por democraticamente legitimado que é, deve estar sujeito ao direito”¹¹⁴. O autor, então, descreve os mecanismos da responsabilidade jurídica e política ante um mesmo fato, de modo a estabelecer as diferenças quanto aos seus respectivos papéis, mas também a esclarecer seus pontos de contato. Sobre isso, destaca que, quanto ao funcionamentos das instituições, algumas das manifestações decorrentes desse enlace podem implicar disfunções¹¹⁵. No tocante a esse aspecto, ao analisar o uso do sistema criminal em face da corrupção no contexto colombiano, Benavides Vanegas observou o afastamento do direito do seu papel de terceiro neutro, imparcial, na solução do conflito, passando a assumir um papel ativo de combate frente aos fatos imputados¹¹⁶.

Com o objetivo de elucidar suas lições, a partir da do contexto então presente na Grã-Bretanha, em Portugal e na Espanha, Garcia Morillo narra situação, a seu ver, comum, que

¹¹⁰ BOTERO BERNAL, op. cit., p.41. Tradução nossa. No original: “Entonces, no puedo dejar de prevenirlos de que, en la corrupción, como en el lenguaje, hay conductas humanas que no ofrecen mayor dificultad para su juzgamiento, pero no siempre será así”.

¹¹¹ BARRANCO, op. cit., p.4.

¹¹² BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir. Corrupción, violencia y derecho penal. **Derecho Penal y Criminología**, v.21, n.68, p.146, jan. 2000.

¹¹³ SUMMER, Colin. Censure, crime and state. In: MAGUIRE, Mike et al. (Eds.). **The Oxford Handbook of Criminology**. 2th.ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

¹¹⁴ GARCIA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad política y responsabilidad penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 18, n.52, p.82, jan.-abr. 1998. Tradução nossa. No original: “No cabe negar que este fenómeno tiene aspectos positivos, pues revela la conciencia de que el ejercicio del poder, por democráticamente legitimado que esté, debe estar sujeto al Derecho”.

¹¹⁵ GARCIA MORILLO, op. cit., p.82.

¹¹⁶ BENAVIDES VANEGAS, op. cit., p.147.

reproduz a interface entre o jurídico e o político no momento em que convocados a analisar acusação por corrupção:

1) Ante a acusação – geralmente levantada em primeiro lugar nos meios de comunicação, e somente depois na sede parlamentar – de que alguém que ocupa um cargo público atuou de forma irregular ou mesmo ilegal de modo a implicar sua demissão; 2) o acusado nega a acusação – e, conseqüentemente, recusa demitir-se, bem como quem pode o retirar do cargo que ocupa também recusa-se a fazê-lo – e cabe aos Tribunais a demonstração de sua inocência, parecendo ignorar, para começar, que quem deverá demonstrar sua culpabilidade há de ser, no seu caso, quem exerce a acusação; 3) Dirigentes de outros partidos, ou particulares que exercem a acusação popular, iniciam, com efeito, as ações penais, e começa e segue o curso correspondente do processo, que 4) Finaliza conforme o apropriado a depender do caso¹¹⁷.

O exemplo evidencia a inevitável relação entre a atividade jurisdicional e o exercício da atividade política, na medida em que a responsabilização do agente político ocorre sob a égide do juízo a ser formalizado pelos Tribunais, o que Garcia Morillo qualifica como “clara subordinação do impulso inicial à responsabilidade política à declaração judicial de que se tenha cometido um ilícito penal”¹¹⁸. Sob o ponto de vista de Bustos Gisbert, essa resignação ao direito decorre da debilidade de normas de condutas não jurídicas; noutras palavras, ante o vazio gerado pela inaplicabilidade e pela vagueza de normas éticas de conduta, remete-se ao direito como forma de compensar tais lacunas¹¹⁹. Continua o autor, é a partir do direito que se constituem as normas que hão de reger as condutas dos governantes, sendo nele que se encontram as regras de definição do correto e do incorreto e, por conseguinte, os parâmetros de conduta mínimos exigíveis a todos os cidadãos. Portanto, o direito é a fonte, mormente a essência, das regras de conduta relativas ao exercício político¹²⁰.

No mesmo sentido, para López Calero¹²¹ destaca que é da Constituição que advém a confiança naqueles que desempenham o poder do Estado, todo governante estaria submetido a

¹¹⁷ GARCIA MORILLO, op. cit., p. 82. Tradução nossa. No original: “1) Ante la acusación – generalmente planteada en primer lugar en los medios de comunicación, y sólo después en sede parlamentaria – de que alguien que ocupa un cargo público se ha conducido irregular o hasta ilícitamente se reclama su dimisión; 2) El aludido niega la acusación – y, consecuentemente, rehúsa dimitir; quien puede cesarlo en el cargo que ocupa también se niega a hacerlo – y remite a los Tribunales la demostración de su inocencia, aparentando ignorar, para empezar, que quienes habrán de demostrar su culpabilidad habrán de ser, en su caso, quienes ejerzan la acusación; 3) Dirigentes de otros partidos, o particulares que ejercen la acción popular, inician, en efecto, las acciones penales, y comienza y sigue su curso el correspondiente proceso, que 4) Finaliza como en cada caso proceda”.

¹¹⁸ GARCIA MORILLO, op. cit., p.83. Tradução nossa. No original: “Lo que, manifiestamente, implica una clara subordinación de la activación de la responsabilidad política a la declaración judicial de que se ha cometido un ilícito penal”.

¹¹⁹ BUSTOS GISBERT, op. cit., p. 390.

¹²⁰ BUSTOS GISBERT, op. cit., p.391.

¹²¹ LÓPEZ CALERO, op. cit., pp.120-121.

essa moral mínima socialmente aceita do direito, em sua compreensão: a moralidade básica da política é o princípio da legalidade. Wolfgang Seibel corrobora tal premissa ao assentar que “são a Constituição e o Direito as bases de nossa confiança de que aqueles que exercem o poder do Estado não o utilizarão indevidamente”¹²². Portanto, a ética política deve ter seu cerne no respeito ao ordenamento constitucional. Nesse momento, revela-se o que Bustos Gisbert nomeia de “obrigação qualificada”. Sob sua ótica, os ocupantes de cargos eletivos, em razão de gozar de confiança democrática, mais do que a obrigação de todo cidadão de observância à legislação, possuem verdadeiro dever de defendê-la. Logo, a atividade política deve não apenas ser pautada no disposto pelo texto da Carta Constitucional, mas também voltada a concretizá-lo¹²³.

Garcia Morillo denomina essa postura como submissão do político ao jurídico, especialmente à seara penal. Como consequência, ocorre o abandono de características tradicionais àquele – a oportunidade e a discricionariedade – de maneira que a atuação política se torna mera tarefa mecânica de aplicação do ordenamento legal. Assim, sob o ponto de vista do autor, os campos de liberdade de escolha, essenciais à atividade política, são integralmente eliminados¹²⁴. Nesse sentido, há a constante remissão ao âmbito normativo¹²⁵ – assessoramento jurídico e diretrizes regulamentares (resoluções, decretos, normas internas) – como forma de se proteger da eventual responsabilização e, dessa forma, o “elemento da oportunidade característico da decisão política haveria, portanto, desaparecido, e haveria sido substituído pelos parâmetros da legalidade”¹²⁶.

Ante essas diferenças principiológicas concernentes às bases da responsabilidade jurídica (legalidade) e da responsabilidade política (discricionariedade), no momento em que constituída tal subordinação, a operacionalidade da segunda é seriamente dificultada, visto que

¹²² SEIBEL, Wolfgang. Institutional weakness, ethical misjudgment: german christian democrats and the Kohl scandal. In: FLEMING, Jenny; HOLLAND, Ian (Orgs.). **Motivating ministers to morality**. Aldershot: Ashgate, 2001. pp.77-78. Tradução nossa.

¹²³ BUSTOS GISBERT, op. cit., p.391.

¹²⁴ GARCIA MORILLO, op. cit., p.84.

¹²⁵ Julio Fernández García também defende a necessidade de existirem mecanismos de responsabilidade política distintos da responsabilidade penal, de modo que “a responsabilidade penal não exime da responsabilidade política, como tampouco a política tem que eximir da penal. Ambas vão por caminhos distintos e não têm por que se excluam ou se impedirem mutuamente”. (FERNÁNDEZ GARCÍA, op. cit., p.327. Tradução nossa). No original: “La responsabilidad penal no exime de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir de la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por qué excluirse o impedirse mutuamente”.

¹²⁶ GARCIA MORILLO, op. cit., p.83. Tradução nossa. No original: “El elemento de oportunidad característico de la decisión política habría, por tanto, desaparecido, y habría sido sustituido por los parámetros de legalidad”. Quanto ao ponto, o autor chama atenção para a possibilidade de se utilizar o jurídico para afastar, ainda que momentaneamente, a possível responsabilidade política. Na medida em que os fatos estão *sub judice*, seria, então, prudente aguardar-se a solução a ser formalizada nessa esfera.

passa a ser norteadada por parâmetros a ela não essencialmente característicos, mormente a comprovação da ocorrência de um ilícito jurídico-penal¹²⁷. Portanto, nos casos em que há ligação entre essas searas, partindo-se de pressupostos jurídico-penais, a sanção passa a ser desenhada sob os termos do juízo de culpabilidade criminal¹²⁸. Conforme destaca Bustos Gisbert¹²⁹, a consequência direta é o desaparecimento do juízo político diante do desrespeito às normas jurídicas (obrigação qualificada), fixando-se a premissa de que a responsabilidade política somente deve ocorrer quando existir a responsabilidade jurídica, principalmente penal.

Nesse contexto, o professor de Direito Constitucional da Escola Judicial Espanhola frisa os efeitos, a seu ver, demolidores, decorrentes dessa planificação entre os dois campos:

- (a) Se substitui o juízo político democrático pelo juízo jurídico penal.
- (b) O enfrentamento e a discussão política são movidos da sede parlamentar para os tribunais.
- (c) Se mescla uma doutrina procedente do princípio democrático representativo (a responsabilidade política) com um princípio do Estado de Direito (a submissão de todos os cidadãos, governantes incluídos à lei).
- (d) Se confunde a responsabilidade subjetiva, por culpa ou dolo (a responsabilidade penal) com uma responsabilidade objetiva que além de culpa e dolo inclui a responsabilidade *in vigilando* e *in eligendo*.
- (e) Se homologa um processo de natureza estritamente política por um processo de natureza exclusivamente jurídica.
[...]
- (i) Se confundem parâmetros de juízo radicalmente distintos: o ordenamento jurídico penal (que inclui unicamente as condutas que merecem o máximo de desvalor por parte da sociedade), e um código de conduta mais vinculado à eficácia, à moral e a éticas públicas.
[...]
- (n) Se permutam os argumentos utilizáveis: políticos em um caso, exclusivamente jurídicos noutro.
- (o) O juiz é forçado a desempenhar um papel para o qual não está preparado. Deixa de ser o aplicador neutro da lei e torna-se o árbitro na luta política.
- (p) Se substitui o eleitorado e o Parlamento como juízes últimos do comportamento político dos governantes, outorgando esse papel aos juízes e tribunais.
- (q) Enfim se judicializa a política na mesma medida em que se tenderá a politizar a justiça¹³⁰.

¹²⁷ GARCIA MORILLO, op. cit., p.85. É importante notar esse redirecionamento do político ao jurídico, pois este surge justamente como canal para responsabilização ante a insuficiência do primeiro, o que perpassou o deslocamento da centralidade do poder político da Monarquia ao Parlamento. Como explica Eugene Pierre, a responsabilidade política encontrava-se diretamente subordinada ao primeiro, de modo que somente juridicamente poderia se buscar a responsabilidade de sujeitos integrantes do Governo, como os ministros nomeados pelo monarca. Assim, ao parlamentar não havia outra forma de exigir a responsabilização senão formalizar acusação pelo cometimento de um delito (responsabilidade jurídica). (PIERRE, Eugene. **Traite de Droit Politique, electoral et parlementaire**. Paris: Librairies et Imprimeries Reunies, 1893. p.106. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5866347w/f53.item>. Acesso em: 12 fev. 2022).

¹²⁸ GARCIA MORILLO, op. cit., pp.94-95.

¹²⁹ BUSTOS GISBERT, op. cit., p.392.

¹³⁰ BUSTOS GISBERT, op. cit., pp.392-393. Tradução nossa. No original: “(a) Se sustituye el juicio político democrático por el juicio jurídico penal. (b) El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales. (c) Se mezcla una doctrina procedente del principio democrático representativo (la responsabilidad política) con un principio del Estado de Derecho (el sometimiento de todos los ciudadanos,

Como efeito, o órgão jurisdicional passa a decidir não apenas sob termos essencialmente jurídicos, mas também políticos, de modo que a decisão formalizada não se funda, estritamente, no arcabouço legal conhecido. A esse respeito, ressalta Garcia Morillo:

É inevitável que a decisão, certamente jurídico-penal, de processar ou deixar de fazê-lo seja lida, como agora foi dito, e qualquer que seja sua fundamentação jurídica, “na chave” do político, já que o relevante da decisão judicial – e, portanto, jurídica – sobre o processamento não será este em si¹³¹.

Em meio a esse cenário, um princípio primordial ao funcionamento do sistema de Justiça é colocado em questão: a imparcialidade do juiz e a independência do órgão acusador, isso porque ambos passam a ser diretamente influenciados e, até mesmo, dirigidos por interesses políticos diversos, tanto provenientes dos membros do Legislativo e do Executivo, aliados e opositores, quanto dos próprios cidadãos, geralmente pautados naqueles veiculados pelos meios de comunicação¹³². Para Bustos Gisbert:

Se o Estado Democrático sofre como consequência da identificação entre a

governantes incluídos, a la ley). (d) Se confunde una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo (la responsabilidad penal) con una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad in vigilando e in eligiendo. (e) Se homologa un proceso de naturaleza estrictamente política por un proceso de naturaliza exclusivamente jurídica. (f) Se sustituye la sanción política prevista para comportamientos políticos (la dimisión o el descenso en el prestigio político de los afectados, y en última instancia el veredicto del electorado) por la sanción penal. (g) Se asume, injustificadamente, que el proceso judicial puede ser comprendido por la opinión pública exactamente igual que el proceso político. (h) Se exige un mismo nivel de determinación de los hechos para dos supuestos radicalmente diferentes. Mientras la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad. La responsabilidad política, por el contrario, requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad. (i) Se confunden parámetros de juicio radicalmente distintos: el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el máximo desvalor por parte de la sociedad), y un código de conducta más vinculado a la eficacia, la moral y la ética públicas. (j) Se identifican, de forma inaceptable inocencia política e inocencia penal. (k) Se sustituye la presunción de culpabilidad (política) de todo gobernante por la presunción de inocencia (jurídica) de todo ciudadano. (l) Se acepta que los niveles de eficacia y decencia exigibles a los gobernantes sean los mismos que los exigibles al común de los ciudadanos: el respeto al código penal. (m) Se invierte la lógica interna temporal de ambos procesos de exigencia de la responsabilidad política. Primero la responsabilidad política, en el calor del debate político, en el Parlamento, ante los medios de comunicación y la opinión pública. Después la responsabilidad penal: en las salas judiciales, con la frialdad de las formas jurídicas y sin la presencia intimidatoria ni de los medios, ni de la opinión pública. (n) Se intercambian los argumentos utilizables: políticos en un caso, exclusivamente jurídicos en el otro. (o) Se obliga al juez a desarrollar un rol para el que no está preparado. Deja de ser el aplicador neutro del Derecho para convertirse en el árbitro en la lucha política. (p) Se sustituye al electorado y al Parlamento como jueces últimos del comportamiento político de los gobernantes, otorgando ese papel a jueces y tribunales. (q) En fin se justicializa la política exactamente en la misma medida en que se tendrá que politizar la justicia”.

¹³¹ GARCIA MORILLO, op. cit., p.99. Tradução nossa. No original: “Es inevitable que la decisión ciertamente jurídico-penal, de procesar o dejar de hacerlo sea leída, como ahora se dice, y cualquiera que sea su fundamentación jurídica, ‘en clave’ política, ya que lo relevante de la decisión judicial – y por tanto jurídica – sobre el procesamiento no será éste en sí, ni por tanto lo jurídico-judicial, sino las consecuencias políticas relativas a la continuidad en el cargo público”.

¹³² BUSTOS GISBERT, op. cit., p.394.

responsabilidade política e a responsabilidade penal por atos de corrupção, sofre ainda mais o Estado de Direito. [...]. Por outra parte, a imagem transmitida ao público será sempre distorcida pelos interesses particulares de cada meio. Como tal, não se pode esperar que o cidadão tenha a mínima confiança nos juízes e procuradores que parecem agir de forma completamente arbitrária, na medida em que os seus atos não são compreensíveis para o cidadão comum. E quando os cidadãos não confiam em seus juízes e acusadores, a qualidade desse Estado de Direito deixa muito a desejar¹³³.

Nesse momento, desenha-se mais precisamente o problema decorrente dessa inevitável imbricação: a responsabilidade jurídico-penal e a responsabilidade política não se mostram, simplesmente, enquanto caminhos autônomos e distintos de responsabilização, mas sim, apesar de independentes, o primeiro torna-se pressuposto para a concretização do segundo, de modo que “a distinção entre ambas as responsabilidades somente faz sentido quando a responsabilidade penal não aparece em cena”¹³⁴. Assim, uma vez presente a imputação de fato político também apto a constituir ilícito penal, há a inexorável conexão entre as searas jurídica e política, na medida em que a concretização da responsabilização no campo político é, então, condicionada à ideia da verdade real a ser declarada pelo órgão julgador¹³⁵. O efeito desse deslocamento ao campo judicial e da aludida submissão é sintetizado por Garcia Morillo:

[...] a determinação da oportunidade das atuações políticas se substitui pela busca de possíveis elementos de antijuridicidade que possibilitem a atuação judicial. Verificado o primeiro fenômeno, a judicialização do político, é inevitável que se produza a politização do judicial, isto é, que as atuações judiciais sejam lidas em termos de confrontação política – vale dizer, em termos de quem elas favorecem ou prejudicam – e seus efeitos políticos¹³⁶.

A problemática é também destacada por Natália Zampieri, “a corrupção e a atuação ilícita de responsáveis políticos têm gerado uma enorme conflituosidade jurídica, provocando o seguinte fenômeno: o compartilhamento ou a tomada do juízo de legalidade em face ao juízo

¹³³ BUSTOS GISBERT, op. cit., p.395. Tradução nossa. No original: “Si el Estado democrático sufre como consecuencia de la identificación entre responsabilidad política y responsabilidad penal por actos de corrupción, más sufre el Estado de Derecho. [...] Por otra parte, la imagen transmitida al público será siempre distorsionada por los intereses particulares de cada medio. Así las cosas, no puede esperarse que el ciudadano tenga la más mínima confianza en jueces y fiscales que parecen actuar de manera absolutamente arbitraria en la medida en que sus actos no son comprensibles para el común de los ciudadanos. Y cuando los ciudadanos no confían en sus jueces y fiscales la calidad de ese Estado de Derecho deja mucho que desear”.

¹³⁴ GARCIA MORILLO, op. cit., p.100. Tradução nossa.

¹³⁵ GARCIA MORILLO, op. cit., p.100.

¹³⁶ GARCIA MORILLO, op. cit., p.102. Tradução nossa. No original: “[...] la determinación de la oportunidad de las actuaciones políticas se sustituye por la búsqueda de posibles elementos de antijuridicidad que posibiliten la actuación judicial. Verificado el primer fenómeno, la judicialización de lo político, es inevitable que se produzca la politización de lo judicial, esto es, que las actuaciones judiciales sean lidas en términos de confrontación política – vale decir, en términos de a quien favorecen o perjudican – y de sus efectos políticos”.

de oportunidade”¹³⁷. A seu ver:

Para considerar um sujeito político responsável politicamente, o fator relevante é o seu comportamento político de acordo com as atribuições e tomada de decisões inerentes ao cargo. Para a responsabilidade política, caso avaliada puramente, o delito eventualmente alegado não deveria ser relevante. Mas quando há o elemento da alegação delitual, os argumentos se invertem e a autonomia da responsabilidade política impede que a controvérsia política se resolva exclusivamente em termos políticos. Portanto, a distinção entre ambas responsabilidades somente seria possível se um discurso penal não entrar na cena do debate político¹³⁸.

A partir dessas observações, nota-se que a corrupção é um fenômeno complexo e polissêmico, o qual transcende a mera capitulação jurídica. Como consequência, é inevitável a dificuldade de o direito lidar para com a questão, especialmente ante a presença de variáveis relacionadas a outras searas, como a economia, a ética, a moral e a política, as quais, junto ao disposto pelo sistema legal, passam a integrar a base dos pronunciamentos judiciais. O efeito disso, na valoração da conduta, é um afastamento de juízos estritamente legais, pois outras fontes ganham relevância no método decisório. Contudo, ao se tratar da responsabilização de um agente, mormente pela via penal, tal proceder deve ser visto com cautela, tanto em respeito aos preceitos da dogmática própria quanto em observância ao seu princípio basilar, a legalidade. Anterior a esse exame, tendo em vista a revelada imbricação entre a política e o direito para o tema, mostra-se importante analisar a forma pela qual os temas atinentes à política são enfrentados quando judicializados, principalmente perante os nomeados Tribunais Constitucionais.

¹³⁷ ZAMPIERI, Natália. Criminalização da política e a politização da justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34, p. 374, jul/dez 2014.

¹³⁸ ZAMPIERI, op. cit., p. 375.

CAPÍTULO 2

ENTRE A JURISDIÇÃO E A POLÍTICA

2.1 A judicialização da política: das causas aos efeitos

No presente capítulo, almeja-se estudar o tema da judicialização da política, pois, como visto, o fenômeno da corrupção é assunto que desborda a ideia estritamente normativa-jurídica, sendo importante compreender como o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, atua perante os assuntos relacionados à esfera representativa e discricionária. Nesse contexto, uma vez compreendidas as características desse modelo, deve-se confrontá-las ante os limites constituintes do direito penal.

Inicialmente, realiza-se breve digressão sobre o desenvolvimento histórico brasileiro dessa simbiose entre Corte e política, não a fim de voltar às suas origens, mas com o objetivo de oferecer um parâmetro comparativo em relação ao ser constatado quanto ao quadro atual. Sobre o assunto, Rafael Mafei e Davi Tangerino pontuam que, durante a Primeira República, diante do fim da figura moderadora do imperador, a atuação do Supremo Tribunal Federal nos problemas concernentes ao funcionamento do sistema político foi extremamente demandada, exigindo-se a constante deliberação sobre a necessidade de sua intervenção ou não. Nos debates travados pelos ministros, muito se ponderava que “não interferir em circunstância alguma poderia significar a paralisia de Governos pelo sistema político; intervir demais, ao contrário, poderia passar a impressão de que o Tribunal tomava partido nesses conflitos”¹³⁹.

Assim, o filtro estabelecido foi a existência de ameaça concreta ao direito de liberdade individual, desde que somente passível de ser afastada por meio do provimento judicial¹⁴⁰. A propósito, tais elementos limitadores foram expressos no âmbito do *habeas corpus* nº 8.584/DF, julgado em 1922. Veja-se:

Mesmo em se tratando de atos políticos, embora o Judiciário, vulgarmente, não os possa apreciar e examinar, pode, contudo, verificar violações de direitos individuais motivados por esses atos, e condenar o uso abusivo que de sua competência fez o outro poder, a ponto de determinar um constrangimento ilegal [...]. Qualquer que seja em si o ato opressivo desde que violou direitos adquiridos, máxime garantidos pela Constituição, é competente o Judiciário para resolver, uma vez que se lhe exponha o

¹³⁹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO. A tutela da moralidade política pelo direito penal: relato e análise da Ação Penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.106, p.256, 2014.

¹⁴⁰ QUEIROZ; TANGERINO, op. cit., p.258.

caso sob uma forma legal. [...] só se pode dar a medida quando é manifesta a coação ou iminência de coração e não há ação própria para corrigi-la ou impedi-la. A coação diz respeito ao direito de locomoção, de dirigir-se ao lugar onde se lhe proíbe estar, de ir exercer uma função de que se mostra legalmente investido e cujo exercício se lhe quer obstar¹⁴¹.

A partir da análise de outros julgados formalizados nesse período, os autores sublinham que a atuação da Corte se dava, especialmente, com o fim de proteger o Legislativo de intervenções do Executivo, bem como de garantir o respeito às decisões tomadas após o devido escrutínio eleitoral. Então, frisam: “Quando do STF foi pedida uma avaliação substantiva sobre o mérito da disputa política subjacente à impetração [...] o Tribunal consistentemente deixou de conhecer dos pedidos [...] chegando até mesmo a negar-se o direito de jurisdição sobre a matéria”¹⁴². Essa postura é também anotada por Barroso, para quem essa autocontenção judicial, observada no judiciário brasileiro antes da Constituição de 1988, é caracterizada por três aspectos: i) evita-se aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; ii) utiliza-se de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos; e iii) abstém-se de interferir na definição de políticas públicas¹⁴³.

Premissas semelhantes são observadas em artigo elaborado por Aliomar Baleeiro, quando foi presidente Supremo Tribunal Federal. Com base na experiência norte-americana, o magistrado buscou traçar os limites entre a função política dos ministros – a seu ver, derivada da Constituição Federal e imprescindível – e a vedada atividade político-partidária. Nessa esteira, afirmou que o exercício do Poder Judiciário se dá na forma “ora de freio e amortecedor – *shock absorber* – da política legislativa, ora o de acelerador dessa política”¹⁴⁴, de modo que a interpretação judicial é também tomada por um sentido político, principalmente com o fim de garantir a aplicabilidade da norma a situações não previstas quando da sua elaboração. Nessa oportunidade, avaliou-se que a Corte nacional, diferentemente da Suprema Corte norte-

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 8584/DF. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, n.42, p.42, 1922. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4239>. Acesso em: 15 jul. 2022. Esse julgado passou a ser reiteradamente invocado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de legitimar seus pronunciamentos a respeito das questões políticas, tendo como marco emblemático o Mandado de Segurança nº 26.441/DF, em que concedida a ordem de segurança para que a minoria parlamentar, à época, conseguisse a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Nessa ocasião, foram, ademais, utilizados diversos julgados da Primeira República quanto ao assunto. (QUEIROZ; TANGERINO, op. cit., p.263).

¹⁴² QUEIROZ; TANGERINO, op. cit., p.263.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, p.24, 2012a.

¹⁴⁴ BALEEIRO, Aliomar de Andrade. A função política do Judiciário. **Revista dos Tribunais**, v.756, p.736, 1998.

americana, possuía uma tímida atuação política¹⁴⁵, o que decorria, a seu ver, da desnecessidade desta ante a atividade ampla e efetiva do Legislativo, constatação que, naquele momento, refletia-se nas mais de 10 reformas e dezenas de emendas ao texto constitucional nos últimos 50 anos em relação à data de edição do artigo.

O autor põe a importância política do Supremo Tribunal brasileiro em termos da defesa das liberdades e dos direitos individuais, citando, enquanto representação disso, “a teoria brasileira do *habeas corpus*” e a restrição do conceito de segurança nacional, em 1967, bem como a preponderância da liberdade de imprensa no caso da revista *Realidade*¹⁴⁶.

Como dito, essa breve exposição não visa fundamentar qualquer automática conclusão sobre a existência de uma influência direta desse primeiro momento histórico na atual postura da Suprema Corte, mas apenas elucidar quais os critérios adotados, naquele período, para a interferência do Poder Judiciário no campo da política. Uma prestação jurisdicional autocontida sobre o tema, distinta da que será vista adiante.

O estudo específico e o uso da ideia da judicialização da política possuem, como primeira referência brasileira, o artigo do professor Marcus Faro Castro, de 1996, intitulado *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*¹⁴⁷, que se centrou, essencialmente, nos debates referentes ao seu novo papel na arena de construção de políticas públicas¹⁴⁸, ora como reação à eventual inércia legislativa, ora como última saída para os atores derrotados politicamente. Logo depois, inúmeros foram os trabalhos pautados na análise quantitativa e qualitativa das ações de controle concentrado, instrumentos com atores legitimados específicos e com acesso direto ao Supremo Tribunal Federal.

Foi durante período pouco além da primeira década dos anos 2000 que se revelou o maior foco nacional, a título de exemplo: Arantes (2002)¹⁴⁹; Vianna e Burgos (2002)¹⁵⁰;

¹⁴⁵ Conforme anota Oscar Vilhena Vieira, outra obra de Aliomar Baleeiro também evidencia a posição contida do Supremo Tribunal Federal à época: *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, p.442, 2008).

¹⁴⁶ BALEEIRO, op. cit., pp.744-745.

¹⁴⁷ CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS**, 20., 1996, Caxambu. Trabalhos apresentados... Caxambu, 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/20anpocsmg>.

¹⁴⁸ RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito GV**, v.15, n.2, p.9, 2019.

¹⁴⁹ ARANTES, Rogério. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

¹⁵⁰ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

Carvalho (2004)¹⁵¹; Sorj (2004)¹⁵²; Oliveira (2005)¹⁵³; Veronese (2009)¹⁵⁴; Pogrebinschi (2012)¹⁵⁵; Marchetti e Oliveira (2013)¹⁵⁶; Avritzer e Morona (2014)¹⁵⁷, dentre outros.

Ao descrever a manifestação desse fenômeno no país¹⁵⁸, Oscar Vilhena Vieira enfatiza que a ampliação do poder judicial em detrimento dos parlamentos não é fato isolado ao contexto brasileiro. Sua ocorrência é, então, explicada sob diversos pontos de vista: alguns o compreendem como reflexo do crescimento do sistema de mercado, em que os seus operadores veem os Tribunais como mais aptos a garantir segurança e previsibilidade; outros o elucidam por meio da retração do sistema representativo¹⁵⁹.

A par disso, pretende-se, então, compreender o fenômeno da judicialização da política, suas razões, seus efeitos sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes, bem como ampliar o escopo desse objeto de pesquisa¹⁶⁰, visto que se tem como pano de fundo a corrupção, problema sobre o que incide, especialmente pela via judicial, um enfretamento por meio do uso do direito penal. Consoante explicado na introdução, como base documental para o estudo, serão examinados os acórdãos das Ações Penais originárias julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em que houve o exame do delito de corrupção passiva, prolatadas em três conjunturas diferentes, de modo a relevar sob que termos a censura sobre tal conduta ocorre e, na sequência, a compatibilidade deles com os preceitos do exercício do poder punitivo.

¹⁵¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, pp.115-126, nov. 2004.

¹⁵² SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

¹⁵³ OLIVEIRA, Vanessa de Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.48, n.3, pp.559-587, 2005.

¹⁵⁴ VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos: Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro, ano 3, n.3, 2009.

¹⁵⁵ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: Política, Direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁵⁶ MARCHETTI, Vitor; OLIVEIRA, Vanessa de Elias. O Judiciário e o controle sobre as políticas públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS), 37., 2013, São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2013.

¹⁵⁷ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v.15, pp.69-94, dez. 2014.

¹⁵⁸ Paulo Joaquim da Silva Rodrigues ressalta a descontinuidade do conceito de judicialização da política, no contexto brasileiro, em relação aos pressupostos estabelecidos por Tate e Vallinder, especialmente porque, no Brasil, o conceito não é posto enquanto forma de ativismo judicial, condição que seria necessária para os autores americanos. (RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Os 20 anos do *The global expansion of Judicial Power* e as diferentes teorias de Judicialização da Política no Brasil: continuidades e descontinuidades. **Ponto de Vista**, n.2, p.5, 2015).

¹⁵⁹ VIEIRA, op. cit., pp.442-443.

¹⁶⁰ A respeito dessa necessidade de maior ampliação sobre as classes processuais do Supremo Tribunal Federal, ver: DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos?: agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMAN, Fabiano (Org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/Cegov, 2017. pp.57-97.

O assunto central deste capítulo possui como marco teórico inicial os escritos de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, que, em 1995, organizaram o livro *The Global Expansion of Judicial Power*. Nele, os autores não só traçaram as balizas conceituais, como também os motivos para a consolidação desse processo em nível mundial, embora a coletânea de artigos não conte com nenhum texto sobre a perspectiva de qualquer país da América Latina.

No tocante aos acontecimentos para a expansão do poder judicial, os precursores citam os seguintes: i) a queda do comunismo na Europa Oriental e o desaparecimento da União Soviética; ii) a democratização da América Latina, da Ásia e da África; iii) a maior influência acadêmica da jurisprudência norte-americana e da ciência política; iv) a Convenção Europeia e a Corte Direitos Humanos em Estrasburgo e v) a maior confiança no Poder Judiciário em relação aos outros Poderes¹⁶¹. Ao aprofundar essas premissas causais, expõem-se fatores que, embora não imprescindíveis, intensificam e difundem esse movimento, como: i) o regime democrático, visto que nele há juízes independentes, ii) a separação de Poderes, pois incumbe-se ao Judiciário a interpretação judicial dos atos normativos; iii) a existência de direitos políticos objetivados; iv) a possibilidade de os atores políticos, aliados e de oposição, acessarem o Judiciário; v) a fragmentação do cenário político; vi) o baixo apoio às esferas de representação majoritárias e vii) a delegação aos Tribunais de decisões que as instituições majoritárias não desejam tomar¹⁶².

John Ferejohn¹⁶³, posteriormente, com base nesses pressupostos de Tate e Vallinder, ressalta dois dos aspectos relacionados à maior força desse protagonismo do Judiciário. O primeiro é denominado hipótese da fragmentação e decorre da inação do âmbito político-legislativo – e, como consequência, busca-se a solução em outras instituições capazes de oferecê-la, mormente as Cortes. Ao também tratar dessa circunstância, Ginsburg complementa que, graças a ela, aumenta-se o espectro de manobra dos Tribunais, visto que, ante o enfraquecimento legislativo, esses atores passam a contar com uma ampla margem para definir seus próprios papéis¹⁶⁴.

Sobre o assunto, no tocante ao cenário nacional, Zaiden e Acunha, embora afirmem que

¹⁶¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, pp.1-11, 1995.

¹⁶² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, pp.525-529, 1995.

¹⁶³ FERREJOHN, John. Judicializing Politics. *Politicizing Law*. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, 2002.

¹⁶⁴ GINSBURG, Tom. Introduction. In: CASTAGNOLA, Andrea; NORIEGA, Saúl López (Orgs.). **Judicial politics in Mexico: the Supreme Court and the transition to democracy**. Nova York: Routledge, 2017. p.3.

a fragmentação política brasileira não seja o elemento central para caracterização da expansão do Poder Judiciário, admitem que ela incentiva um comportamento mais autônomo e independente por parte deste, isso com o fim de se proteger de um sistema político imprevisível e espalhado entre os mais diversos grupos. Diante disso, tende-se “a estabelecer condições mais favoráveis à transferência do *locus* decisório do âmbito incerto da política para o âmbito pretensamente mais técnico e, em tese, menos maleável da justiça”¹⁶⁵.

O segundo aspecto elencado por Ferejohn, considerado mais complexo e importante, é nomeado hipótese dos direitos. Em suas palavras, o sentimento de que os Tribunais são confiáveis para proteger uma gama de valores fundamentais contra os potenciais abusos por parte dos agentes políticos¹⁶⁶.

É da soma desses dois aspectos que decorrem, sob sua ótica, o enfraquecimento da “legislatura constitucional”¹⁶⁷, composta pelo Congresso e pela Presidência do Executivo, e, noutro giro, o fortalecimento da atuação do Judiciário no sentido de produzir atos com conteúdo legislativo. Sob essas circunstâncias, o procedimento legislativo migra para atores capazes de agir de forma decisiva, as Cortes, circunstância prescindível se a legislatura constitucional estivesse em condições de fornecer resposta à demanda.

Juliano Zaiden e Fernando Acunha acrescentam a essas conclusões outro elemento: a perspectiva institucional, considerada essencial para garantir segurança e autonomia aos órgãos julgadores. Nesse ponto de vista, temas relacionados à organização e à estruturação das Cortes são centrais, como a previsão (cada vez mais ampla) de suas competências, o estabelecimento de garantias institucionais e a listagem de matérias positivadas pelo direito¹⁶⁸. Sintetizam os autores:

A existência de cortes altamente protegidas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais – em termos salariais, de mandatos, de garantias de não intervenção, orçamentários e assim por diante – e, mais especificamente, com listas de competências amplas (decorrentes, a um só tempo, da soma entre a previsão de inúmeros mecanismos de atuação e a generosidade em termos de legitimidade para a judicialização de temas diversos da vida cotidiana) ajuda a explicar o não desprezível grau de intervenção judicial em matérias de políticas públicas na América Latina nos dias de hoje¹⁶⁹.

¹⁶⁵ BENVINDO; ACUNHA, op. cit., p.70.

¹⁶⁶ FEREJOHN, op. cit., p. 55, 2002.

¹⁶⁷ FEREJOHN, op. cit., p.63. Tradução nossa. No original: “Theoretically, Article I of the Constitution places the legislative power in Congress or, more accurately, jointly in Congress and in the Presidency, acting in accordance with the formalities of bicamerality and presentment. When this body – which we shall call the constitutional legislature – is capable of action, it will retain control of legislative authority”.

¹⁶⁸ BENVINDO; ACUNHA, op. cit., pp.58-59.

¹⁶⁹ BENVINDO; ACUNHA, op. cit., p.61.

Levinson nomeia isso de estabilidade institucional¹⁷⁰, que, a seu ver, é determinante para o incentivo concreto dos atores políticos à observância do sistema legal, em suas palavras, “um sistema constitucional efetivo – um que sirva como mecanismo de compromissos políticos – depende, portanto, do sucesso do compromisso sociopolítico subjacente no sentido que se jogará pelas regras constitucionais”¹⁷¹.

Tsebelis inclui outro elemento primordial para a ampliação do fenômeno: a própria motivação dos atores políticos em incluir os julgadores no processo decisório. Isso estaria associado à disputa de forças entre os sujeitos legitimados a acessar o Tribunal, ao grau de coesão interna – no caso dos atores coletivos, tais como partidos, associações, coalizões, etc. – e ao grau de relevância política do objeto a ser judicializado¹⁷². Nas palavras de Diego Werneck e Leandro Ribeiro, “a decisão de mobilizar o Supremo é uma ação estratégica que emerge do jogo político do momento, embora as condições sejam definidas pelo desenho institucional”¹⁷³. Esses últimos professores elencam os seguintes incentivos aos sujeitos legitimados: i) o fim de vetar uma decisão majoritária; ii) o fim de sinalizar preferências a outros atores, como a população; iii) o fim de protelar a tomada de decisão; iv) o fim de coordenação de ações estruturais; v) o fim de arbitrar conflitos e vi) o fim de promover determinada política pública (superar vetos). Nessa esteira, concluem: “Essas motivações são fortemente relacionadas a cálculos que dependem da dinâmica política entre os atores relevantes em um dado momento. Ou seja, a motivação é, em larga medida, contingente”¹⁷⁴. Os autores frisam, todavia, que esse cálculo estratégico conjuntural (político-contingente) depende diretamente do desenho institucional do sistema político vigente, sendo a dimensão organizacional a responsável por viabilizar o movimento¹⁷⁵.

Ao lado desse prisma das instituições, Helmke destaca outro aspecto para se compreender os incentivos e os limites à atuação do Judiciário: o grau de apoio público, de

¹⁷⁰ Entende-se como estabilidade institucional a estabilidade dos arranjos institucionais que põem o poder nas mãos dos julgadores. Isso significa que, se é possível e efetiva eventual influência sobre a autoridade decisória por parte dos opositores de determinado resultado constitucionalmente desejável, de modo a ignorar e rearranjar o processo de decisão constitucionalmente especificado, então, pode-se considerar a Constituição enquanto letra morta. (LEVINSON, Daryl L. *Parchment and Politics: the positive puzzle of Constitutional Commitment*. **Harvard Law Review**, v.124, n.3, p.670, 2011).

¹⁷¹ LEVINSON, op. cit., p.698. Tradução: Juliano Zaiden Benvindo e Fernando José Gonçalves Acunha. No original: “An effective system of constitutional law – one that can serve as a mechanism of political commitment – thus depends on the success of an underlying sociopolitical commitment to play by the constitutional rules”.

¹⁷² TSEBELIS, George. **Veto players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

¹⁷³ RIBEIRO; ARGUELHES, op. cit., p.3.

¹⁷⁴ RIBEIRO; ARGUELHES, op. cit., p.10.

¹⁷⁵ RIBEIRO; ARGUELHES, op. cit., pp.10-11.

modo a considerá-lo, embora não o único¹⁷⁶, fator central para a visualização de quão sólidas são sua posição e sua capacidade de agir quanto aos assuntos considerados, a princípio, mais adequados a outros ramos do Estado¹⁷⁷. A autora enfatiza que o nível da legitimidade popular seria a variável mais segura e mais relevante para prever os possíveis ataques à Corte em razão de suas decisões e, por consequência, sua capacidade de reação¹⁷⁸.

Diante do exposto, resumem-se os seguintes elementos sobre a expansão do Poder Judiciário: a fragmentação do cenário político; a maior confiança na imparcialidade judicial; o desenho institucional e, até mesmo, a imagem da Corte no espaço público. Junto a isso, com o distanciamento do paradigma liberal, tem-se, ainda, outro componente, a ampliação do conteúdo das Constituições, que passaram a optar por tudo decidir e a colocar o Legislativo e o Executivo enquanto implementadores do por elas estabelecido; já ao Judiciário coube a função de guardião da concretização dessa tarefa¹⁷⁹.

Não por outro motivo, em meio ao momento de transição democrática ocorrida em diversos países entre as décadas de 1970 e 1990, fortificaram-se as robustas jurisdições constitucionais. Nelas, os magistrados, além das responsabilidades de legisladores negativos, também devem zelar pelo cumprimento dos objetivos firmados pelo poder constituinte¹⁸⁰. Sobre a materialização de tal contexto no Brasil, pontua Vargas, “a transição do autoritarismo para a democracia levou à reconfiguração da estrutura e das atribuições do judiciário pela Constituição de 1988, ampliando substancialmente seu universo de atuação”¹⁸¹. Também quanto aos contornos brasileiros relacionados a essa construção – mais acentuados, segundo Vilhena, sobretudo como resultado da enorme ambição do texto constitucional de 1988 e da concentração de competências na esfera do Supremo Tribunal Federal – haveria ocorrido uma “mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil”. Em suas palavras:

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de nº. 3/93 e nº. 45/05, bem como pelas leis nº. 9.868/99 e

¹⁷⁶ A autora cita a fragmentação política, a existência de proteção constitucional à Corte, a extensão do poder judicial e o nível de desenvolvimento econômico. (HELMKE, Gretchen. Public support and judicial crises in Latin America. **Journal of Constitutional Law (University of Pennsylvania)**, v.13, n.2, pp.409-411, 2010.

¹⁷⁷ HELMKE, op. cit., pp.397-398.

¹⁷⁸ HELMKE, op. cit., p.407.

¹⁷⁹ VIEIRA, op. cit., p.443.

¹⁸⁰ VIEIRA, op. cit., p.444.

¹⁸¹ RAMOS, B. Vargas. Supremo Tribunal Federal: ‘terceiro gigante’ ou ‘tenente de toga’?. In: ALVES, G.; GONÇALVES, M.; TONELLI, M. L. Q; RAMOS FILHO, W. (orgs.), **Enciclopédia do golpe**, vol. 1, p. 252, 2017.

nº. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos¹⁸².

O quadro é, por ele, denominado “supremocracia” e nele, além da autoridade das decisões da Corte em relação às instâncias inferiores, há a expansão de sua autoridade em detrimento dos demais Poderes. A seu ver, o alargamento dos instrumentos inerentes à jurisdição constitucional levou o Supremo não apenas a exercer uma função similar ao antigo Poder Moderador, mas também a ser o emissor da última palavra sobre a validade e a legitimidade das decisões dos órgãos representativos, ora anuindo-as, ora substituindo-as¹⁸³. Loiane Verbicaro vê essa mudança como a superação do modelo clássico de separação dos Poderes, em que não mais se concebe a independência total como a melhor forma de organização do Estado. Nessa lógica, a ineficiência do espaço legislativo em face da nova dinâmica social, impulsionou uma tentativa de reformulação do paradigma jurídico¹⁸⁴. O ponto é ilustrado a partir de uma declaração emitida por José Sarney e mencionada por Vilhena: “nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF”, demonstrando o substabelecimento de todo e qualquer problema para o âmbito da Suprema Corte brasileira¹⁸⁵.

Essa questão é sintetizada por Barroso da seguinte forma:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade¹⁸⁶.

Nesse momento, enuncia-se a segunda questão do nosso capítulo, pois, uma vez que se compreendem as circunstâncias que permeiam a judicialização da política, bem como a amplitude desse fenômeno, mostra-se essencial visualizar os efeitos disso decorrentes na relação entre o jogo político-representativo e o Poder Judiciário.

2.2 A representação da política nas Cortes

¹⁸² VIEIRA, op. cit., p.444.

¹⁸³ VIEIRA, op. cit., p.445.

¹⁸⁴ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de Direito GV**, v.4, n.2, p.400, 2008.

¹⁸⁵ VIEIRA, op. cit., p.446.

¹⁸⁶ BARROSO, op. cit., 2012a, p.24.

Consoante visto até aqui, diante da pouca transparência e da baixa atuação do Legislativo, somadas à descrença e à falta de representatividade¹⁸⁷, tornou-se o Judiciário um palco considerado mais democrático e mais propício a atender anseios, de forma que “o juiz se torna protagonista direto da questão social”¹⁸⁸, além de sujeito responsável pela concretização dos direitos fundamentais. Assim, o magistrado “fortemente vinculado à lei é substituído por um juiz modelador da vida social, com sensibilidade para captar e atender as múltiplas necessidades sociais”¹⁸⁹. Essa conclusão é parcialmente refutada por Vargas, na medida em que observa que essa atuação sensível às demandas sociais e contramajoritária limita-se “a afirmação de um conjunto de direitos liberais individuais”¹⁹⁰, possuindo uma postura contida no tocante às ações relativas aos direitos sociais, a título de exemplo, cita aquelas referentes à reforma trabalhista e a PEC nº 241 da Câmara dos Deputados (PEC do teto de gastos públicos), ainda assim, não nega a postura mais ativa do julgador.

A esse respeito, também destaca Sorj:

Tal mudança foi concomitante à transformação do próprio judiciário, em razão da constitucionalização do sistema político e da judicialização do conflito social. A constitucionalização do sistema político implica remeter a ação tanto do Poder Executivo como o do Poder Legislativo ao controle dos tribunais constitucionais. A judicialização do conflito social leva à transferência das expectativas de atendimento de demandas e resolução de conflitos sociais para o Poder Judiciário, que seria o único fiador da convivência e o único poder confiável [...]. Na esfera do Poder Judiciário, a constitucionalização do direito teria significado uma certa aproximação da tradição continental definida pelo Código Napoleônico com a tradição de direito consuetudinário anglo-saxão na medida em que a referência a questões constitucionais e a importância crescente do Judiciário na vida social deslocariam o papel tradicional do juiz aplicador de lei para uma posição de intérprete ativo das leis¹⁹¹.

Sobre esse novo papel, com base na posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.603/DF (fidelidade partidária) e da Reclamação nº 4335/AC (Lei de Crimes Hediondos), Vilhena conclui, enfaticamente:

Independentemente de nossa posição sobre o acerto ou erro do Supremo Tribunal Federal no julgamento desses casos, o que parece claro é que o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição¹⁹².

¹⁸⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social** [on-line], v.19, n.2, p.41, 2007.

¹⁸⁸ VIANNA; BURGOS; SALLES, op. cit., p.41.

¹⁸⁹ VERBICARO, op. cit., p.395.

¹⁹⁰ RAMOS, op. cit., p. 255.

¹⁹¹ SORJ, op. cit., p. 61.

¹⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, p.456, 2008.

O professor, ante esse contexto, entende pelo esvaziamento do Poder Legislativo em decorrência do maior protagonismo judicial, concepção com que Thamy Pogrebinski, ao analisar 810 Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizadas entre 1988 e 2009, não corrobora. Isso porque a autora, após examinar a atuação do Legislativo antes do ajuizamento e depois do julgamento dos temas-objeto de cada um dos Atos Normativos atacados, assevera que o crescimento do papel das Cortes Constitucionais não implica a menor a representação política, mas o seu fortalecimento. Para ela, a ampliação dos papéis deve ser concebida “não como ameaça à representação, às instituições representativas ou à democracia, mas, ao contrário, como um sinal de que a primeira precisa ser ressignificada, as segundas reconfiguradas e a terceira fortalecida”¹⁹³.

Sob a égide da teoria da soberania complexa de Pierre Rosanvallon, Vianna e Burgos explicam essa possibilidade de coexistência por meio da ideia de representação funcional (vias judiciais) e política (órgãos majoritários). De acordo com os autores, a concomitância delas viabiliza maior participação da sociedade civil, portanto, não se excluem ou se substituem¹⁹⁴. Eduardo Meira Zauli, em linha semelhante, afirma: “o que se passa no Poder Judiciário é uma mudança institucional que produz uma maior abertura daquele Poder à sociedade e contribui para o aprofundamento da dimensão participativa da democracia brasileira”¹⁹⁵.

Assim, trata-se do redimensionamento do conceito de representação política e do espaço de sua aplicação, criando soluções institucionais capazes de tornar as Cortes verdadeiramente representativas, apesar de a legitimidade e o *accountability* não advirem do dispositivo eleitoral¹⁹⁶. Com fundamento na teoria consequencialista, Pogrebinski descreve essa face representativa diante do fato de as Cortes satisfazerem, por meio de suas atividades, demandas sociais com consequências políticas, mas que, a princípio, não integrariam a agenda, consolidando o almejado papel contramajoritário¹⁹⁷. Quanto a esse ponto, em *A democracia e os Três Poderes no Brasil* (2002), Luiz Werneck Vianna enfatiza a aproximação da esfera pública com o Poder Judiciário como forma de reagir aos atos e às omissões dos poderes

¹⁹³ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.165. Em direcionamento similar, ver: OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. **Dados**, v.48, n.3, pp.559-686, 2005.

¹⁹⁴ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002. p.379.

¹⁹⁵ ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 47, n.185, p. 22, jan.-mar. 2010.

¹⁹⁶ POGREBINSCHI, op. cit., p.176.

¹⁹⁷ POGREBINSCHI, op. cit., p.180.

Legislativo e Executivo, não havendo um enfraquecimento, mas uma complementação e um reforço ao sistema de representação¹⁹⁸. Noutro artigo de sua autoria, Vianna assinala:

A judicialização da política, entre nós, longe de enfraquecer o sistema de partidos, em especial os da esquerda e da oposição, tende a reforçá-lo, na medida em que propicia – é verdade que no campo predominantemente do Direito e de seus procedimentos – uma conexão entre a democracia representativa e a participativa, para o que concorrem as ações públicas, em que a cidadania se encontra legitimada para deflagrar o processo judicial contra as instâncias do poder¹⁹⁹.

A ideia do pronunciamento judicial enquanto elemento apto a influenciar e a integrar o jogo político representativo é bem delineada por Rogério Arantes no capítulo de livro dedicado a analisar o tema da reforma do Judiciário. Na oportunidade, o autor discorre sobre essa interação a partir das propostas relacionadas à concentração do poder decisório no espaço das Cortes Superiores, fato que se daria por meio da atribuição de efeito vinculante às suas decisões. Nos debates por ele referenciados, nota-se que a argumentação relacionada ao papel político das Cortes perpassa conceitos como democracia, participação política e desigualdade, pontos determinantes suscitados pelos opositores da centralização²⁰⁰.

Quanto ao assunto, o então deputado federal José Roberto Batochio (PDT) foi categórico ao afirmar que a centralização se tratava de evidente limitação ao acesso à Justiça – consequência para ele inerente ao sugerido caráter vinculante das decisões do STF –, entendimento também acompanhado, especialmente, por parlamentares de esquerda, para quem, num quadro político caracterizado pela aliança majoritária, a descentralização do Judiciário, calcada em seu sistema híbrido de controle constitucional, é elemento importante para a viabilização da luta política, ideal sobre o qual o professor do Departamento de Ciências Políticas da Universidade de São Paulo pontua:

Mesmo que conjunturalmente isso faça sentido, não deixa de ser surpreendente ver partidos de esquerda associarem-se à tradição liberal, responsável pela invenção do controle judicial dos poderes políticos, para corrigir os desvios do governo popular, especialmente os ataques frequentes ao direito de propriedade privada²⁰¹.

Em continuidade, contudo, Arantes sublinha que decorrência pouco debatida dessa

¹⁹⁸ VIANNA, Luiz Werneck (Org). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

¹⁹⁹ VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.43.

²⁰⁰ ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza Aina. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.

²⁰¹ ARANTES, op. cit., pp.45-46.

centralização é a eventual transferência horizontal do poder normativo do Legislativo e Executivo ao Judiciário. Nesse sentido, destaca, “parecem desconsiderar que estão fortalecendo um órgão que se encontra fora da arena política e se destina a acolher as demandas das minorias políticas, convertidas em questões judiciais depois de derrotadas como propostas políticas”²⁰². Tal observação é também feita por Taylor e Da Ros, que situam a tática de oposição como uma das motivações centrais para a judicialização, pois, por meio dela, os opositores a determinada escolha política provocam o Judiciário como meio para “retardar, impedir, desmerecer ou declarar a oposição a determinadas leis”²⁰³, de maneira a qualificar o Supremo Tribunal Federal como uma arena de veto. Vilhena também atenta para esse aspecto, mormente após a ampliação do rol de legitimados para proposição das Ações Diretas perante o Supremo Tribunal Federal, superando-se a fase de atuação limitada ao procurador-geral da República, o que, sob sua ótica, “tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa”²⁰⁴.

No tocante a essa maior facilidade de acesso à Corte, Zaiden e Acunha complementam as seguintes mudanças: “a nova conformação do mandado de injunção, a adoção de sentenças aditivas e a aproximação do controle difuso com o concentrado, entre outros”²⁰⁵. Nessa esteira, com o passar do tempo, a Suprema Corte brasileira, em meio a um comportamento internacional de Cortes Constitucionais na defesa do fortalecimento da Democracia, foi se afastando do seu passado, apresentado no momento inicial deste capítulo, marcado pelo formalismo e pela autocontenção dos seus ministros originários do regime ditatorial, passando a atuar com amparo em técnicas interpretativas mais abertas e voltadas a concretizar os valores do Estado Democrático de Direito. Ademar Borges resume essa questão:

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, outrora acusado de não cumprir de forma adequada a tarefa de garantidor dos direitos fundamentais e das condições democráticas, hoje recebe críticas por ter trocado – ainda que esporadicamente – a timidez pela ousadia, a passividade pela proatividade, a contenção pelo ativismo²⁰⁶.

É o também destacado por Barroso:

²⁰² ARANTES, op. cit., p.87.

²⁰³ TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, v.51, n.4, p.848, 2008.

²⁰⁴ VIEIRA, op. cit., p.447.

²⁰⁵ BENVINDO; ACUNHA, op. cit., p.71.

²⁰⁶ SOUSA FILHO, A.B. Pontes de transição entre Direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF. **Revista Publicum**, v.2, p.77, 2016.

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público²⁰⁷.

Gisele Cittadino afirma que a resistência a essa ampliação do papel das Cortes perante os temas políticos partia, especialmente, de sujeitos comprometidos com uma hermenêutica constitucional restritiva, vinculados a uma cultura jurídica positivista e privatista, que se contrapõe à proposta da Carta Constitucional de 1988, calcada no binômio “dignidade humana e solidariedade social”, premissas estas do Constitucionalismo Democrático²⁰⁸.

Por conseguinte, supera-se o modelo de atuação judicial como meramente negativo, isto é, voltado apenas à repressão de manifestações legislativas que se propunham a satisfazer, a todo custo, o interesse majoritário. Apresenta-se o sentido positivo, ou seja, atuar onde o Legislativo rechaçou, especialmente ao vislumbrar a possibilidade da extensão de direitos fundamentais, o que agrega um novo caráter à metodologia decisória e à interpretação judicial, o que será estudado no subtópico seguinte²⁰⁹.

2.3 A política no Judiciário e o Judiciário na política

Uma vez constatado o Poder Judiciário como ator importante para a efetiva consolidação da representação democrática, integrando o jogo conformador dos centros de poder e, por consequência, tornando-se cenário de disputas acerca do projeto mais adequado à concretização dos ideais previstos na Carta Constitucional, exsurge a necessidade de verificar o reflexo disso na construção de seus pronunciamentos. Como ensina Ferejohn²¹⁰, trata-se de analisar um concurso de ideias intrinsecamente político, no qual a escolha por determinada regra ou interpretação em detrimento de outra deve ser justificável, em algum sentido, principalmente

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, p. 42, 2012b.

²⁰⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, Constitucionalismo Democrático e separação de Poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

²⁰⁹ FERREJOHN, op. cit., pp.51-52. O autor menciona como exemplos alguns casos que comprovariam essa atuação positiva da Corte: *Roe v. Wade*; *Brown v. Board of Education*; *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. Of Ed.*; *Santa Fe Independent School District v. Doe*; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*.

²¹⁰ FERREJOHN, op. cit., p.52.

perante aqueles por ela afetados. Nesse contexto, apesar de não serem expressos em termos partidários, os argumentos traduzem a visão do julgador sobre como os textos legais e as decisões anteriores devem ser compreendidos²¹¹.

Hamilton, na obra *O federalista* (1973), enuncia duas premissas para o estudo sobre essa relação entre a prestação jurisdicional e o exercício da atividade política: i) a Constituição atribui ao Judiciário o poder de conter o Legislativo nos limites de suas atribuições e ii) aos órgãos julgadores cabe determinar o sentido não apenas da Constituição, mas também dos demais atos do Legislativo. Em suas palavras:

Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo²¹².

A ideia acima traduz pressuposto basilar do constitucionalismo moderno, a política como produção legítima de direito e o direito como importante limitador daquela²¹³, sendo este o meio capaz de evitar e de coibir que o poder representativo fosse eventualmente tomado por paixões e por interesses egoísticos. Aos Tribunais, então, caberia a atividade de intérprete e a de garantidor do respeito à Carta Constitucional. Sobre isso, elucida Ademar Borges:

Com o florescimento da ideia moderna da Constituição, propõe-se uma inovadora relação de interdependência entre direito e política: de um lado, as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito; de outro, o direito não pode prescindir da criação legislativa das normas jurídicas decorrente da deliberação política²¹⁴.

Nesse contexto, a dificuldade reside na conservação da autonomia de ambas as searas diante das pontes de contato entre elas, o que Marcelo Neves descreve com base na concepção de acoplamento estrutural:

Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os

²¹¹ FERREJOHN, op. cit., p.52.

²¹² HAMILTON, A. **O federalista**. cap.78. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973. p.169.

²¹³ GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx**. São Paulo: Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. pp.176-178. “[N]o Estado de Direito em que vige uma Constituição, a política produz o direito e o direito limita a política”. (SOUSA FILHO, op. cit., p.80).

²¹⁴ SOUSA FILHO, op. cit., p.79.

sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa²¹⁵.

O mencionado acoplamento entre o direito e a política seria a Constituição, por meio da qual aquele não mais “se apresenta simplesmente como mecanismo de justificação do poder ou como instrumento de dominação, mas também serve à delimitação e ao controle do poder”²¹⁶. Consoante assinala Ademar Borges, “o direito abandona a total opressão sofrida pela política no período das monarquias absolutistas e ganha autonomia para operar segundo seus próprios parâmetros de validade (lícito e ilícito segundo o sistema jurídico)”²¹⁷.

Revela-se, então, o afastamento da anterior subordinação do direito à política, de modo que as interferências desta naquele são traduzidas em termos de racionalidade jurídica, isto é:

A certeza da independência do Tribunal em face de eventuais investidas políticas que busquem comprometer a imparcialidade dos seus julgamentos garante que as influências políticas [...], todas elas sempre bem-vindas à jurisdição constitucional democrática e pluralista, serão revertidas para o discurso jurídico nos termos da sua própria racionalidade²¹⁸.

Ou ainda, como ensina Barroso,

Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente²¹⁹.

Justamente por reconhecer essa interação na prática jurisdicional, Kelsen afirmava improdutivo conceber as Cortes como órgãos puramente judiciais. De acordo com suas lições, o magistrado não somente aplica o direito, mas também o cria, a partir da análise do caso concreto:

A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador

²¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.35.

²¹⁶ NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.206.

²¹⁷ SOUSA FILHO, op. cit., p.81.

²¹⁸ SOUSA FILHO, op. cit., p.84.

²¹⁹ BARROSO, op. cit., 2012a, p. 29.

autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação²²⁰.

Robert Dahl conclui de forma semelhante, no tocante à Suprema Corte estadunidense. A seu ver, qualificá-la unicamente como instituição jurídica seria subestimar sua importância no sistema político, especialmente ante a relevância de suas decisões quanto a temas sensíveis da política nacional, conclusão assim resumida: “como instituição política a Suprema Corte é altamente incomum, não somente porque os americanos não estão dispostos a aceitá-la como uma instituição política, mas porque são incapazes de negar tal fato”²²¹. Marcus Faro faz observação semelhante acerca dessa imbricação:

A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”²²².

Diante desses pressupostos, Ferejohn ressalta que as decisões passam a traduzir interesses articulados na forma de uma argumentação legal e, desse modo, a “judicialização da política tende a produzir a politização das Cortes”²²³. Marcus Faro, nessa linha intelectual, arremata: “a judicialização da política corresponde também, como é óbvio, a uma politização da Justiça”²²⁴, decorrência, inclusive, propiciada pelas regras internas dos Tribunais, pelos preceitos de competência, pela composição e pelos procedimentos desses órgãos²²⁵. Barroso também destaca essa tênue linha da politização da justiça, de modo que, a seu ver, o direito é política no sentido de que:

a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; b) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; c) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula²²⁶.

²²⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.251.

²²¹ DAHL, op. cit., p.25.

²²² CASTRO, op. cit., p.3.

²²³ FEREJOHN, op. cit., p.64. Tradução nossa. No original: “‘judicialization’ of politics tends to produce the politicization of courts”.

²²⁴ CASTRO, op. cit., p.3.

²²⁵ CASTRO, op. cit., p.3.

²²⁶ BARROSO, op. cit., 2012a, p. 29.

Delineado esse cenário e expostas essas questões, hoje, coloca-se o risco de uma subordinação da política ao direito. A preocupação não decorre da hipótese de um rompimento da autonomia do campo político, mas da disfuncionalidade dos canais de comunicação entre essas duas esferas, ou seja, o fechamento cognitivo de um (direito) dos sistemas para com o outro (política). O problema não concerne, pois, exclusivamente à já descrita judicialização da política, mas também ao modo como os julgadores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, enfrentam as controvérsias políticas em suas decisões²²⁷.

Dahl afirma que os pronunciamentos judiciais sobre esses fatos consistem na escolha eficaz entre alternativas sobre as quais há, em algum grau, a incerteza. Nesse momento, sublinha que o imbróglio não é o alinhamento do Tribunal com uma ou outra, dentre as opções possíveis, mas sim o grau de afastamento dos critérios jurídicos, encontrados na Lei e na Constituição²²⁸, em suas decisões. Nessa linha intelectual, alicerçados no precedente *Marbury v. Madison* e na teoria de Robert Dahl, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Lorenzetto atentam para a incorporação da “vasta gramática dos direitos fundamentais”²²⁹ nos pronunciamentos das Cortes, de modo a ocupar o papel central na interpretação do texto constitucional e na fixação do seu sentido. À vista disso, assinalam:

Os valores políticos acabam por ser inseridos nas decisões de forma indireta e por meio de um processo longo de modificação da percepção dos magistrados, de modo que tais políticas venham a não apenas ser uma imposição dos outros Poderes ou uma jogada estratégica de um grupo de juízes, mas passam a ser a interpretação adequada do Direito que os juízes acreditam, definindo a base da estrutura normativa que possibilita o próprio processo decisório²³⁰.

Acerca do assunto, Zaiden e Acunha, por sua vez, anotam: i) maior flexibilidade da argumentação, de modo a aproximar a jurisdição à legislação; ii) maior sincretismo metodológico e iii) simplificação profunda da teoria dos princípios. Assim, concluem:

O STF, acompanhando um fenômeno também bastante visível no direito constitucional comparado (SWEET; MATHEWS, 2008), não apenas adotaria o argumento normativo de defesa da democracia, mas também as ferramentas para exercer a jurisdição como uma tarefa não muito diferente da legislação. **Atuaria na política sem as amarras e os riscos inerentes à política, com a vantagem de transparecer uma racionalidade técnica e o exercício da função de guardião da democracia.** [grifo nosso]²³¹.

²²⁷ SOUSA FILHO, op. cit., pp.84-85.

²²⁸ DAHL, R.A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, v.252, p.25, 2009.

²²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Cortes Constitucionais como atores políticos estratégicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.116, p.207, 2019.

²³⁰ CLÈVE; LORENZETTO, op. cit., p.207.

²³¹ BENVINDO; ACUNHA, op. cit., p.73.

Ademar Borges, após expor a necessidade de se superar a ideia do Supremo Tribunal Federal como a última instituição para definir o entrelaçamento entre o direito e a política e de se construir um caminho sem o desprezo da última, assinala as seguintes características das decisões:

(i) pretendem inovar na ordem jurídica a partir da inserção de novos parâmetros normativos com validade geral; (ii) criam regras jurídicas com base em princípios dotados de baixa densidade normativa; (iii) excluem o legislador do projeto de construção dessas normas; (iv) desconsideram a existência de outras possibilidades normativas (regras jurídicas) capazes de realizar igualmente os princípios constitucionais envolvidos; (v) rejeitam a opção de atribuir caráter transitório aos parâmetros normativos criados pelo Tribunal²³².

É o que, em direcionamento semelhante, ensina Daniel Sarmento:

Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário²³³.

Dessa forma, com o fortalecimento da jurisdição constitucional-democrática, atesta-se um processo de expansão dela sobre a arena política, mormente com o fim de concretizar os objetivos firmados na Carta Constitucional e o atribuído papel contramajoritário. Nesse quadro, valores políticos, sociais e econômicos, essencialmente dotados de abertura semântica, são incorporados à metodologia decisória, a qual passa a negar a considerada hermenêutica restritiva – mera subsunção – e a incorporar técnicas mais abertas, como a ponderação.

Como efeito, percebe-se a Constituição como uma carta de valores, cujo campo hermenêutico permite a atuação expandida do Judiciário. Afasta-se, inevitavelmente, da ideia da interpretação sobre uma carta de direitos, normalmente mais objetiva, proceder que se, de

²³² SOUSA FILHO, op. cit., p.94.

²³³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e desafios. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 1, 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 29 nov. 2022.

um lado, restringe a função judicial, de outro apresenta instrumentalidade adequada ao controle da própria função. Uma carta de valores, consoante indicado, propicia o terreno fértil para a expansão da função judicial, a qual passa a se utilizar de motivos que excedem o sistema normativo.

Essas considerações sobre a metodologia decisória aplicada pelas Cortes aos casos relacionados às questões políticas traduzem-se na influência direta desses parâmetros sobre as negociações e as decisões extrajudiciais²³⁴. Como explica Ferejohn, essa inserção das manifestações judiciais nas atividades dos órgãos representativos pode ser constatada de três formas: primeiro, tem-se a transformação delas em espaços de construção concreta da política substantiva; segundo, tem-se a disposição dos Tribunais para limitar e para regular o exercício da autoridade parlamentar; por fim, a atuação dos juízes no sentido de regular o exercício da atividade política, de modo a definir quais são os comportamentos aceitáveis, em todos os seus âmbitos e quanto a todos os sujeitos, seja para um funcionário público, seja para os partidos políticos²³⁵.

Com fundamento nos ensinamentos de Tocqueville, em sua obra *Da democracia na América*²³⁶, Ferejohn sintetiza essa simbiose da seguinte forma: “a transformação de questões políticas em jurídicas”²³⁷, em que a retórica e a interpretação legal assumem papel decisivo no processo de se fazer política. Vilhena enfatiza a controvérsia a partir da ideia de que “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao político é muito pequeno”²³⁸; como consequência, movimentos mais bruscos de administradores ou de legisladores serão imediatamente levados ao exame do Poder Judiciário. Ferejohn aprofunda essa face da judicialização – a regulação direta da atividade política – em termos da construção dos limites entre a prática aceitável e a corrupta. Quanto a esse aspecto, o autor nota que, ao longo do tempo, as Cortes e os órgãos acusadores tornaram ilegais práticas consideradas veneráveis pelos

²³⁴ TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, p.28, 1995.

²³⁵ FERREJOHN, op. cit., p.41.

²³⁶ No original: “Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question. Hence all parties are obliged to borrow, in their daily controversies, the ideas, and even the language, peculiar to judicial proceedings... The language of the law thus becomes, in some measure, a vulgar tongue; the spirit of the law, which is produced in the schools and courts of justice, gradually penetrates beyond their walls into the bosom of society, where it descends to the lowest classes, so that at last the whole people contract the habits and the tastes of the judicial magistrate”. (TOCQUEVILLE, Alexander. **Democracy in America**. 1997. Disponível em: http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/toc_indx.html. Acesso em: 19 jul. 2022).

²³⁷ FERREJOHN, op. cit., p.42. Tradução nossa.No original: “So, we see a global application of one aspect of the phenomenon that Tocqueville noted about American politics years ago: the transformation of political questions into legal ones. This means that legal/constitutional considerations and rhetoric assume new”.

²³⁸ VIEIRA, op. cit., p.447.

partidos políticos desde os primeiros anos da República²³⁹.

Diante disso, obriga-se o Legislativo a modificar os procedimentos até então firmados; seus atos devem ser menos pautados pela discricionariedade e mais próximos das características das decisões judiciais²⁴⁰. Consoante elucida Eisenberg, com o afastamento do poder decisório do Executivo e Legislativo, há a disseminação do método de decidir tipicamente judicial nessas duas esferas, o que o autor nomeou como “tribunalização da política”²⁴¹ – conclusão compartilhada por Marcus Faro de Castro, que descreve “o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) sobretudo parâmetros jurisprudenciais, em suas deliberações”²⁴².

A partir do até aqui exposto, sobressaem importantes aspectos: o inquestionável papel político das Cortes, a maior abertura das técnicas interpretativas, o uso intenso da principiologia e a irradiação desse proceder ao controle do exercício da atividade política, de maneira a ditar a aceitabilidade das suas práticas. Nesse contexto, insere-se mais uma variável: a manifestação desse conjunto de fatores no uso do direito penal, com foco no enfrentamento da corrupção. Na síntese de Beatriz Vargas:

Nos dias atuais, aquela expectativa de efetivação de direitos direcionada ao judiciário dá lugar a outra expectativa que também é dirigida ao mesmo poder, e por ele fortemente incentivada, a de colocar fim à corrupção. É desejável, pelo bem da democracia que o STF não contribua para superestimar o papel da justiça no controle da corrupção. O discurso do tipo moralista do “combate à corrupção” ampara escolhas políticas salvacionistas em resposta ao esvaziamento da política²⁴³.

Busca-se, assim, avaliar como ocorre essa interação entre a corrupção, política e o sistema jurídico-repressivo, principalmente ante a utilização de métodos interpretativos semanticamente abertos, pautados na ponderação de valores, no bojo de decisões judiciais proferidas numa seara pautada pela legalidade.

2.4 Reflexões sobre a judicialização da política pela via do direito penal

José Mário Neto, Luis Felipe Barbosa e Rafael Alves Luna elaboraram trabalho em que

²³⁹ FERREJOHN, op. cit., p.61.

²⁴⁰ FERREJOHN, op. cit., p.63.

²⁴¹ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2003. p.47.

²⁴² CASTRO, op. cit., p.2.

²⁴³ RAMOS, op. cit. p. 262.

separaram, de forma aleatória e eletrônica pelo pacote de análise de dados SPSS, 383 *habeas corpus* originários²⁴⁴ de um universo de 160 mil impetrados perante o Supremo Tribunal Federal entre os anos 1989 e 2019. Destarte, obteve-se uma amostra com 95% de confiança sobre o eventual resultado produzido após a submissão a alguma circunstância de testagem²⁴⁵.

Na sequência, analisaram-se os *habeas corpus* por meio da aplicação das seguintes variáveis: a concessão da liberdade ao paciente e o desempenho de atividade política por parte dele, pretérito ou atual, isto é, “tenha sido eleito ou concorrido a mandato eletivo, tenha exercido função dirigente em partido político ou tenha exercido função de secretário municipal, secretário estadual ou ministro, sendo as demais situações preenchidas com a ausência do fator (\emptyset)”²⁴⁶.

A partir desse estudo, por meio do uso da análise por regressão lógica, concluiu-se que “o exercício (presente ou pretérito) de atividade política por (ao menos) um dos pacientes *diminui* em 89% (oitenta e nove por cento) as chances da concessão de ordem em *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal”²⁴⁷. Nesse sentido, haveria um posicionamento, de modo geral, durante o período selecionado, pela não revogação dos decretos de prisão, de modo a prestigiar as decisões formalizadas nas instâncias anteriores. Para isso, ao examinarem os fundamentos decisórios, os autores observaram que, no lugar de rebater cada um dos pontos suscitados no bojo da impetração, os ministros optaram por utilizar estratégia estritamente formal, declinando a perda superveniente do objeto. Desse modo, notou-se que, presente o caráter político do paciente, a chance de tal resultado aumentava em 208%, proceder que, sob o ponto de vista do artigo, decorria da avaliação a respeito do custo político-decisório:

Os membros do Tribunal intencionalmente retardam o andamento dos processos (v.g., quanto à inclusão dos feitos em pauta, à apreciação de liminares ou à devolução de pedidos de vista), até que se verifiquem modificações posteriores e “espontâneas” no ato impugnado, a justificar (do ponto de vista exclusivamente formal) a autorrestrrição dos julgadores, sem que sejam obrigados a fundamentar expressamente sua opção pelo não exercício da atividade jurisdicional, *in casu*, a de negação da ordem em *habeas corpus*²⁴⁸.

Diante dos dados consolidados, os autores intentaram demonstrar a modificação da

²⁴⁴ Os autores selecionaram os *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 102, I, alíneas “d” e “i” da Constituição Federal, bem como os impetrados como sucedâneo recursal (GOMES NETO, J.M.W.; BARBOSA, L.F.A.; LUNA, R.A. Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.175, pp.197-199, 2021).

²⁴⁵ GOMES NETO; BARBOSA; LUNA, op. cit., pp.204-205.

²⁴⁶ GOMES NETO; BARBOSA; LUNA, op. cit., pp.205-206.

²⁴⁷ GOMES NETO; BARBOSA; LUNA, op. cit., p.206.

²⁴⁸ GOMES NETO; BARBOSA; LUNA, op. cit., p.207.

prestação jurisdicional criminal ante a presença de algum fator político no feito, especificamente a qualificação do paciente do remédio constitucional. Nesses casos, o reconhecimento de eventual constrangimento ilegal teria sido negado por parte do Supremo Tribunal Federal, por meio de artifício argumentativo meramente formal, independentemente das ilegalidades apontadas no bojo da peça defensiva e da possibilidade de acionar o §2º do artigo 654 do Código de Processo Penal²⁴⁹.

Rafael Mafei e Davi Tangerino, com metodologia e objetivos próximos aos propostos neste trabalho, também se propuseram a examinar a relação entre o exercício da política e a jurisdição penal no Supremo Tribunal Federal. Os autores, a partir da análise da Ação Penal nº 470/MG, conhecida como caso “Mensalão”, objetivaram elucidar como se deu a tutela da moralidade da atividade política por meio do uso do direito criminal. Nessa oportunidade, investigaram a leitura feita pelos julgadores sobre a aplicação dos institutos da dogmática jurídico-punitiva no âmbito de questões essencialmente relativas ao desempenho da atividade política²⁵⁰. A esse respeito, os professores destacam que as características do sistema político eleitoral foram suscitadas tanto pelas defesas técnicas dos acusados, de forma a tributar as ações aos fatores sistêmicos do jogo político, quanto pelos julgadores, que firmaram suas premissas condenatórias sob o juízo de reprovabilidade da relação entre o Executivo e o Legislativo, bem como das alianças firmadas em torno de projetos de governabilidade. A controvérsia é, então, apresentada da seguinte forma:

Em poucas palavras, os 11 ministros da Corte tinham de se manifestar sobre o significado jurídico-penal de práticas políticas que seus próprios agentes confessavam ilegais e imorais, embora estruturalmente inevitáveis. Ou seja, deveriam avaliar o significado penal de uma moralidade política que os próprios atores políticos julgavam eticamente indefensável. Qual seria, portanto, o significado jurídico-penal da imoralidade política então julgada?²⁵¹

Diante das manifestações observadas, de pronto, eles frisam a alteração de perspectiva em relação ao citado momento da Primeira República, em que o Supremo Tribunal Federal se via numa posição autocontida, construída sob o ideal de neutralidade e distanciamento dos

²⁴⁹ Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. § 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 3 out. 1941. Disponível em: <https://tinyurl.com/3va9enze>. Acesso em: 11 ago. 2022).

²⁵⁰ QUEIROZ; TANGERINO, op. cit., pp.251-268.

²⁵¹ QUEIROZ; TANGERINO, op. cit., p.254.

conflitos relacionados ao sistema político. Naquela ocasião, ao se limitar às possíveis violações tuteláveis pela via do *habeas corpus*, obstava-se qualquer juízo à moralidade política, o que foi substancialmente modificado na Ação Penal nº 470/MG²⁵². Como forma de evidenciar a ampliação do campo do controle da moralidade política pelas vias do direito penal, os autores chamam a atenção para o voto do ministro Celso de Mello, que assim consignou:

Esses vergonhosos atos de corrupção parlamentar, ora em julgamento, **profundamente lesivos à dignidade do ofício legislativo e à respeitabilidade do Congresso Nacional**, alimentados por transações obscuras idealizadas e implementadas em altas esferas governamentais, **devem ser condenados e punidos com o peso e o rigor das leis desta República, porque significam tentativa imoral e ilícita de manipular, criminosamente, à margem do sistema constitucional, o processo democrático**, comprometendo-lhe a integridade, conspurcando-lhe a pureza e suprimindo-lhe os índices essenciais de legitimidade, que representam atributos necessários para justificar a prática honesta e o exercício regular do poder aos olhos dos cidadãos desta Nação²⁵³.

Ao continuar a leitura analítica desse voto, destacam-se três pontos dogmáticos – responsabilidade penal objetiva, domínio do fato e ônus da prova – sobre os quais haveria ocorrido “uma sucessão de flexibilidades normativas com vistas a garantir um retumbante julgamento, com condenações severas, para afirmar o STF como um todo, e o Ministro relator, em particular, como paladinos da moralidade política”²⁵⁴. Logo, assentaram a ocorrência da flexibilização de categorias dogmáticas e, até mesmo, a releitura de interpretações jurisprudenciais parcimoniosas, com o fim de alcançar a punição no caso concreto.

Ambos os artigos enunciam hipótese a ser aprofundada quanto à incidência da jurisdição criminal, especificamente do Supremo Tribunal Federal, aos casos nos quais existe algum fator político envolvido – no presente trabalho, a prática da corrupção por agentes detentores de mandato eletivo. Essas observações inserem-se no referido cenário de irradiação dos métodos decisórios judiciais ao campo da política. Como se viu, aqueles se caracterizam pela maior abertura interpretativa, pelo uso flexível da teoria dos princípios, pela ampliação do papel das Cortes, tudo isto sob o manto de uma racionalidade técnica e da premissa de defesa da Constituição.

Contudo, se o procedimento se mostra importante para a efetividade de direitos fundamentais renegados pelo Legislativo e a consolidação de soluções a problemas que não compõem a agenda política dominante, no âmbito penal, ele deve ser visto com cautela. Isso

²⁵² QUEIROZ; TANGERINO, op. cit., p.261.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470/MG**. Relator Joaquim Barbosa, julgado em 17 dez. 2013. Grifos meus.

²⁵⁴ QUEIROZ; TANGERINO, op. cit., p.263.

porque, na medida em que cabe ao Judiciário definir a incidência, ou não, da censura jurídico-penal sobre a conduta alegadamente corrupta – procedimento pautado por uma escolha político-normativa do julgador, mas que, concomitantemente, deve respeitar os pressupostos limitadores do exercício do poder punitivo, em especial a legalidade – interpretações semanticamente abertas e demasiadamente ampliativas indicam o possível choque para com esse núcleo constitutivo. Nessa linha, Dermeval Farias, ao analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal, assinala que sua jurisprudência, cada vez mais, tem sido construída “mediante um processo próprio e desvinculado de qualquer corrente ligada às diversas teorias do crime, com criatividade sem limites em matéria penal, ancorada quase sempre na interpretação cunhada principiológica, na qual o dever ser ignora por completo o ser”²⁵⁵, de modo a amparar uma liberdade de decidir violadora da lei.

Ao se considerar a subjugação da responsabilização política ao campo jurídico-penal, o fortalecimento do papel político das Cortes e o acréscimo a esse cenário de técnicas de interpretação mais abertas, estrutura-se um contexto apto a implicar a criminalização da política, visto que, havendo uma determinada conduta política considerada inaceitável, mas que não foi objeto da responsabilização nesse campo, recorre-se ao judiciário como forma de alcançar tal resposta sancionadora – sua legitimidade decorreria do enfraquecimento de mecanismos outros, não podendo se manter inerte diante de tal situação – o que é feito pela via criminal. Assim, a fim de constituir a almejada condenação, o Tribunal faz uso do seu poder político e constrói suas premissas decisórias a partir da sua função de defesa de preceitos constitucionais, buscando a todo custo amoldar o fato à alguma norma incriminadora. Destarte, a pura violação de deveres ético-políticos torna-se temática de direito penal, isso com o fim de desenvolver uma pretensa função de educar detentores de mandato eletivo sobre o modo como deve ser desempenhada suas atividades, sob a égide do respeito ao princípio republicano e à Democracia.

Para a análise desse quadro, alinha-se ao alertado por Da Ros, para quem o estudo da relação entre o direito e a política por meio da judicialização não pode ser limitado às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, como comumente se procede, devendo ser estendido aos inquéritos e às ações penais originárias, classe esta que constitui a amostra a ser analisada²⁵⁶.

²⁵⁵ GOMES FILHO, Dermeval Farias. Dogmática penal: fundamentos e limite à construção jurisprudencial penal no Supremo Tribunal Federal. **Brazilian Journal of Development**, v.6, n.8, p.60.273, 2020.

²⁵⁶ DA ROS, op. cit., p.83. Essa centralização muito se dá pela influência do pioneiro trabalho desenvolvido por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Mello e Marcelo Baumann Burgos, publicado em 1999, intitulado *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, em que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram escolhidas em razão de ser consideradas o instrumento dado pelo legislador para o controle abstrato das leis.

Antes disso, no capítulo seguinte, serão examinados três aspectos que permeiam a problemática: a legalidade no direito penal, a dogmática como limitadora da manifestação jurisprudencial e os elementos objetivos do delito de corrupção passiva.

CAPÍTULO 3

LEGALIDADE, DOGMÁTICA E JURISPRUDÊNCIA

3.1 Considerações preliminares

Ao longo deste trabalho, após situar a corrupção como fenômeno que transita principalmente entre o direito e a política, buscou-se delinear a consolidação do protagonismo do Poder Judiciário, em especial da jurisdição constitucional, no espaço decisório acerca dos temas relacionados ao campo político, o que se dá sob a bandeira de defesa e de concretização da Carta Constitucional. Nesse cenário, observou-se a adoção de pronunciamentos judiciais caracterizados por maior abertura semântica e utilização da principiologia em detrimento de interpretações consideradas mais legalistas.

Diante disso, exsurge o aspecto nodal: a compatibilização de tal proceder para com o direito penal, pois, diferentemente da premissa de ampliação e de efetividade de direitos fundamentais, que alimenta esse exercício da jurisdição calcado em valores, a seara punitiva é justamente a manifestação da restrição daqueles. Por isso, sua incidência é precedida de fundamentos limitadores, que visam garantir maior racionalidade, dentre eles, a legalidade. Assim, mostra-se importante compreender seu conteúdo e sua centralidade para o direito criminal, situando-a no âmbito da denominada dogmática penal, para que, dessa forma, possa-se examinar eventual violação no bojo da jurisprudência objeto deste trabalho, mormente no momento de definição do delito de corrupção passiva.

O objetivo deste capítulo é perfeitamente traduzido nas falas proferidas no Seminário Mensal de Direito Penal ocorrido em 16 de junho de 2021, uma iniciativa dos professores Salo de Carvalho, Tiago Joffily e Antônio Martins, todos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). O evento foi intitulado “Vida e morte do princípio da legalidade no direito penal” e teve como expositores os professores Ademar Borges e Alaor Leite²⁵⁷.

No primeiro momento de sua exposição, após ressaltar a primordialidade do princípio da legalidade nos mais diversos sistemas jurídicos, Alaor Leite pontua existir uma crise

²⁵⁷ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022.

fundamental, em suas palavras, um verdadeiro paradoxo entre o histórico prestígio e o atual despreço dessa viga mestra do direito penal. O professor, então, lança luzes sobre sua construção histórica, ressaltando não somente os autores conhecidos por defendê-la e defini-la (Paul Johann Anselm Feuerbach), mas também seus críticos, especialmente Karl Binding²⁵⁸.

Ao tratar do contexto brasileiro, o autor relembra que essa enunciada crise não é restrita ao momento atual e, a título de exemplo, cita o Decreto nº 4.166/1942, que, no §3º do artigo 5º²⁵⁹, consignava expressamente a possibilidade de o juiz recorrer à analogia para a caracterização do crime descrito em seu *caput*. Já em relação ao contexto mais recente, destaca-se a inadequada leitura feita acerca do conceito de “coisa” no delito de apropriação indébita, previsto no artigo 168 do Código Penal²⁶⁰, pois, a seu ver, houve a verdadeira ampliação com fim de alcançar situações a priori não abarcadas por tal elemento do tipo: aquelas que envolvem numerários²⁶¹.

Tomando essas considerações como complementares à sua exposição, Ademar Borges aprofunda, ainda mais, a análise a respeito do cenário brasileiro, estabelecendo como foco de sua fala as violações perpetradas pelo Poder Judiciário:

o que se verifica no Judiciário brasileiro, atualmente, é a consolidação de uma jurisprudência obscurantista, que se caracteriza pela recorrente inobservância dos limites impostos pela legislação penal, um estado de exceção, que se traduz pela anomia, pela possibilidade generalizada de se decidir sem a observância das normas anteriormente estabelecidas, por uma autorização geral de agir do juiz criminal nos vazios normativos²⁶².

²⁵⁸ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022.

²⁵⁹ “Art. 5º - A ação ou omissão, dolosa ou culposa, de que resultar diminuição do patrimônio de súdito alemão, japonês ou italiano ou tendente a fraudar os objetivos desta lei, é punida com a pena de 1 a 5 anos de reclusão e multa de 1 a 10 contos de réis, se outra mais grave não couber. §3º Para a caracterização do crime o juiz poderá recorrer à analogia”. (BRASIL. **Decreto nº 4.166, de 11 de março de 1942**. Dispõe sobre as indenizações devidas por atos de agressão contra bens do Estado Brasileiro e contra a vida e bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 11 mar. 1942. Disponível em: <https://tinyurl.com/del4166>. Acesso em: 11 ago. 2022).

²⁶⁰ “Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 7 dez. 1940. Disponível em: <https://tinyurl.com/del2848br>. Acesso em: 11 ago. 2022).

²⁶¹ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022..

²⁶² SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022.

O pano de fundo da afirmação acima transcrita é formado por dois dados essenciais: primeiro, de um lado, o respeito ao princípio da legalidade leva à adoção de uma metodologia jurídica tendencialmente formalista, em que se repele a criação de parâmetros normativos desprovidos de adequação escrita em relação às previsões legais²⁶³; por outro lado, a escolha de sua aplicabilidade ao caso tornou-se condicionada a um exame anterior acerca do efeito positivo desta observância, isto é, ela fica sujeita a uma ponderação acerca de quais são as consequências positivas e negativas no plano prático. Abre-se, por consequência, espaço para as leituras efficientistas no tocante à incidência, ou não, e à definição do conteúdo do mencionado princípio²⁶⁴. Assim, o exercício do poder punitivo estaria tomado por métodos flexíveis de interpretação e criação dos seus fundamentos, fato observado tanto no julgamento de casos individuais (Ações Penais originárias) quanto de casos de controle concentrado²⁶⁵. Por essa razão, defende-se que a “adoção de uma metodologia formalista, além de ser necessária por razões ontológicas, ela é a alternativa mais prudente, considerando o modo como se organiza o sistema de justiça criminal no Brasil”²⁶⁶, sendo a postura criativa e extraordinária representativa de uma verdadeira usurpação de poder.

Nesse momento, desenha-se o problema: há um paulatino e sistemático afastamento da metodologia de que não cabe aos Tribunais, especialmente aos nomeados Tribunais Constitucionais, decidir qual seria a melhor versão do direito penal; a eles incumbiria, estritamente, decidir sobre a compatibilidade ou não das normas incriminadoras com o texto da Constituição.

Tal movimento, sob o ponto de vista do professor, perpassa dois fatores essenciais trabalhados no capítulo anterior: a desconfiança em relação ao Poder Legislativo e os efeitos do “neoconstitucionalismo brasileiro”. Quanto ao primeiro, sublinha a própria natureza da Constituição de 1988, que hesita profundamente no cumprimento da missão delegada ao legislador, isto é, ela acolhe a ideia da paralisia do Legislativo no tocante às promessas

²⁶³ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022.

²⁶⁴ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022..

²⁶⁵ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022..

²⁶⁶ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022..

constitucionais. Quanto ao segundo, ante a centralidade da Constituição e da Jurisdição Constitucional, pontua a valorização dos princípios, a adoção de métodos e de estilos mais abertos na hermenêutica jurídica, como a ponderação, de modo a produzir um ambiente onde se apreciam decisões pautadas pela principiologia em detrimento daquelas pautadas pelas regras jurídicas, sendo estas últimas vistas como positivistas e ultrapassadas²⁶⁷. Como forma de exemplificar manifestações representativas dessas duas características, Ademar Borges menciona os seguidos julgados do Supremo Tribunal Federal: ADI nº 5.874 (indulto de 2017 do ex-presidente Temer), em que se articulou a ideia da deficiência de proteção de bens jurídicos; ADCs nº 43, 44 e 54 (execução provisória da pena); RE nº 1.055.941 (compartilhamento de dados da Unidade de Inteligência Financeira e Ministério Público) e, mais recentemente, MI nº 4.733 e ADO nº 26 (criminalização da LGBTfobia)²⁶⁸.

De plano, essas considerações esboçam questões centrais à problemática do presente trabalho: i) o direito penal é campo essencialmente constituído de regras (tipos penais), e não de princípios, devendo a interpretação das normas incriminadoras ser pautada pela legalidade; além disso, ii) dos princípios, ainda assim, não se pode extrair concretizações limitadoras de direitos fundamentais sem intermediação legislativa anterior. Nessa linha intelectual, denota-se a relevância do pressuposto a ser detalhado: a delimitação do poder punitivo e da restrição de direitos fundamentais dele decorrentes a partir da legalidade²⁶⁹.

3.2 Levando a sério o princípio da legalidade

A conhecida fórmula de Feuerbach sobre o princípio da legalidade, “*nullum crimen sine lege*”, é uma das bases mais antigas do direito penal²⁷⁰, sendo sua simultânea simplicidade e

²⁶⁷ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022.

²⁶⁸ SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022.

²⁶⁹ Observação importante diz respeito ao fato de que, ainda nos casos em que se reconhece um dever de proteção geral de bens jurídicos, o que levaria à possibilidade de afirmar pela omissão inconstitucional do legislador penal em determinadas situações, isso, no máximo, permitiria ao Tribunal citá-lo para colmatar tais omissões, mas nunca legislar positivamente contra o réu. (SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022).

²⁷⁰ No sistema jurídico brasileiro, ele é encontrado no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal – “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – e no artigo 1º do Código Penal – “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Ademais, não se desconhece que muitos atribuem a criação do princípio da legalidade a Cesare Beccaria, que, em sua obra, propõe

densidade o norte para qualquer construção no âmbito da dogmática. A propósito, como ensina Nilo Batista, “o princípio da legalidade constitui a chave-mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”²⁷¹. Contudo, como pontuado acima, sua evolução, no tempo e em meio à complexificação das relações sociais, é marcada por tentativas de releitura e de criação de filtros para sua aplicação que, muitas vezes, tendem a violar seu conteúdo. Não se olvida que essa crise da legalidade é também observada no Poder Legislativo, através da criação de tipos penais cada vez mais abertos²⁷²; mas, tendo em vista o objeto desta dissertação, o foco será na contribuição do Judiciário para isso.

Sobre o assunto, inicialmente, dois julgados são constantemente mencionados como ilustrativos do afastamento da legalidade penal: o caso Ellwanger – *Habeas corpus* nº 82.424/RS, julgado em 17 de setembro de 2003, e a criminalização da LGBTfobia – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, julgada em 13 de junho de 2019, ambos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Os argumentos articulados nesses julgamentos foram analisados por Rui Carlo Dissenha e Camila Saldanha Martins, para quem, apesar de significarem a violação ao mencionado princípio, não denotam o mesmo método²⁷³. Isso porque, embora traduzam o “uso do poder punitivo como instrumento de construção de políticas públicas defensivas de certos interesses constitucionalmente elencados”²⁷⁴, na primeira

a limitação do poder de punir a partir da lei, que seria a expressão máxima do contrato social. Argumentação, por conseguinte, fundada nas premissas da filosofia política do contratualismo, mas não de uma dogmática penal. (BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no Direito Penal. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, p.75, jun. 2014). Alguns autores, ainda, chamam a atenção para formulações incipientes sobre o princípio da legalidade na Roma e na Grécia antigas. A esse respeito, ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.89; DEDES, Christos. Sobre el origen del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. Tradução de M. Carmen Alastuey Dobón. **Revista de derecho penal y criminología**, pp.141-146, 2002.

²⁷¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.65. Também ensina Jorge Figueiredo Dias: “O princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta significa que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p.180).

²⁷² A título de exemplo, cita-se o artigo 147-B do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 14.188/2021, *in verbis*: “Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”.

²⁷³ DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v.172, pp.383-419, 2020.

²⁷⁴ DISSENHA; MARTINS, op. cit., p.402.

oportunidade, o Supremo teria recorrido a uma interpretação teleológica; na segunda, teria ampliado o alcance do tipo “para uma figura jamais projetada no seu conteúdo”²⁷⁵.

As considerações do ministro Ricardo Lewandowski, ao divergir no bojo da ADO nº 26/DF, são oportunas:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

[...]

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos²⁷⁶.

Nesse sentido, ao ver do ministro, embora subsista a posição contramajoritária da Corte, ela não pode significar a invasão da competência do Poder Legislativo, de maneira a tornar o provimento judicial um sucedâneo de atividade legislativa positiva. Diante disso, Dissenha e Martins concluem que, nos temas diretamente relacionados ao campo político, as decisões do Supremo Tribunal Federal tendem a ultrapassar as fronteiras da atuação do intérprete, colocando em risco preceitos fundamentais, especialmente a separação de Poderes e a reserva legal em matéria penal. Nessa esteira, asseveram: “é na criação de tipos penais que essa postura ativa se torna mais perigosa, pois se desconhece se o poder legiferante, democraticamente eleito, adotaria posições normogênicas nos mesmos termos adotados pelo Judiciário”²⁷⁷.

O panorama acima descrito reforça a necessidade de atentar para como a ideia da supremacia constitucional – reforçada pela maior facilidade de as demandas serem atendidas nos Tribunais do que no Legislativo – pode resvalar na violação do núcleo fundamental de outros princípios também assegurados na Carta Magna, tal como a legalidade. Consequência perigosa, principalmente quando se está em jogo o alargamento do exercício do poder punitivo pelo Estado, calcado na restrição de direitos fundamentais. Em meio a esse cenário, mostra-se essencial revisitar o princípio da legalidade para o estudo aqui proposto, pois, como ensina Cláudio Brandão, “é dessa referida limitação que se origina o método penal e se dá a ele *status*

²⁷⁵ DISSENHA; MARTINS, op. cit., p.383.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26/DF. Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 13 jun. 2019. pp.511-512.

²⁷⁷ DISSENHA; MARTINS, op. cit., p.417.

constitucional [...]. Portanto, é o princípio da legalidade que torna o direito penal suscetível de limitações [...], isto é, a condição para o desenvolvimento dos elementos que integram a dogmática penal”²⁷⁸. Mais do que conhecer sua tradicional formulação, busca-se compreender sua substância, bem como os limites dela derivados, pois, como assenta Bacigalupo, “só é possível estabelecer se o princípio foi ou não vulnerado, na medida em que se conhece o seu fundamento: vulnerar o princípio da legalidade significa contradizer o seu fundamento”²⁷⁹.

A fim de alcançar esse objetivo, ancora-se nas lições de Eduardo Viana, para quem, antes de se examinar o conteúdo desse princípio, deve-se entender a razão de sua existência, pois

ajudará a esclarecer, em maior ou menor extensão, todo o conteúdo que se pode – e que se deve – derivar do princípio, desde aqueles mais fundamentais e evidentes (como a exigência de lei penal para a punição de determinado comportamento); até aqueles outros menos óbvios (necessidade de precisão do tipo penal)²⁸⁰.

A justificativa para a existência dessa restrição ao exercício do poder punitivo pode ser fornecida por fundamentos sistêmicos – relacionados à noção de Estado – ou extrassistêmicos – relacionados à teoria da resposta penal²⁸¹. Nesse momento, destaca-se que não se almeja esgotar todas as correntes voltadas a explicar a *ratio* da legalidade²⁸²; busca-se, aqui, sintetizar discussões importantes para a satisfação dos objetivos postos, quais sejam, a compreensão quanto ao conteúdo desse princípio e às fronteiras dele decorrentes.

A primeira dessas justificativas é delineada pela necessidade de separação entre quem cria e quem aplica o tipo penal, restringindo ao legislador a prerrogativa de qualificar determinada ação como criminosa. Soma-se a isso, com fundamento no princípio democrático, o fato de que tal função é legitimada pelo povo, que expressa sua vontade por meio dos representantes eleitos²⁸³. Desse primeiro fundamento, assim, extrai-se a vedação da transferência da competência de criar a lei incriminadora a outro Poder, em especial ao Judiciário, bem como a conclusão de que o desvio dessa proposição implica o distanciamento

²⁷⁸ BRANDÃO, op. cit., p.73.

²⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p.46. Tradução nossa. No original: “Sólo es posible establecer si el principio ha sido vulnerado o no, en tanto se conozca su fundamento: vulnerar el principio de legalidad significa contradecir su fundamento”.

²⁸⁰ VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, v.1, p.104, 2021.

²⁸¹ VIANA, op. cit., p.104.

²⁸² Roxin aponta quatro pontos de partida para a fundamentação da legalidade: o liberalismo político; a democracia e a separação de Poderes; a prevenção geral e o princípio da culpabilidade. (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Traducción de Diogo-Manuel Luzón Peña, Míquel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2.ed. Madrid: Civitas, 2008. pp.145-146).

²⁸³ VIANA, op. cit., p.105.

da vontade popular. Logo, ao mesmo tempo, declara-se a quem cabe nomear a conduta como delituosa e demarca-se a atribuição de cada um dos Poderes no tocante à matéria penal. Consoante elucidada Juan Pablo Montiel:

Relativamente à primeira destas competências, o princípio da legalidade estabelece qual a autoridade autorizada a criminalizar uma conduta ou a estabelecer uma sanção e de que forma o conteúdo normativo deve ser regulamentado. Ao identificar as bases do sistema normativo do direito penal, o princípio da legalidade determina quais as declarações normativas que podem ser utilizadas pelo juiz para justificar uma decisão que resolve uma controvérsia judicial que lhe é apresentada. Do mesmo modo, a legalidade fornece aos juízes diretrizes para saberem quais interpretações aceitar e quais não aceitar, e também para determinarem se o sistema jurídico-penal de normas pode ser corrigido judicialmente no caso de um descuido por parte daqueles que o criaram²⁸⁴.

Outra das perspectivas sobre a referenciada *ratio* é baseada na ideia da proteção da confiança do cidadão, ou seja, a garantia de previsibilidade na aplicação do direito e de proteção contra o arbítrio do Estado. Dessa forma, “se ele sabe previamente e com segurança aquilo que é proibido, então, pode confiar que não há espaço para o Estado exercer o poder punitivo fora daquilo que estiver previsto em lei”²⁸⁵. Para Eduardo Viana, mais do que o sentimento abstrato de confiança, trata-se de proteção da liberdade, pois, “à medida que o cidadão pode antecipar as ações do Estado, ele é livre para desenvolver sua autonomia e, portanto, capaz de decidir livremente sobre suas ações”²⁸⁶. Roxin articula essa raiz da legalidade a partir do liberalismo político: “assegurar, mediante a vinculação do poder do Estado à lei abstrata, a liberdade do cidadão frente às intromissões da autoridade”.²⁸⁷

Acerca de ambas as fundamentações delineadas, Dissenha e Martins resumem:

Por conta desse imperativo, é elementar que o legislador disponha formalmente toda e qualquer conduta proibida, de forma a que esse processo descritivo por meio de lei seja sempre prévio, escrito, estrito e certo, tudo de forma a dar previsibilidade à

²⁸⁴ MONTIEL, Juan Pablo. Estructuras analíticas del principio de legalidad. In: **InDret**: Revista para el análisis del derecho, n.1, p.7, 2017. Tradução nossa. No original: “Frente a la primera de estas competencias el principio de legalidad dispone cuál es la autoridad habilitada para criminalizar una conducta o establecer una pena y de qué manera debe regularse el contenido normativo. En la identificación de la base del sistema normativo del Derecho penal el principio de legalidad determina qué enunciados normativos pueden ser utilizados por el juez para justificar una decisión que resuelve una controversia judicial que se le presenta. Asimismo, la legalidad otorga pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y además para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido ante un descuido de quien lo creó”.

²⁸⁵ VIANA, op. cit., p.106.

²⁸⁶ VIANA, op. cit., p.106.

²⁸⁷ ROXIN, op. cit., 2008, pp.144-145. Tradução nossa. No original: “Todo ello no son sino manifestaciones de una misma concepción del objetivo de asegurar, mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad”.

atuação estatal com a anterior descrição das condutas proibidas e das possíveis punições. Esse é o princípio da legalidade que funciona como marco da constitucionalização do Direito Penal, dando conta de que o Estado está vinculado, para além do direito posto a um conteúdo jurídico intransponível e irrenunciável: o ordenamento constitucional e a vigência das garantias fundamentais. Assim se materializam as perspectivas constitucionais positiva e negativa no exercício do *jus puniendi*, racionalizando, explicando-o e limitando-o. Fora desse escopo, não pode haver punição por parte do Estado²⁸⁸.

Desse modo, pode-se constatar uma dualidade ínsita ao princípio, visto que habilita o exercício do poder punitivo (uso do direito penal) e, simultaneamente, limita-o, fixando as fronteiras que não podem ser ultrapassadas pelo Estado ante o disposto pela lei penal. Essa característica, sintetizada na transcrita fórmula de Feurbach, comunica os quatro cânones fundamentais²⁸⁹: *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* e *lex stricta*²⁹⁰, que, como observam Jescheck e Weigend, impõem restrições não observadas noutros ramos do direito, de maneira a fortalecer, indiscutivelmente, a autoridade da lei no campo punitivo²⁹¹. Passa-se ao estudo de cada um deles.

A *lex scripta*, talvez a mais evidente derivação do princípio da legalidade, consiste na impossibilidade de incriminação por meio dos costumes, ou seja, as implicações jurídico-penais dependem de lei escrita (reserva de Parlamento), não sendo possível atribuir caráter penal à conduta pelo simples fato de ser reiterada e comum²⁹². Nesse passo, a autorização ao Estado

²⁸⁸ DISSENHA; MARTINS, op. cit., p.384.

²⁸⁹ Também a respeito, ver: TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986. p.22.

²⁹⁰ VIANA, op. cit., p.107; ROXIN, op. cit., 2008, p.140; BATISTA, 2007, op. cit., pp.66-83. Pode-se acrescentar a defesa de que cada um desses cânones possui um destinatário específico, o que é denominado por Alaor Leite de “concepção estática da legalidade”. Contudo, as leituras mais recentes vêm sustentando não existir um único destinatário-próprio, dirigindo-se tanto ao legislador quanto ao magistrado (concepção dinâmica). (LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. In: COLÓQUIO O DIREITO PENAL E O TEMPO, 2012, Coimbra. **Actas...** Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. pp.50-56).

²⁹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 2002. p.143. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar também destacam esse aspecto: “Enquanto o direito civil cumpre melhor sua função de segurança jurídica quando coloca o poder público a serviço da solução do maior número possível de conflitos, tendendo portanto a corresponder a um sistema contínuo – sem lacunas –, o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial”. (ZAFFARONI et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.208).

²⁹² Como explica o autor, não se desconhece da extensão desse cânone na parte geral do Código Penal, pois, nela, o legislador formula normas dirigidas ao aplicador do direito, o que poderia indicar a possibilidade de uso do direito consuetudinário. Sobre tal problemática, o autor defende insustentável o recurso ao direito costumeiro quando a norma é equivalente a tipos (incapacidade de culpabilidade do menor de 18 anos). Já no tocante àquelas que estabelecem pressupostos gerais de punibilidade, remete a Greco e Roxin, para também afastar a validade do direito consuetudinário como determinante na definição do conteúdo da imputação. No entanto, frisa possível sua utilização para atenuar ou isentar responsabilidades, isso, caso o próprio sistema jurídico, explícita ou implicitamente, remeta aos costumes, tal qual nos crimes dos artigos 233 e 234, ambos do Código Penal. (VIANA, op. cit., pp.107;110-111).

para restringir direito fundamental subordina-se à existência de lei em sentido formal, porquanto é dela a conversão do fato em norma de comportamento. Nos dizeres de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “do ponto de vista formal, a legalidade significa que a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada”²⁹³. Dessa forma, ao se confiar ao Parlamento competência de criar crimes e penas, excluem-se, por consectário, o Executivo e o Judiciário da decisão acerca do que deve ser objeto de criminalização.

A *lex praevia*²⁹⁴, a seu turno, garante ao cidadão a segurança quanto à vigência sobre as normas reguladoras da conduta no momento de sua prática. Desse modo, apenas as infrações criminais e as sanções vigentes à época podem lastrear a imposição da responsabilidade jurídico-penal. Nessa esteira, Viana assinala se tratar de mandado dirigido tanto ao legislador (impede a criação de leis mais graves com efeito retroativo) quanto ao juiz (impede de aplicá-las ao fato pretérito)²⁹⁵ e, dessa forma, protege não somente a segurança jurídica, mas também a “justiça material no caso concreto, ao evitar que o julgamento sucumba às tentações do revanchismo”²⁹⁶.

Aproximando-se do último e central componente da legalidade para o trabalho, tem-se a *lex certa*: noutros termos, o princípio da taxatividade ou o mandado de determinação²⁹⁷, que, caso não observada, abre espaço para interpretações extensivas e analogia em desfavor do cidadão. Nessa esteira, a definição do fato típico constitui a base para a “certeza jurídico-penal da lei no Estado de Direito”²⁹⁸. Contudo, na busca pela sua concretização, há um paradoxo, pois, na mesma medida em que não se pode anuir com qualquer nível de determinação legal, também não é recomendável e possível ao legislador produzir lei capaz de fornecer todas as

²⁹³ ZAFFARONI et al., op. cit., p.203.

²⁹⁴ No Código Penal brasileiro, há dispositivo expresso a esse respeito: Nos termos do *caput do* artigo 2º do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Complementa o seu parágrafo único: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. (BRASIL, 1940).

²⁹⁵ No mesmo sentido, leciona Luiz Regis Prado – para quem esse núcleo normativo da legalidade visa “restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial”. (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.ún. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.38).

²⁹⁶ VIANA, op. cit., pp.115-116.

²⁹⁷ Trata-se do que Hassemer chamou de “mandado de certeza”. (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p.335).

²⁹⁸ VIANA, op. cit., p.120.

soluções, tentativa que, como alerta Juan Montiel, implicaria “a indeterminação em razão da sobredeterminação”²⁹⁹.

Assim, é preciso esclarecer sua extensão, fim que perpassa dois conceitos – o de mandado de otimização e o de precisão³⁰⁰. O primeiro consiste na exigência de que o legislador atue no sentido de alcançar a precisão mais elevada possível na elaboração da lei, descrevendo com clareza o conteúdo da proibição e a respectiva consequência jurídica³⁰¹. O segundo é necessário nas situações em que a redação é imprecisa, demandando do intérprete a tarefa de determinar aquilo que é proibido³⁰², sob pena de viabilizar um caminho propício ao arbítrio. A dificuldade para sua materialização deriva da utilização de conceitos valorativos³⁰³, do uso de cláusulas gerais ou de conceitos incertos³⁰⁴ e dos problemas de técnica legislativa³⁰⁵, vicissitudes que diminuem o nível de vinculação do intérprete ao texto legal e aumentam a transferência de poder do Legislativo ao Judiciário no momento da aplicação, incrementando, por fim, o nível de insegurança frente ao poder punitivo do Estado, o que será ponderado em seguida.

As lições acima enunciam e complementam a *lex stricta*, vedação da analogia em desfavor do sujeito, pois não só são filtros primordiais para afastar seu uso, como também fornecem ao operador do direito diretrizes para uma atuação pautada pelo respeito à legalidade. A propósito, conforme ensinam Jeschek e Weigend, “a segunda consequência que se deriva do princípio da legalidade se refere à interpretação dos dispositivos penais”³⁰⁶. Nessa linha, eventuais lacunas ou vazios normativos devem ser sempre resolvidos em favor da absolvição, sendo totalmente vedada a suplementação dos vãos deixados pelo legislador, mesmo que com

²⁹⁹ MONTIEL, op. cit., p.17. Tradução nossa. No original: “que podría llamarse ‘indeterminación por sobredeterminación’. Muchas veces el cuidado extremo de que la ley designe todas las propiedades relevantes de los casos genéricos puede conducir a extremos de sofisticación que haga poco entendible el tipo penal”.

³⁰⁰ VIANA, op. cit., p.121.

³⁰¹ VIANA, op. cit., p.121. É o que explicam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: “Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas, nem por isso o princípio da legalidade deve ser desprezado, mas sim cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra. Daí, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal”. (ZAFFARONI et al., op. cit., pp.206-207).

³⁰² VIANA, op. cit., p.122.

³⁰³ Apesar de todo termo ser objeto de interpretação, alguns revelam a imprescindibilidade de um maior nível de valoração. Roxin cita como exemplo: “móveis abjetos” e “bons costumes”. (ROXIN, op. cit., 2008, p.170).

³⁰⁴ É o que alerta Bittencourt: “Para que o princípio de legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2021a. p.26).

³⁰⁵ ROXIN, op. cit., 2008, p.171.

³⁰⁶ JESCHECK; WEIGEND, op. cit., p.143. Tradução nossa. No original: “la segunda consecuencia que se deriva del principio de legalidad se refiere a la interpretación de las disposiciones penales”.

base em textos normativos que regulem situações similares³⁰⁷. Nos dizeres de Souza e Japiassú, trata-se, justamente, da “exclusão da integração analógica das normas que definem crimes e estabelecem penas ou medidas de segurança, para abranger casos por elas não expressamente contemplados”³⁰⁸. Quanto a esse aspecto, resume Galvão Rabelo:

É com a proibição da analogia que se materializa, com toda intensidade, a pretensão de controlar o poder de punir pela linguagem. Ela dá um sentido muito especial à textualidade no âmbito penal, ao exigir que os fundamentos da criminalização sejam encontrados, exclusivamente, no respectivo texto legal – vedando, inclusive, a utilização de outros textos jurídico-penais que regulem hipóteses semelhantes³⁰⁹.

À vista disso, surge a complexidade deste último núcleo normativo, pois ele se relaciona ao ato de interpretar, que pode abrir portas à discricionariedade e à fuga do estritamente consignado na lei. Não por outra razão, os principais autores do período da ilustração penal defendiam a completa inviabilidade do exercício interpretativo aos aplicadores do direito, na medida em que, como asseverava Beccaria, “a autoridade de interpretar as leis penais não pode ser atribuída aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores”³¹⁰. Sob a ótica deles, mesmo nos casos das consideradas “boas leis”, a efetivação da legalidade dependeria da atuação do operador do direito, tornando possível contornar o princípio por meio de abordagens interpretativas caracterizadas pelo distanciamento do texto legal – concepção amparada na tradicional doutrina de Montesquieu da separação de Poderes, bem como na completa cisão entre subsunção e interpretação³¹¹. Portanto, defende-se um modelo de silogismo da sentença judicial, em que a argumentação judicial é praticamente reduzida ao raciocínio lógico³¹². Nos dizeres de Frederico Horta:

estritamente vinculada à reserva legal, na doutrina clássica, está a necessidade de que a lei penal seja apreciada por um juiz imparcial, devendo a jurisdição ser exercida por

³⁰⁷ JESCHECK; WEIGEND, op. cit., pp.142-145.

³⁰⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.78.

³⁰⁹ RABELO, Galvão. **Garantias e regras interpretativas**: proposta de um modelo garantista de interpretação jurídico-penal. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2020. p.313.

³¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.32.

³¹¹ Afirma o autor: “no modelo iluminista de aplicação do direito, a interpretação representa sempre um ponto de fuga do texto legal, um modo discreto de usurpação do poder de legislar. Daí a implicância iluminista com a interpretação, vista como um modo de afastar-se da textualidade da lei, que – tendo sido corretamente formulada – possuiria o atributo da autoevidência (*in claris cessat interpretatio*)”. (RABELO, op. cit., p.335).

³¹² “Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; a menor, a ação, conforme ou não à lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular somente dois silogismos, a porta à incerteza estará aberta”. (BECCARIA, op. cit., p.33).

órgão estatal distinto daquele encarregado da acusação, a quem caberia de forma isenta aplicar a lei ao caso, por um juízo de subsunção rigorosamente vinculado à letra da lei; avesso à interpretação criadora³¹³.

Contudo, atualmente, a postura mecânica e automática do magistrado é vista como impraticável, na medida em que “todos os conceitos que emprega a lei (com exceção dos números, datas, medidas e similares) admitem em maior ou menor medida vários significados”³¹⁴, cabendo ao juiz, sob a égide de regras, elegê-los. Conforme explicita Viana, “trata-se, portanto, de um ato de revelação cognitivo e não um ato de vontade”³¹⁵. Também explica Figueiredo Dias: “o princípio da separação de poderes conduziria logo à proibição de qualquer processo de interpretação jurídica [...] aceita-se, pelo contrário, que praticamente todos os conceitos utilizados na lei são susceptíveis e carentes de interpretação”³¹⁶. Destarte, revela-se a questão fundamental: não se nega a interpretação no processo de determinação da infração criminosa, mas, junto a isso, é imprescindível a delimitação de uma moldura dentro de que esse exercício se mostre legítimo, sendo profundamente construída com base no texto legal. Nesse seguimento, o princípio em evidência “também pretende vedar determinadas formas de interpretação e que certas normas sejam interpretadas de uma determinada maneira”³¹⁷. Isso posto, apesar de o trabalho não se aprofundar nas teorias da argumentação e na filosofia da linguagem³¹⁸, busca-se delinear balizas primordiais a um método interpretativo jurídico-penal consonante aos núcleos normativos da legalidade anteriormente estudados, principalmente quanto aos limites inerentes a essa atividade.

Ao longo do tempo, conforme já observado, as orientações sobre os modelos de interpretação foram paulatinamente modificadas. No primeiro momento, sobretudo em meio à teoria causal clássica, sob a influência do positivismo do século 19, defendeu-se uma proposta estritamente formalista das categorias jurídico-penais³¹⁹. Posteriormente, com fundamento nos

³¹³ HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.155, p.55, mai. 2019.

³¹⁴ ROXIN, op. cit., 2008, p.148. Tradução nossa. No original: “todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados”.

³¹⁵ VIANA, op. cit., p.111.

³¹⁶ DIAS, op. cit., p.187.

³¹⁷ MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo**: fundamentos y límites de la analogía in *bonam partem* en el derecho penal. Madrid: La Ley, 2009. p.42. Tradução nossa. No original: “también pretende vedar determinadas formas de interpretación y que ciertas normas sean interpretadas de una concreta manera”.

³¹⁸ Por todos, cita-se a tese de doutorado de Galvão Rabelo: **Garantias e regras interpretativas**: proposta de um modelo garantista de interpretação jurídico-penal.

³¹⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo y lenguaje**: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje. Valencia: Tirante lo Blanch, 2017. p.37. Explica Dermeval Farias: “Por sua vez, o injusto – que constitui a valoração da tipicidade e da ilicitude, a junção valorativa dos dois primeiros elementos da estrutura analítica do

ideais neokantianas, o sistema causal neoclássico inseriu critérios axiológicos para o exercício interpretativo³²⁰, sendo conduzido pela classificação valorativa (material) dos elementos da estrutura analítica do delito. Em oposição ao subjetivismo atribuído ao modelo axiológico neokantiano, o finalismo apresentou método ontológico-dogmático³²¹ que somente admite o juízo de valor com alicerce na realidade. Segundo ilustra Luís Greco, “o direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que vai regular a realidade”³²², cabendo ao direito proibir as ações compreendidas como exercício da atividade final. Por fim, os funcionalismos teleológico e sistêmico³²³: na primeira corrente, são atribuídas funções políticas criminais³²⁴ a cada categoria do delito, introduzindo as indagações de ordem empírica e os grupos de caso³²⁵; já na segunda, as categorias são regidas a partir dos fins da pena, sendo esta a responsável por reafirmar as expectativas eventualmente violadas.

Essa breve síntese, por óbvio, não almejou esgotar todas as nuances de cada uma das concepções, mas evidenciar a pluralidade de caminhos quando se trata da interpretação no direito penal. Todavia, da pesquisa bibliográfica feita nesta dissertação, é possível firmar alguns preceitos quanto aos limites dessa atividade no âmbito criminal.

Sob a égide da teoria funcionalista teleológica, Roxin afirma que o marco de interpretação deve ser o sentido literal mais próximo possível, que decorre do contexto sistemático-legal e do teologismo, a partir do exame concreto da realidade apresentada³²⁶. Na mesma linha, frisa Viana, “o teor literal da palavra demarca os limites de interpretação

delito – era objetivo-formal. Isso porque era composto de elementos objetivos, descritivos e formais, constantes somente na lei, analisados de forma ontológica e não axiológica”. (GOMES FILHO, op. cit., p.60.278).

³²⁰ Nos dizeres de Jorge Figueiredo Dias, o direito passa a se “situar numa zona intermediária entre aquele mundo e o do puro dever-se”. (DIAS, op. cit., p.242). Dessa forma, “a tipicidade formal do período causalista clássico passou a ser material no neokantismo. Com isso, a tipicidade podia ser compreendida como a adequação do fato à lei que provocava lesão intolerável ao bem jurídico tutelado”. (GOMES FILHO, op. cit., p.60.280).

³²¹ Não se olvida das críticas feitas a essa premissa. Luiz Regis Prado assevera “que essa doutrina não é pura e unicamente ontológica, visto que não deixa de considerar ainda que de forma mais tímida, o aspecto axiológico, normativo (v.g. teoria da adequação social)”. (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.100).

³²² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de ‘política criminal e sistema jurídico-penal’ de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 32, p.127, 2000.

³²³ Como explica Greco, existem diversos funcionalismos, mas o que se pode considerar comum a todos é a premissa de que o sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológicos, mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal. (GRECO, op. cit., p.130).

³²⁴ “Não se trata de qualquer política-criminal, mas aquela acolhida pelo Estado material de direito” (GRECO, op. cit., p.135).

³²⁵ “O pensamento de Roxin entende-se como uma síntese do ontológico com o valorativo, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo”. (GRECO, op. cit., p.132).

³²⁶ ROXIN, op. cit., 2008, p.149. Greco destaca que tal interpretação é pautada pela missão constitucional do direito penal, que é a proteção de bens jurídicos através da prevenção geral ou especial. Desse modo, “os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas”. (GRECO, op. cit., p.130).

gramatical”³²⁷. Destarte, “uma aplicação da lei fora do quadro do regulamento legal (*praeter legem*), ou seja, uma interpretação que já não está coberta pelo sentido literal possível de um preceito penal, constitui uma analogia fundamentadora da pena e, portanto, é inadmissível”³²⁸. Após citar exemplos práticos do seu posicionamento, Roxin encerra:

A vinculação da interpretação ao limite do teor literal não é em absoluto arbitrária, mas sim deriva dos fundamentos jurídico-políticos e jurídico-penais do princípio da legalidade [...]. Com efeito: o legislador somente pode expressar com palavras suas prescrições; e o que não se desprenda de suas palavras, não está prescrito, não rege. Por isso, uma aplicação do direito penal que exceda do teor literal vulnera a autolimitação do Estado na aplicação do poder punitivo e carece de legitimação democrática³²⁹.

O professor alemão, por conseguinte, defende um termo médio entre a teoria subjetiva (vontade do legislador) e objetiva (sentido objetivo da lei), isto é: i) o significado da norma incriminadora não é compreensível por si só, autônomo da interpretação sobre ela, mas também, ao mesmo tempo, ii) essa interpretação deve respeitar limites concernentes ao sentido cotidiano das palavras. Acerca de tais ponderações, Brodt defende esse proceder restritivo sob os seguintes termos: “não se pode permitir que o âmbito da discricionariedade judicial alcance a possibilidade de interpretar extensivamente a lei penal incriminadora de maneira contrária ao réu, ainda que a pretendo de adaptá-la ao seu verdadeiro sentido ou finalidade”³³⁰. Em direcionamento semelhante, ensinam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

A norma tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra. Isso obedece ao fato de que é necessário extremar os recursos para que só a

³²⁷ Cumpre esclarecer que Eduardo Viana entende pela limitação desse critério, defendendo a criação de outro parâmetro para obstar o uso da analogia: a linguagem cotidiana. Em suas palavras: “não há melhor forma de respeitar o princípio da legalidade que eleger a linguagem cotidiana como limite à interpretação”. (VIANA, op. cit., pp.112; 114).

³²⁸ ROXIN, op. cit., 2008, p.149. No original: “una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal (*praeter legem*), o sea una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisibile”.

³²⁹ ROXIN, op. cit., 2008, pp.149-150. No original: “La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídico políticos y jurídicos penales del principio de legalidad (nm. 18-25). En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no “rige”. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática”.

³³⁰ BRODT, Luís Augusto Sanzo. Hermenêutica da norma penal incriminadora. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS**, Porto Alegre, v.3, n.1-2, p.36, 2015. Sustentam também Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: “o critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável” (ZAFFARONI et al., op. cit., p.211).

lei formal seja fonte de criminalização primária, não podendo o juiz complementar seus pressupostos³³¹.

Jorge Figueiredo Dias, a seu turno, reforça que, a partir desse sentido literal do texto jurídico, cria-se o quadro em que o intérprete pode deslocar-se legitimamente, portanto, sendo lícito realizar suas escolhas interpretativas – quadro este formado pelo “campo de significações adequadas ao entendimento comum das palavras que naquela foram utilizadas”³³². Assim, embora a finalidade da lei (critério teleológico)³³³ integre a interpretação jurídico-penal, “antes de ele entrar em jogo, a interpretação admissível tem de passar a ‘prova de fogo’ – para a qual pode servir a imagem do ‘funil invertido’ – da sua admissibilidade face ao teor literal da lei e aos significados comuns que ele comporta”³³⁴. Nessa esteira, assevera:

Fundar ou agravar a responsabilidade do agente em uma qualquer base que caia fora do quadro de significações possíveis das palavras da lei não limita o poder do Estado e não defende os direitos, liberdades e garantias das pessoas. Por isso falta a um tal procedimento legitimação democrática e tem de lhe ser assacada violação da regra do Estado de Direito³³⁵.

Essas considerações associam-se à sobredita exigência da taxatividade das leis penais, pois é dela que “deriva a proibição de estender o carácter de delito a comportamentos ‘análogos’ ou ‘parecidos’, mas que não estão taxativamente formulados como típicos”³³⁶. Destaca-se, dessa forma, a compreensão de que o direito penal é pensado por meio de tipos, noutras palavras, “para que algum fato ganhe relevância penal, por conseguinte, é necessário que ele esteja subsumido em um tipo; o que significa que o legislador torna pertinente ao direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei”³³⁷. É nesse juízo de correspondência que a

³³¹ ZAFFARONI et al., op. cit., p.209.

³³² DIAS, op. cit., p.188.

³³³ O autor ressalta que a *ratio legis* (sentido e finalidade) não pode se antepor aos limites do teor literal da norma incriminadora. (DIAS, op. cit., p.191).

³³⁴ DIAS, op. cit., p.191.

³³⁵ DIAS, op. cit., p.190.

³³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p.66. Tradução nossa. No original: “La garantía criminal, según la cual para que un hecho sea delictivo es necesario que una ley previa lo haya precisamente descrito como tal. De ello deriva la prohibición de extender el carácter de delito a comportamientos ‘análogos’ o ‘parecidos’ pero que no estén taxativamente formulados como típicos”.

³³⁷ BRANDÃO, op. cit., p.59. Nas palavras de Fragoso, “tipo é o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível”. (FRAGOSO, op. cit., 1994, p. 153). Stratenwerth, na mesma linha, assevera que o conceito do tipo “se refere geralmente aos pressupostos jurídicos sob os quais uma situação de fato é jurídico-penalmente significativa”. (STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. v.1: parte general, el hecho punible. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.126. Tradução nossa). No original: “aquí el concepto se refiere generalmente a los presupuestos jurídicos bajo los cuales una situación de hecho es jurídico-penalmente significativa”.

observância dos aspectos constituintes à legalidade mostra-se como elemento primordial para a justificação da incidência do *ius puniendi*. Conforme aponta Cláudio Brandão, com base nas lições de Ernst Von Beling, “Dita função decorre do princípio da legalidade e se traduz em uma relação de adequação entre a conduta e a própria lei penal. Por ela, extrai-se o conhecimento do que é proibido e, portanto, do que é relevante para o direito penal”³³⁸. Nessa linha intelectual, também pontua Alamiro Velludo sobre a tipicidade, “uma ferramenta dogmática a serviço da legalidade penal”³³⁹.

À vista disso, Cláudio Brandão passa a construir os horizontes do exercício interpretativo na aplicação da norma criminal. A esse respeito, afirma que o denominado silogismo demonstrativo³⁴⁰, proposto pelos autores no período da ilustração do direito penal, não se mostra como o método mais adequado às ciências penais, pois elas possuem uma característica não considerada por tal procedimento: a retórica³⁴¹. O autor, então, destaca que “em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem afastar a retórica do seu método. No âmbito da ciência jurídica, a argumentação também é uma necessidade constitucional”³⁴². Jacinto Nelson Coutinho também atenta para essa questão:

[...] eis o drama: por um lado, sabe-se bem que na seara penal, a exigência de vinculação à lei tem efetivamente maior rigor, na medida em que comporta as intervenções mais graves na liberdade dos cidadãos que conhecem nosso ordenamento jurídico. Por outro, é evidente que o intérprete cria a norma a partir de um texto preestabelecido, tanto que, não raro, assim o faz contra expressa disposição da lei (do texto)³⁴³.

Contudo, ao sustentar o cabimento do denominado silogismo retórico³⁴⁴, Brandão não se afasta da premissa de que a liberdade de escolha por parte do magistrado é limitada, pois

³³⁸ BRANDÃO, op. cit., p.70.

³³⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.85, p.219, 2010.

³⁴⁰ “Porque se acredita que a lei contém todo o direito, o método de aplicação do direito será o silogismo demonstrativo. A lei, que encerra os casos hipoteticamente considerados e os regula, será a premissa maior, o fato humano, objeto da regulação da lei, será a premissa menor, enquanto a sentença judicial que aplica a lei ao caso será a conclusão do dito silogismo”. (BRANDÃO, op. cit., p.76). Nas palavras de Beccaria: “Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; a menor, a ação, conforme ou não à lei: a consequência, a liberdade ou a pena”. (BECCARIA, op. cit., p.33).

³⁴¹ Vera Regina Pereira de Andrade, com base em Emil Lask, elucida que “a construção jurídica de conceitos tem sempre uma ‘coloração teleológica’” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.157).

³⁴² BRANDÃO, op. cit., p.80.

³⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e psicanálise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.502.

³⁴⁴ Brandão explica o silogismo retórico ou entimema da seguinte forma: “O entimema de primeira ordem põe a nu a aplicação do Direito. Com efeito, na metodologia jurídica a premissa maior é elíptica: a partir do

encontra na legalidade e na tipicidade suas primeiras barreiras. Logo, “sempre que a conclusão representar um prejuízo ao agente, a premissa maior deverá se traduzir em lei, pois o contrário violará o princípio constitucional da legalidade”³⁴⁵, constituindo, dessa forma, o limite negativo³⁴⁶ do entimema.

Tomando as razões expostas neste capítulo, até o momento, intentou-se não apenas revisitar o conteúdo da legalidade, mas também assinalar os papéis do legislador e do julgador no tocante à matéria penal, a fim de delinear os parâmetros para a atuação de ambos, cuja observância é imprescindível para a estruturação de um “sistema de estrita legalidade”³⁴⁷. A esse respeito, elucida Galvão Rabelo:

Entre as funções dogmaticamente atribuídas ao tipo penal, encontra-se a função de garantia, vale dizer, a função de resguardar a liberdade individual mediante a precisa delimitação legal da matéria penalmente relevante. Logo, a função de garantia de tipo nada mais é do que a projeção, nesse estrato dogmático, do fundamento liberal da garantia da legalidade – é dizer, a função de garantia do tipo reflete e concretiza a função liberal e garantista da legalidade³⁴⁸.

Nesse diapasão, revela-se a necessidade de se construir a interpretação da lei penal alinhada à concretização desse preceito, devendo-se atentar para as singularidades inerentes a esta seara do direito, sob pena de, desde logo, vulnerar todo o seu funcionamento. Ou seja, trata-se de fixar critérios ao modelo de interpretação jurídico-penal voltados a efetivar o referido princípio, mormente ao magistrado no processo de criminalização secundária a ele incumbido, visto que, como bem pontua Montiel, “o Poder Judiciário é o encarregado de identificar as fontes do direito penal, interpretá-las e aplicá-las a casos realmente ocorridos”³⁴⁹. Como consequência, assenta-se que exercer esse poder sem observar o conteúdo estabelecido pela lei implica a violação frontal à mencionada viga mestra do direito penal. É nesse contexto que se

conhecimento do caso (premissa menor), o julgador intui uma conclusão e busca uma premissa maior para fundamentá-la”. (BRANDÃO, op. cit., p.83).

³⁴⁵ BRANDÃO, op. cit., p.85.

³⁴⁶ O autor destaca que a tipicidade não implica óbice para o método de aplicação do tipo penal quando a conclusão for favorável ao agente. Assim, explica existir uma abertura nesse método apta a afastar a aplicação da lei penal que traria prejuízo ao agente como premissa maior, sem isso representar uma violação ao conteúdo da legalidade. Isso em razão da interpretação teleológica da legalidade, que significa “um aumento no âmbito da liberdade, em face da limitação ao poder de punir do Estado. [...] No caso de a conclusão ser no sentido benéfico ao agente, haverá maior liberdade na escolha da premissa maior, pois ela poderá ser supralegal, o que não vai de encontro à tipicidade, pois ela tem um conteúdo material que fundamenta a escolha de uma premissa maior diferente da lei”. (BRANDÃO, op. cit., p.85).

³⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.91.

³⁴⁸ RABELO, op. cit., p.328.

³⁴⁹ MONTIEL, op. cit., p.40. Tradução nossa. No original: “el Poder judicial es el encargado de identificar las fuentes del Derecho penal, interpretarlas, aplicarlas a casos realmente acaecidos”.

firmam os limites criativos do Judiciário quanto à classificação legal da ação, bem como da sanção a ser eventualmente aplicada³⁵⁰. Não por outro motivo, alerta-se que “abordagens interpretativas que concebem ampla liberdade (decisória) aos juízes parecem totalmente incompatíveis com a função que lhes foi confiada no interior do sistema”³⁵¹.

A garantia da legalidade enuncia, a um só tempo, o propósito maior do aparato jurídico-penal e o modo como o poder constituinte distribui sua confiança entre os diversos agentes envolvidos na prática jurídico-penal. A partir desse arcabouço metodológico assumido, fica claro que a interpretação da lei penal deve ser responsiva às exigências desse princípio limitador, que constitui norte para toda a dogmática penal, assumindo a condição de elemento autônomo – ao lado da ilicitude e da culpabilidade – da teoria do delito, especialmente a partir das formulações de Beling³⁵². Concomitante a isso, é preciso se ter em mente que, ao interpretar, a dogmática jurídico-penal está, em verdade, definindo “o campo semântico dos conceitos jurídicos, isto é, fixando o significado que se deve dar aos termos legais que fundamentam a imposição de deveres jurídico penais”³⁵³. A propósito disso, após evidenciada a centralidade do legalidade para o exercício do poder punitivo, tem-se que “todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto”³⁵⁴. Na mesma linha intelectual, frisam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar que “o princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei”³⁵⁵.

Uma vez firmado o conteúdo normativo da legalidade e os limites que dele irradiam à interpretação no campo penal, bem como posto esse princípio como integrante da dogmática jurídico-penal, denota-se um questionamento: qual o papel desta dogmática para com a construção da jurisprudência? Essa pergunta é importante, tendo em vista que o objeto empírico deste trabalho consiste na análise de acórdãos criminais formalizados pela Supremo Tribunal Federal em que, concorde-se ou não, as categorias desse saber permeiam e legitimam a argumentação dos julgadores.

³⁵⁰ Ressalta-se, como colocado acima, que a preocupação decorre do quadro a ser imprescindivelmente respeitado pelo aplicador do direito ao se deparar com casos de ampliação e habilitação do poder punitivo. Noutra giro, aos casos de contenção à restrição dos direitos fundamentais, em que o espectro de atuação permite o uso de métodos integrativos abertos, as conclusões são distintas.

³⁵¹ RABELO, op. cit., p.319.

³⁵² Conforme explica Bittencourt, com a concepção de tipo penal (*tatbestand*), Beling conferiu caráter autônomo à tipicidade, separando-a da anitijuridicidade e da culpabilidade. (BITTENCOURT, op. cit., 2021a, p.167).

³⁵³ ROBLES PLANAS, Ricardo. Tradução de Marília Bassetto. A identidade da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.98, p.153, 2012.

³⁵⁴ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.21.

³⁵⁵ ZAFFARONI et al., op. cit., p.203. A esse respeito, os autores também ressaltam que essa vedação sobre a doutrina e a jurisprudência de modo algum significa a impossibilidade de se construir caminhos à contenção do poder punitivo.

3.3 Dogmática penal e jurisprudência

Em uma conversa com minha orientadora, Beatriz Vargas, ela resumiu perfeitamente a questão a ser em seguida aprofundada: “o anseio da dogmática é tornar-se jurisprudência”. Para além de um pressuposto comumente mencionado sobre a falta de preocupação dos acadêmicos produzirem trabalhos voltados ao diálogo com a prática jurídica, ela destacou o caminho inverso, isto é, estariam os operadores do direito interessados no conhecimento desenvolvido no ambiente universitário? A questão lançada me fez pensar sobre a necessidade de assentar a imprescindibilidade desses saberes serem observados e transmitidos pelas Cortes em seus pronunciamentos.

Inicialmente, é importante compreender do que se fala quando se refere à dogmática penal. A esse respeito, em entrevista dada ao canal do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, Juarez Tavares a conceituou como a estratificação do direito penal “em diversos enunciados já considerados como sedimentados, enunciados que apresentaram anteriormente ampla discussão e se submeteram, portanto, a uma crítica constante de vários autores e que, na verdade, vão sedimentar, vão construir um arcabouço denominado teoria do delito”³⁵⁶. Ana Elisa Bechara, em sua aula sobre “política criminal, dogmática e criminologia”, designa-a como um “conjunto de requisitos conceituais que servem para definir uma conduta como delito ou não”³⁵⁷. Em direcionamento semelhante, Juarez Cirino afirma que ela consiste na sistematização de conceitos voltados disciplinar e racionalizar a aplicação do programa legislado³⁵⁸, portanto, trata-se de um conjunto de unidades conceituais e de raciocínios que antecedem a resposta da pergunta sobre se, no caso concreto, deve-se afirmar ou negar a imposição da pena³⁵⁹. Alinhado a esses pressupostos, Robles Plenas sintetiza o papel desempenhado por esse saber: “o trabalho da dogmática jurídico-penal [...] não se limita a descobrir um sentido, mas se esforça por atribuir o sentido ou sentidos desde um aparato

³⁵⁶ INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. **Qual é o papel da Dogmática Penal?**. Com Juarez Tavares. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pq0RHJapiEA>. min. 3:42-4:12. Acesso em: 02 out. 2022.

³⁵⁷ CANAL USP. **Política Criminal, dogmática e criminologia**: aula 3, tópico 1. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=B_w31aczjfg. 7:20-7:30. Acesso em: 02 out. 2022.

³⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p.1.

³⁵⁹ ROBLES PLANAS, op. cit., p.150.

conceitual próprio e preexistente”³⁶⁰. Prossegue o autor: “o dogmático deve vincular sua argumentação à letra da lei, em uma relação ou nexos de suficiência normativa”³⁶¹.

Destarte, atribui-se à dogmática a missão de sistematizar e ordenar o direito penal, por meio de princípios e enunciados gerais que compõem um aparato conceitual a ser utilizado pelas decisões jurídicas concretas. Desse modo, oferece-se ao aplicador maior segurança no desempenho do seu trabalho e, nessa medida, as leis são o elemento essencial, tendo em vista que, sem elas, “a dogmática não poderia influenciar a *praxis*”³⁶². O sistema dogmático, por conseguinte, almeja harmonizar as soluções, de modo a evitar as contradições lógicas ou axiológicas”³⁶³, delimitando o âmbito dentro de que as propostas de resolução do caso serão racionais. Essa finalidade é descrita por Vera Regina Pereira de Andrade como uma das quatro características diferenciadoras fundamentais da dogmática penal em relação ao paradigma geral da dogmática jurídica:

b) numa inspiração ideológica liberal: a Dogmática Penal, pela específica identidade de seu objeto – normas penais relativas a delitos e penas – é justamente a Dogmática parcial que circunscreverá, nos limites de sua estrutura normativista, a problemática do monopólio da violência física pelo Estado Moderno. E centralizando a função de racionalizá-lo, o discurso liberal de limitação do poder punitivo como garantia da segurança jurídica ocupará nela um lugar central, condicionando, mais visivelmente, suas teorizações e construções jurídico-penais³⁶⁴.

Essa pretensão da racionalização do poder punitivo é sintetizada no pensamento de Enrique Ordeig:

A dogmática nos deve mostrar o que é devido com base no Direito, pois averigua o conteúdo do Direito Penal, quais são os pressupostos que se darão para que entre em jogo um tipo penal, o que é que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impune e onde começa o punível. Torna possível, por conseguinte, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtraí-lo à irracionalidade, à arbitrariedade e à improvisação. Quanto menos desenvolvida esteja uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do acaso e de fatores incontrolláveis à condenação ou à absolvição³⁶⁵.

³⁶⁰ ROBLES PLANAS, op. cit., p.151.

³⁶¹ ROBLES PLANAS, op. cit., p.154.

³⁶² ROBLES PLANAS, op. cit., p.155.

³⁶³ ROBLES PLANAS, op. cit., p.156.

³⁶⁴ ANDRADE, op. cit., p.152.

³⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene futuro la dogmática juridicopenal?**. 2008, p.9. Tradução nossa. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_84.pdf. Acesso em: 12 out. 2022. No original: “La dogmática ‘nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho’, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro,

Essa função é reiterada nas lições de Jeschek, citado por Roxin:

Sem a articulação sistemática do conceito do delito, a solução de um caso jurídico permanece “insegura e dependente de considerações sentimentais”. As características gerais do conceito do delito, que se resumem na teoria do delito, possibilitam uma jurisprudência racional e uniforme, e ajudam, de um modo essencial, a garantir a segurança jurídica³⁶⁶.

Nesse sentido, a dogmática jurídico-penal desempenha função primordial à atividade jurídica criminal: assegurar direitos fundamentais do indivíduo perante o poder arbitrário do Estado, “que, embora se processe dentro de alguns limites, necessita do controle e da segurança desses limites”³⁶⁷. Por fim, também assevera Batista, “a ciência do direito penal tem por objeto o ordenamento jurídico-penal positivo e por finalidade permitir uma aplicação equitativa (no sentido de casos semelhantes encontrarem soluções semelhantes) e justa da lei penal”³⁶⁸.

Dessa forma, desvelam-se duas dimensões diretamente interligadas: a função instrumental racionalizadora e a função garantidora³⁶⁹. A primeira consiste na contribuição para a operacionalidade decisória, portanto tida como “orientadora, preparadora, pautadora, programadora ou prescritiva das decisões judiciais penais”³⁷⁰. A segunda refere-se à sua base humanista, que assegura “um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas”³⁷¹. Essas premissas pautam-se na ideia de que o direito penal tem

dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p.35. No original: “Y en su gran tratado, recientemente aparecido, escribe Jescheck que, sin la articulación sistemática del concepto del delito, la solución de un caso jurídico permanece ‘insegura y dependiente de consideraciones sentimentales’. ‘Las características generales del concepto del delito, que se resumen en la teoría del delito, posibilitan, por el contrario, una jurisprudencia racional y uniforme, y ayudan, de un modo esencial, a garantizar la seguridad jurídica’”.

³⁶⁷ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Montevideú; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001. p.212. No original: “La dogmática juridicopenal se presenta, así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal y igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático”.

³⁶⁸ BATISTA, op. cit., 2007, p.117. Ver também: NAVARRO SOLANO, Sônia. Control social y dogmática. In: Edmundo (Coord.). **Criminología crítica**. Pará: Cejup, 1990. p.183; HURTADO POZO, José. El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal. **Nuevo Foro Penal**, n.39, pp.38-39, ene.-mar. 1988.

³⁶⁹ ANDRADE, op. cit., p.175.

³⁷⁰ ANDRADE, op. cit., p.176.

³⁷¹ ANDRADE, op. cit., p.176.

como núcleo a legalidade, que, sendo o sustentáculo “do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito que aspire à segurança jurídica”³⁷². A dogmática

[...] se apresenta, assim, como uma consequência do princípio da intervenção legalizada do poder punitivo estatal e igualmente como uma conquista irreversível do pensamento democrático [...]. A ideia do Estado de direito exige que as normas que regulam a convivência sejam conhecidas e aplicadas, ademais de serem elaboradas por um determinado procedimento, de um modo racional e seguro, que evite o acaso e a arbitrariedade em sua aplicação e que as dote de uma força de convicção tal que sejam aceitas pela maioria dos membros da comunidade³⁷³.

Diante disso, Vera Andrade afirma que a segurança jurídica é o ponto de convergência capaz de melhor sintetizar a promessa racionalizadora acima descrita, sendo seu método construído a partir da interpretação das normas penais produzidas pelo legislador (a legalidade como núcleo), de modo a desenvolver um sistema conceitual do crime que, “resultando congruente com tais normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal”³⁷⁴, garantindo não apenas a mencionada segurança, mas também, por extensão, a justiça nas decisões penais. Logo, representa uma “instância do sistema que media o tráfego jurídico entre programação (“dever ser”) e operacionalização (“ser”)³⁷⁵, estabelecendo as “fronteiras das decisões possíveis. Pois ela prepara a decisão judicial ao proporcionar, antes que o seu conteúdo, a estruturação completa do problema social regido pelo programa de decisão do legislador”³⁷⁶. Nessa linha intelectual, assevera Warat:

Em outras palavras, as normas jurídicas não têm um sentido pleno, independentemente das teorias jurídicas. Sem a teoria do delito [...] não se pode expressar uma plenitude significativa para nenhum delito. A teoria do delito nos dá, ademais, o limite das interpretações legítimas. [...] Ora, a dogmática jurídica é o código predominante de comunicação normativa³⁷⁷.

³⁷² BATISTA, op. cit., 2007, p.67.

³⁷³ MUÑOZ CONDE, op. cit., p.212. No original: “La dogmática jurídico penal se presenta, así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático. La mejor ley no deja de ser un desiderátum desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la aplique. La idea del Estado de derecho exige que las normas que regulan la convivencia sean conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento, de un modo racional y seguro, que evite el acaso y la arbitrariedad en su aplicación y que las doten de una fuerza de convicción tal que sean aceptadas por la mayoría de los miembros de la comunidad”.

³⁷⁴ ANDRADE, op. cit., p.179.

³⁷⁵ ANDRADE, op. cit., p.179.

³⁷⁶ ANDRADE, op. cit., p.179.

³⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1982. p.48.

Nessa linha, “a dogmática limita a liberdade dos juristas na aplicação do direito [...], define as condições e os limites de espaço de liberdade de ajuizamento e a admissibilidade de novas construções e modelos argumentativos para a solução de problemas jurídicos”³⁷⁸. Nos dizeres de Hassemer, “a dogmática jurídico-penal domina a apresentação dos resultados da decisão e provavelmente também sua produção. Ela indica aos Tribunais penais em que posição de sua fundamentação eles têm que tratar, quais os argumentos e qual a sua extensão”³⁷⁹. Demarcam-se os limites das interpretações possíveis com fundamento no amparo conceitual “apto para que as decisões judiciais e as punições que delas derivam se fundamentem e se delimitem em torno da lei penal e da conduta do autor, objetiva e subjetivamente considerada em relação ao fato-crime, e não em torno da pessoa do autor, submetido à subjetividade do intérprete”³⁸⁰, extirpando a arbitrariedade.

Acerca dessa relação entre a dogmática e a atividade jurisdicional, em capítulo do livro *Direito Penal no Estado Democrático Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso*, Bernd Schünemann também reforça a importância da primeira para a exclusão da possibilidade de punição ao mero acaso, impedindo o “respectivo detentor de poder (em cada processo criminal, o juiz) [...] decidir com arbítrio”³⁸¹, devendo respeito às “regras e princípios por vezes mais abstratos, por vezes mais concretos”³⁸². Nesse sentido, a tarefa desse conjunto de proposições reside no controle intelectual das decisões judiciais, asseverando que “a jurisprudência que não se expõe à crítica científica não passa de uma justiça irracional e arbitrária, que não pode existir em um estado de direito”³⁸³. Conclui o autor: “os enunciados da dogmática e da prática jurídicas não são distintos nem sequer do ponto de vista lógico, pois existe uma relação de identidade entre os enunciados da dogmática e os da parte normativa da atividade judicial (interpretação e subsunção)”³⁸⁴, logo, “a jurisprudência exercita uma dogmática autoritativa e transforma razão pura (teórica) em razão prática” – a seu ver, sem esse saber penal, cria-se uma “judicatura que não se legitima discursivamente, mas que age despoticamente”³⁸⁵.

³⁷⁸ ROBLES PLANAS, op. cit., p.161.

³⁷⁹ HASSEMER, op. cit., p.272.

³⁸⁰ ANDRADE, op. cit., p.180.

³⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, p. 44, 2018.

³⁸² SCHÜNEMANN, op. cit., p.44.

³⁸³ SCHÜNEMANN, op. cit., p.47.

³⁸⁴ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 89.

³⁸⁵ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 92.

Todavia, Bacigalupo, ao examinar os posicionamentos do Supremo Tribunal espanhol, alerta que a jurisprudência opera com diversos sistemas e utiliza conceitos dogmáticos com fundamentos heterogêneos, às vezes contraditórios entre si. O autor, contudo, ressalta que essa postura não significa o abandono completo da racionalidade; em verdade, as decisões possuem pretensão dogmática, bem como procuram legitimar-se por meio de categorias dela advindas³⁸⁶.

Em meio a essa pretensão racionalizadora voltada para a segurança jurídica, por muito tempo, entendeu-se o discurso dogmático a partir de termos advindos unicamente do direito positivo, fato que Vera Andrade atribui às matrizes neokantistas sobre o conceito de realidade, que coincidem com a “matriz positivista da ciência que está na base, por sua vez, do *approach* juspositivista da Dogmática Penal”³⁸⁷. Tal observação feita pela autora é de plano constatada da leitura dos livros editados pelos principais autores brasileiros do século passado, sob o ponto de vista de Hungria:

A Ciência do Direito Penal somente pode consistir no estudo da lei penal em sentido lato ou do complexo de normas jurídicas mediante as quais o Estado manifesta o seu propósito de coibir a delinquência. [...]. Este, o irrefragável postulado do chamado tecnicismo jurídico-penal. [...] Se não fazemos nítida separação entre ciência penal, que tem por objeto o estudo do direito penal positivo e as teorias ou hipóteses de trabalho (*Arbeith hypothese*) sob o rótulo genérico de “criminologia” ou “ciências criminológicas”, não poderemos evitar uma confusão babélica de idiomas, e tudo resultará na desorientação e na perplexidade. A autêntica Ciência Jurídico-Penal não pode ter por objeto a indagação experimental em torno ao problema da criminalidade, mas tão somente a construção do direito penal através de normas legais. Parte de premissas certas, que são as normas jurídicas, para chegar, logicamente, a conclusões certas³⁸⁸.

Em trilha idêntica, escreveu Siqueira Galdino: “é o chamado método técnico-jurídico que [...] toma como base [...] os textos legais ou a legislação repressiva vigente porque [...] só essa legislação ou direito positivo constitui uma realidade atual”³⁸⁹. Magalhães Noronha também sublinha: “como ciência jurídica, tem o Direito Penal caráter dogmático [...]. Não tem por escopo considerações biológicas e sociológicas acerca do delito e do delinquente, pois, como já se escreveu, é uma Ciência Normativa, cujo objeto é não o ser, mas o dever ser”³⁹⁰. Basileu Garcia, ante o objeto e o método da “ciência do direito penal”, conclui:

³⁸⁶ BACIGALUPO, op. cit., pp.18-19.

³⁸⁷ ANDRADE, op. cit., p.160.

³⁸⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. São Paulo: Forense, 1980. pp.105-107.

³⁸⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p.22.

³⁹⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. Vol. 1. 37.ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003. p.13.

É graças a esses dois elementos – objeto e método – que a Ciência do Direito Penal se distingue das outras ciências penais, não jurídicas, mas, como são geralmente designadas causal-explicativas: a Antropologia Criminal, a Psicologia Criminal, a Sociologia Criminal, etc. Essas disciplinas são também ciências penais, porque estudam o crime, os meios de coibi-lo e, além disso e principalmente, o delinqüente. Estudam-nos, entretanto, no campo dos fatos ou fenômenos naturais – antropológicos, psicológicos, sociológicos, etc. – ao passo que a Ciência do Direito Penal, deixando de lado a delinqüência como fenômeno, se preocupa com as regras de direito formuladas para preveni-la ou combatê-la³⁹¹.

O que se atesta desses trechos é a denominada autoimagem – noutras palavras, a defesa de um método de natureza lógico-abstrata com o fim de construir “um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, tendo por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito”³⁹². Trata-se de um conhecimento tido como autônomo, que encontra as explicações em si mesmo, prescindindo de saberes de outras áreas. Em reação a essas premissas, foram feitas críticas externas no tocante à sua debilidade epistemológica, ao seu formalismo metodológico e ao seu conservadorismo político³⁹³, além das internas – “desde o seu interior e nos limites do próprio paradigma, circunscritas ao sistema da teoria do crime”³⁹⁴. Especialmente sobre as críticas externas, destaca-se o aprisionamento da dogmática no mundo do “dever-ser”, rejeitando a realidade social, de modo a excluir “do seu horizonte científico a tematização do Direito Penal em sentido amplo – realidade fenomênica – e sua valoração crítica, sentam as bases para um conhecimento autorreferente (intrassistemático) e técnico”³⁹⁵. Não obstante a justa problematização, isso não implica afirmar uma completa ausência de nexos entre a dogmática e a realidade social, pois, caso fosse verdade, restaria inexplicável a permanência da dimensão prática funcional ao longo de todo espaço e tempo. Conforme elucida Vera Regina:

[...] se o argumento da separação entre Dogmática e realidade social é verossímil relativamente à sua dimensão de conhecimento ou metodológica, ele é insustentável relativamente à sua dimensão prática ou funcional, pois a Dogmática Penal está presente nas Escolas de Direito, nas reformas legislativas e nos Tribunais, e suas teorias, conceitos e princípios instrumentalizando a educação jurídica, a criação

³⁹¹ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.24. Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça.

³⁹² ANDRADE, op. cit., p.169.

³⁹³ ANDRADE, op. cit., p. 199.

³⁹⁴ ANDRADE, op. cit., p.199. Sobretudo desenvolvido pela doutrina germânica, tendo seu aspecto mais marcante na revisão do conteúdo dos elementos constitutivos da teoria do delito: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. (ANDRADE, op. cit., p.199).

³⁹⁵ ANDRADE, op. cit., p.218.

legislativa ou a aplicação judicial da lei penal, isto é, sendo usadas na argumentação decisória³⁹⁶.

E justamente por se encontrar inevitavelmente inserida nesta realidade, ao longo do tempo, principalmente durante o desenvolvimento da teoria do delito pós-finalista, ela passou a ocupar-se de dados até então ignorados. Nessa esteira, afasta-se dos exageros lógico-formais e direciona-se à construção de um sistema teleológico em que ganham mais relevo as questões valorativas e referentes ao problema concreto do que as sistemáticas³⁹⁷. Nesse contexto, afirma-se impossível a construção de um saber desvinculado da política criminal, sendo necessária a transformação dos “conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais e estas, por sua vez, em regras jurídicas de *lege lata* ou *ferenda*”³⁹⁸. Em síntese:

a situação presente da dogmática pode ser sumariada como a de convivência entre a continuidade do pensamento sistemático, que representa a conexão com o passado e a recepção de tendências político-criminais funcionalistas e criminológicas críticas, que representa a característica do presente³⁹⁹.

Todavia, isso não significa “um abandono ou uma relativização do pensamento sistemático, cujos frutos na clareza e segurança jurídica são irrenunciáveis”⁴⁰⁰. A esse respeito, também sublinha Greco, “a política criminal [...] está vinculada ao Estado material do direito. Os direitos fundamentais e os demais princípios garantísticos integram, portanto, a política criminal”⁴⁰¹.

O objetivo deste subcapítulo foi evidenciar o papel da dogmática jurídico-penal como fundamento e limite à atividade judicial, bem como sua centralidade para a racionalização do uso do poder punitivo. A partir da sistematização dos seus enunciados, que se pautam pela comunicação entre os planos do ser e do dever-ser, ela orienta e define o substrato da decisão do julgador. Nesse passo, embora possua dimensão além do estritamente consignado na norma, seu discurso não pode se desprender dos princípios que regem o direito penal, mormente a ponto de violar o conteúdo normativo destes. Feitas essas considerações, uma vez que o trabalho irá

³⁹⁶ ANDRADE, op. cit., pp.220-221.

³⁹⁷ MUÑOZ CONDE, op. cit., p.186.

³⁹⁸ ROXIN, op. cit., 2002, p.102. No original: “el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* oferenda”.

³⁹⁹ ANDRADE, op. cit., p.229. Nas palavras de Greco: “longe de mumificar-se em dogmas e ortodoxias, os parâmetros político-criminais do funcionalismo, abertos e plenos de sentido, dão espaço a inúmeras possibilidades de construção, o que assegura uma discussão rica e produtiva”. (GRECO, op. cit., p.135).

⁴⁰⁰ ROXIN, op. cit., 2002, p.102. Tradução nossa. No original: “Tal penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del Derecho penal no conduce tampoco a un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables”.

⁴⁰¹ GRECO, op. cit., p.140.

analisar julgados referentes à condenação pelo cometimento do delito de corrupção passiva, é importante compreender os elementos objetivos que o constituem, pois somente dessa forma será possível construir uma moldura para a definição judicial e verificar o problema apresentado nesta dissertação.

3.4 O delito de corrupção passiva

Consoante demonstrado no capítulo primeiro, a corrupção é um fenômeno amplo e complexo que pode ser conceituado por marcos econômicos, sociais, políticos e jurídicos. A consequência dessas inúmeras faces é a dificuldade de se construir um plano de enfrentamento, especialmente pela via do direito penal, que somente tem oferecido soluções tangenciais, consoante observado nos trabalhos de cunho empírico já referenciados⁴⁰². Ainda assim, mantém-se a esperança pelos operadores do direito de que o poder punitivo é meio legítimo e capaz de solucionar o problema, sinalizando oportuno o estudo sobre os termos que guiam essa atuação. Para isso, além da primordialidade da legalidade e da dogmática jurídico-penal para a atividade judicial, mostra-se necessário entender como essa conduta encontra-se tipificada no sistema brasileiro, para, então, explorar sua aplicação, tendo como foco o Supremo Tribunal Federal.

Quando se fala em corrupção em sentido *lato sensu*, muitos delitos são apontados como representativos da questão⁴⁰³, porém, tendo em vista os acórdãos a serem analisados, que se referem à imputação do delito de corrupção passiva, o estudo é centrado, especificamente, no crime do *caput* do artigo 317⁴⁰⁴ do Código Penal pátrio, que, apesar de permanecer com a

⁴⁰² Por todos: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de justiça federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.118, pp.299-329, 2016; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A ilusória democratização do (pelo) controle penal. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora (Orgs.). **Construindo as criminologias críticas**: a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp.289-323.

⁴⁰³ Ver: GÓMEZ DE LA TORRE; FABIÁN CAPARRÓS, op. cit. Nas palavras de Roberto Levianu: “No Direito Brasileiro, especificamente no Código Penal, a matéria sobre corrupção ativa e passiva está prevista, respectivamente, nos artigos 333 e 317, sendo certo que esta legislação data de 1940, quando ainda não se vislumbrava o alcance da corrupção, com nível internacional, daí as formas restritivas que estão ali adotadas”. (LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal**: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp.177-178).

⁴⁰⁴ “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 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. §1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. §2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”. (BRASIL. Decreto-Lei nº

mesma redação desde a reforma de 1940⁴⁰⁵, ainda é objeto de grandes discussões sobre os pressupostos para sua caracterização.

Acerca de tal controvérsia, Teixeira e Greco afirmam existir uma “total desorientação a respeito da corrupção em suas diversas manifestações”, demandando esforço no sentido de precisar a natureza do injusto penal⁴⁰⁶. O artigo é elaborado por meio da comparação entre o sistema jurídico-penal brasileiro e alemão, que possui tipo específico para a corrupção de detentores de mandato político, para a corrupção de servidores públicos e para a corrupção privada⁴⁰⁷. Nesse contexto, após construírem um panorama sobre as discussões mais recentes acerca do assunto tanto no Brasil quanto na Alemanha, os autores enfatizam que, em nenhum dos dois países,

consegue-se vislumbrar uma linha clara por trás das diversas tomadas de posição [...]. Na verdade, as manifestações encontradas na discussão mais se assemelham a um emaranhado de argumentos *ad hoc*, no quais não faltam moralismos ou mesmo messianismos, ao lado de considerações pragmáticas de natureza rasteira⁴⁰⁸.

Nesse cenário, apresenta-se o desafio de delinear o conteúdo desse injusto, que reside, “de forma central, numa certa atividade, que se serve de um meio bastante específico, qual seja, a vantagem”⁴⁰⁹. Os professores, com base na ideia da corrupção como perversão da coisa pública em benefício privado (corrupção simples) ou desrespeito, condicionado a um recebimento de vantagem, à legalidade do serviço público (corrupção com infração funcional), estruturam a categoria do “pacto do injusto”, que representa o cerne desses delitos⁴¹⁰. Assim conceituam-na:

Na corrupção simples, a irregularidade na combinação entre exercício do serviço e vantagem reside no atrelamento do público com o privado. Isso quer dizer, vantagens

2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 7 dez. 1940. Disponível em: <https://tinyurl.com/del2848br>. Acesso em: 11 ago. 2022).

⁴⁰⁵ Alamiro Velludo destaca que a reforma promovida em 1940 modificou substancialmente as fórmulas estabelecidas nos diplomas anteriores datados do século XIX. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. **Revista dos Tribunais**, v.933, pp. 47-59, 2013). A esse propósito, explicita o autor: “O ponto principal que aqui se quer destacar é a maior amplitude atingida pela incriminação atual. Nos dizeres de Bidino e Melo, nos diplomas pretéritos a ocorrência do crime sempre dependeu de dois requisitos: (a) da bilateralidade entre corrupção ativa e passiva e (b) da identificação de um determinado ato de ofício como objeto da mercancia entre o funcionário público e particular”. (SALVADOR NETTO, op. cit., 2013, p.52).

⁴⁰⁶ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.159.

⁴⁰⁷ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.160. Os autores ainda explicitam os tipos penais referentes à corrupção no setor da saúde, à corrupção privada e à corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

⁴⁰⁸ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.165.

⁴⁰⁹ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.167.

⁴¹⁰ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.170.

que se movem no plano do público não são capazes de caracterizar o pacto de injusto. Apenas a combinação com vantagens privadas, para o próprio funcionário ou para terceiros, constitui corrupção simples. [...]. De outro lado, como o injusto da corrupção com infração funcional encontra-se na violação condicionada por vantagem da legalidade do serviço público, o respectivo pacto de injusto não exige um componente normativo que vá além dessa relação lógica. Toda combinação entre vantagem e ação funcional ilegal constitui um pacto de injusto no sentido da corrupção com infração funcional⁴¹¹.

Somado a isso, para a concretização do pacto, é relevante a contraprestação dada ou oferecida pelo funcionário público, pois “o pacto do injusto não se completa se a vantagem é concebida apenas em razão da posse ou da titularidade do cargo”⁴¹², sendo necessária a combinação desse benefício com o exercício da função⁴¹³. Quanto ao ponto, sob o ponto de vista dos autores, embora não seja necessário um ato de ofício concreto e individualizado, “a contrapartida da vantagem deve referir-se às funções que o funcionário efetivamente exerce”⁴¹⁴. A partir dessas reflexões, esboça-se uma interpretação mínima dos crimes de corrupção no sistema penal brasileiro, destacando-se: i) o tipo de corrupção passiva tem redação mais ampla do que o tipo de corrupção ativa, pois, diferentemente desta, aquela pressupõe apenas a solicitação ou recebimento, por parte do servidor, da vantagem indevida em razão da função, ainda que fora dela ou antes de assumi-la, “ou seja, não é mais pressuposto da corrupção passiva, como o era em nossos códigos anteriores, que a vantagem se combine com um ato de ofício do funcionário público”⁴¹⁵; ii) apesar de não ser imprescindível tal requisito, “deve-se exigir ao menos que a vantagem seja oferecida, prometida ou concedida com vistas de influenciar ou remunerar o exercício da função por parte do servidor”, pois, como visto, o pacto do injusto somente se concretiza com, no mínimo, a possibilidade de contraprestação (“em razão do exercício do cargo”).

Esses desafios para a definição do delito também são abordados por Renato Silveira e Beatriz Camargo, que alertam para as mudanças interpretativas feitas ao longo do tempo, fato que, na leitura deles, é consequência de uma tentativa de redução da assimetria entre o “que a

⁴¹¹ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., pp.170-171.

⁴¹² GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.172.

⁴¹³ Os autores veem a reforma do Código Penal alemão de 1997 como marco de um afrouxamento do pacto do injusto, visto que, anteriormente, este mencionava expressamente a necessidade do ato de ofício. (GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.172).

⁴¹⁴ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.173. Nessa mesma página, os autores citam o seguinte exemplo: “entre vários concorrentes para alugar um apartamento, o locador escolhe um professor universitário como locatário, justamente em razão da distinção representada por seu cargo como docente de uma universidade pública. Não se pode dizer, contudo, que a vantagem concedida (o contrato de locação) tem alguma conexão com o exercício da função do professor, ou seja, com o ensino ou com a pesquisa. Não se perfez, portanto, o pacto de injusto, não há corrupção”.

⁴¹⁵ GRECO; GUIMARÃES, op. cit., p.183.

lei penal proíbe como crime e aquilo que se critica como prática socialmente danosa segundo os ditames do discurso público”⁴¹⁶. As considerações sobre tal aspecto são feitas com base na modificação do posicionamento externado nas Ações Penais nº 307/DF e 470/MG, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, visto que, nesta última, passou-se a assumir a categoria do ato de ofício em potencial, “bastando demonstrar o potencial comprometimento da isenção e imparcialidade do agente no exercício da função pública por meio do recebimento de vantagem indevida”⁴¹⁷. Na mesma linha de Greco e Teixeira, os professores põem como núcleo fundamental a existência do pacto do injusto, que envolve a mercancia do cargo público. A esse propósito, sintetizam:

Por isso, seria mais adequado dizer que o crime de corrupção se deixa compreender antes a partir de uma relação de triangularidade ao invés de uma relação bilateral entre corruptor e corrompido. Nessa triangulação, o “pacto” entre o corrompido e o corruptor é “injusto” precisamente na medida em que significa uma quebra de fidelidade do agente público na devida representação dos interesses do estado, o que é feito em prol do benefício exclusivo do corruptor⁴¹⁸.

Diante do observado, atestam que a jurisprudência nacional caminhou no sentido de não exigir um ato de ofício específico como objeto do pacto do injusto, de modo a afirmar suficiente o nexos causal entre a vantagem e as atribuições do funcionário público⁴¹⁹. Na mesma trilha, Alamiro Velludo ressalta a controvérsia a respeito da indispensabilidade, ou não, da existência do ato de ofício – isso porque, a depender da resposta oferecida, confere-se maior objetividade ou subjetividade à interpretação dos elementos essenciais ao delito. Para o autor, a segunda opção possui um importante componente moral, pois “a mensagem transmitida é aquela que proíbe o funcionário público de receber qualquer dádiva pelo fato de ser funcionário, independentemente do eventual nexos estabelecido entre a benesse e alguma atuação”⁴²⁰. Nesse contexto, a partir das manifestações realizadas no bojo da Ação Penal nº 470/MG – com o fim de garantir maior proteção à dimensão da moralidade da administração pública – observa-se uma maior aproximação com a corrente subjetivista, sendo necessário apenas um potencial ato de ofício, “trilhando um entendimento que tende a aperfeiçoar a peita exclusivamente pelo recebimento da vantagem em razão do cargo”⁴²¹, de modo que, “levando tal aspecto ao limite,

⁴¹⁶ SILVEIRA; CAMARGO *Op. cit.*, p.57.

⁴¹⁷ SILVEIRA; CAMARGO *Op. cit.*, p.59.

⁴¹⁸ SILVEIRA; CAMARGO *Op. cit.*, p.62.

⁴¹⁹ SILVEIRA; CAMARGO *Op. cit.*, p.63.

⁴²⁰ SALVADOR NETTO, *op. cit.*, 2013, p.57.

⁴²¹ SALVADOR NETTO, *op. cit.*, 2013, p.59.

poder-se-ia dizer que a mensagem que se quis transmitir foi a de que parlamentares não podem receber dinheiro em razão do cargo, ainda que inexista – ou não se comprove – um liame direito com a votação, v.g., do projeto de lei A ou B”⁴²². Ainda assim, defende indiscutível a definição no sentido de ser necessário que o “servidor e o particular almejem a prática de atos relacionados com a função exercida pelo *intraenus*”⁴²³, flexibilizando-se somente o nível de concretude e individualização deles.

Raquel Branquinho, em sua dissertação, ao concluir pela possibilidade de se compatibilizar o delito tipificado pelo *caput* do artigo 317 do Código Penal com a “compra de boas relações”, enfatiza categoricamente que o ato de ofício não constitui elemento normativo do tipo, definindo-o como mera

decorrência lógica da finalidade do acordo, do sinalagma estabelecido entre o agente corruptor e o agente público corrupto em razão da função pública. Há situações em que estará, de plano, configurado e a acusação poderá descrevê-lo. Em outras, não, desde que se possa indicar um ato potencialmente realizável na esfera de atribuições do *intraneus*⁴²⁴.

A autora consubstancia essa leitura nos valores e princípios da Constituição Federal, visto que

tem por objetivo tratar com maior rigor a conduta ilícita do agente público, daquele que tem o dever de lealdade em relação ao Estado e à sociedade, havendo um grau de exigência bem maior para que atue de forma proba, honesta, impessoal, de acordo com os princípios constitucionais, notadamente aqueles previstos no *caput* do artigo 37 da CF [...]. A postura do servidor em intencionalmente deixar-se cooptar e, assim, agir ou deixar de agir motivado por interesses outros que não o cumprimento do seu dever dentro das regras legais, éticas e morais da administração pública é o que caracteriza a violação do bem jurídico defendido por essa norma penal⁴²⁵.

Para além dos trabalhos acima referenciados, também se mostra importante o estudo sobre as definições trazidas nos manuais de direito penal brasileiro, já que são fontes bibliográficas reiteradamente utilizadas na fundamentação dos julgadores. Conforme ensinam Prando e Escóssia, “os Manuais de Direito Penal [...], como instrumentos de poder cultural que concorrem para a normalização do saber penal, permitem compreender o estado de

⁴²² SALVADOR NETTO, op. cit., 2013, p.59.

⁴²³ SALVADOR NETTO, op. cit., 2013, p.64.

⁴²⁴ NASCIMENTO, Raquel Branquinho P.M. **Corrupção passiva e ato de ofício no ordenamento jurídico criminal brasileiro**. 2021. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2021. p.115.

⁴²⁵ NASCIMENTO, op. cit., pp.110-115.

desenvolvimento dos institutos dogmáticos que são reproduzidos nos argumentos de autoridade da prática judicial”⁴²⁶.

Para esta análise documental, foram, inicialmente, selecionados livros dos autores indicados na ementa da matéria de *Direito Penal 2* da Universidade de Brasília⁴²⁷: Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Edgard Magalhães Noronha, Celso Delmanto, Júlio Fabrini Mirabete e Damásio de Jesus. Ademais, acrescentaram-se à amostra os autores Cezar Roberto Bittencourt, Luiz Regis Prado e Guilherme de Souza Nucci.

Nelson Hungria, antes de definir delito de corrupção passiva, faz interessante ponderação sobre a distância entre a previsão normativa e sua efetividade, o que, a seu ver, decorre “menos pela dificuldade de provas do que pela razão do Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições”, sendo, inclusive, um problema de todos os tempos⁴²⁸. Em sua obra, o doutrinador assenta as seguintes conclusões: i) o crime de corrupção passiva prescinde da corrupção ativa; ii) é irrelevante a ilicitude do ato funcional para sua configuração; iii) o sujeito ativo basta exercer, ainda que acidentalmente, uma função pública; iv) é possível a punição da corrupção subsequente⁴²⁹; v) é crime formal e vi) a vantagem deve ter caráter patrimonial⁴³⁰. Já especificamente quanto ao ato de ofício objeto do acordo, elemento, a seu ver, essencial para o crime, assevera: “o ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do *intraneus*, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração”⁴³¹.

Fragoso, na linha de Hungria quanto ao caráter formal da infração criminosa, às características do sujeito ativo, à prescindibilidade da natureza ilícita do ato e ao objeto da tutela jurídica (prestígio da administração pública e a autoridade pública)⁴³², ensina que “constitui

⁴²⁶ A esse respeito, ver: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.136, p.16, 2017.

⁴²⁷ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Direito Penal 2*. Disponível em: <https://tinyurl.com/22jmhs6h>. Acesso em: 17 out. 2022.

⁴²⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. pp.364-365.

⁴²⁹ Em sua obra, o autor traz a conceituação de corrupção antecedente e subsequente. A primeira “ocorre quando a recompensa é dada ou prometida em vista de uma ação ou omissão futura, e a segunda quando se refere a uma ação ou omissão pretérita”. (HUNGRIA, op. cit., 1959, p.369). A título de exemplo, o pesquisador expõe: “mesmo a recompensa não ajustada antes do ato ou omissão do *intraneus* pode ter sido esperada por este, sabendo ele que o *extraneus* é homem rico e liberal, ou acostumando a gratificar quem o serve”. (HUNGRIA, 1959, op. cit., p.369).

⁴³⁰ HUNGRIA, op. cit., 1959, pp.367-371.

⁴³¹ HUNGRIA, op. cit., 1959, p.371.

⁴³² Diverge quanto ao caráter patrimonial da vantagem e à possibilidade da tentativa. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial (arts. 213 a 359). v.2, rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988. pp.439-440).

corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício”⁴³³. Além do mais, assevera obrigatório o nexo entre a vantagem e o exercício da função pública, bem como a presença do ato de ofício individualizado. Em suas palavras:

A ação que a lei incrimina consiste em solicitar (pedir) ou receber (aceitar) vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. A ação deve necessariamente relacionar-se com o exercício da função pública que o agente exerce ou virá a exercer (se ainda não tiver assumido), pois é próprio da corrupção que a vantagem seja solicitada em troca de um ato de ofício. O agente aqui mercadeja com sua função [...]. Deve, todavia, o ato ser da competência do agente ou estar relacionado com o exercício da sua função, pois, caso contrário, o crime a identificar-se será outro [...]. O crime está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo⁴³⁴.

Edgard Magalhães Noronha, em trilha semelhante à de Fragoso quanto ao demais pontos, assinala que “é preciso, entretanto, que qualquer uma das ações traduza comércio da função”⁴³⁵, devendo “haver relação entre o ato executado ou a executar e a coisa ou utilidade, pelo menos, uma proporção mínima entre eles”⁴³⁶. Em seguida, completa: “deve o ato ser da competência do funcionário, pois a contraprestação ao pagamento é veiculada pela função e, pois, o ato deve caber no âmbito desta”⁴³⁷. A esse respeito, o autor lança o questionamento: “se a vantagem é relativa a um ato não atinente ao ofício?”⁴³⁸, então, com base nas lições de Valdemar César da Silva Vieira, responde que, “em tal hipótese, não ocorre o delito [...]”. Se o funcionário público executa outros atos, não inerentes ao próprio ofício, mesmo quando a sua qualidade facilite tal cumprimento ou execução, falha definitivamente um dos extremos legais constitutivos do crime de corrupção passiva”⁴³⁹.

Damásio de Jesus reverbera as concepções dos autores acima: sob sua ótica, a corrupção passiva é uma forma de “‘mercancia’ de atos de ofício que devem ser realizados pelo funcionário”⁴⁴⁰, de modo que “deve haver um nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização do ato funcional. Caso contrário, inexistirá o delito questionado,

⁴³³ FRAGOSO, op. cit., 1988, p.436.

⁴³⁴ FRAGOSO, op. cit., 1988, p.438.

⁴³⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. v.4. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p.256.

⁴³⁶ NORONHA, op. cit., 1981, p.258.

⁴³⁷ NORONHA, op. cit., 1981, p.258.

⁴³⁸ NORONHA, op. cit., 1981, p.258.

⁴³⁹ NORONHA, op. cit., 1981, p.258.

⁴⁴⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial – crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 206.

podendo surgir outro”⁴⁴¹. Bittencourt também assinala a imprescindibilidade de que “a ação do funcionário seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce”⁴⁴². Desse modo, o autor entende “necessário que qualquer das condutas [...] seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva”⁴⁴³.

Luiz Regis Prado, por sua vez, embora retire o ato de ofício dos elementos essenciais ao tipo, assinala a necessidade de, minimamente, vislumbrá-lo, devendo ser possível deduzir “com clareza qual a classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida – isto é, a natureza do objeto da corrupção”⁴⁴⁴. Além disso, “exige-se, ainda, como pressuposto do delito em exame, que o ato em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público, visto que a tipicidade se cinge justamente ao tráfico da função”⁴⁴⁵. Esse raciocínio é acompanhado por Mirabete:

É indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a prática do ato tenha relação com a função do sujeito ativo (*ratione officii*). O ato ou abstenção a que se refere a corrupção deve ser da competência do funcionário, isto é, deve estar compreendido nas suas especificadas atribuições funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. Além disso, o pagamento feito ou prometido deve ser a contraprestação de ato de atribuição do sujeito ativo. Não se tipifica a infração se a vantagem desejada pelo corruptor não é da atribuição e competência do funcionário⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ JESUS, op. cit., p.207.

⁴⁴² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos – arts. 312-359-H e Lei nº 10.028/2000. v.5. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021b. p.53.

⁴⁴³ BITTENCOURT, op. cit., 2021b, p.53. Nessa oportunidade, o autor faz remissão a um paradigmático caso julgado pela Suprema Corte norte-americana, *McDonnell v. United States*, em que foi anulada a condenação por corrupção passiva do ex-governador da Virgínia Bob McDonell. No tocante ao caso, tem-se que a legislação estadunidense proíbe autoridades públicas de praticar – ou prometer – atos oficiais em troca de valores. Contudo, observou-se que as instruções dadas aos jurados não foram esclarecedoras quanto à imprescindibilidade desse ato oficial para caracterização do delito. Então, ignorou-se o pedido defensivo de que o fato imputado ao ex-governador – pedido para que a Universidade Pública e órgãos públicos ajudassem a promover o suplemento dietético Anatabloc, da empresa do seu amigo Jonnie Williams, Star Scientific, isso depois de ter recebido presentes luxuosos e dinheiro em espécie do empresário – não era um ato oficial. Sobre o assunto: MURPHY, Christopher. **McDonnell v. United States**: defining “official action” in public corruption law. Washington, D.C.: Duke J. Const. L. & Pub. Pol’y Sidebar, 2016.

⁴⁴⁴ PRADO, op. cit., 2021, p.1.181.

⁴⁴⁵ PRADO, op. cit., 2021, p.1.181.

⁴⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial – arts. 235 a 361 do CP. v.3. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2021. p.335.

Numa interpretação mais ampla sobre o nexa entre a função pública e a vantagem, Guilherme de Souza Nucci, após destacar a reprovabilidade moral da corrupção e perfilhar o fim do foro privilegiado, principalmente por ser a impunidade o sólido alicerce da primeira⁴⁴⁷, defende que a omissão ou ação, nem mesmo em potencial, é requisito para a configuração do delito, sendo punível qualquer percepção de vantagem em razão apenas da titularidade da função desempenhada. Sua compreensão é resumida na seguinte passagem:

A corrupção passiva, como explicamos na nota anterior, pode ter por finalidade apenas deixar o funcionário receptivo a futuros pedidos. Não é preciso que o corruptor entregue a vantagem ao funcionário para a prática ou omissão de ato de ofício naquele momento. Qualquer percepção de benefício inadequado pelo servidor configura lesão à moralidade administrativa, representando a concretude do crime de corrupção passiva⁴⁴⁸.

Nessa mesma esteira, para Celso Delmanto, caracteriza-se o crime “ainda que as ações ou omissões indevidas estejam fora das atribuições formais do funcionário público”⁴⁴⁹, devendo apenas a conduta “sempre estar atrelada à função pública do agente”⁴⁵⁰.

Os artigos e os manuais suprarreferenciados demonstram o complexo caminho para a conceituação criminal da corrupção passiva, e a razão para isso não é uma só: primeiro, pode-se apontar a própria redação do tipo penal, que relaciona a vantagem ao “em razão da função” – não se menciona ato de ofício, não se menciona “em razão do exercício da função”; limita-se ao “em razão da função”, o que abre portas para interpretações das mais diversas, como visto. Ora se compreende que esse elemento denota a necessidade do ato de ofício concreto e individualizado, ora se compreende que basta a potencialidade deste e, por fim, ora se compreende que ele sequer deve existir, bastando a titularidade da função pública. O efeito disso é maior espaço para a atuação judicial, permitindo que ela transite por tais conceitos sob uma roupagem dogmática com base nas referidas obras, mas sem mais preocupações com o conteúdo da legalidade e com limites dele decorrentes. Segundo: a corrupção, especialmente a

⁴⁴⁷ “Por vezes, a corrupção não provoca grandes danos patrimoniais, mas, inequivocamente, gera prejuízos morais. Pode-se dizer que a moral difere do direito, uma verdade, mas, no cenário da corrupção, ambas se mesclam de maneira impressionante. Quem não tem pudor em ficar com o troco de uma venda (por vezes, algumas moedas), esquecido pelo cliente, já se mostra corrupto, embora se vislumbre a pequenez do dano patrimonial [...]. O sólido alicerce da corrupção é a impunidade. Se o Estado quiser, realmente, combater esse ilícito, deve dispor-se a cortar a própria carne, em primeiro lugar, dando o exemplo. Para dar mostra de sua vontade em se contrapor à corrupção, deve-se extinguir o foro privilegiado”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial** – arts. 213 a 361 do Código Penal. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 448).

⁴⁴⁸ Nucci, op. cit., p.451.

⁴⁴⁹ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p.834.

⁴⁵⁰ DELMANTO et al., op. cit., p.834.

política, é tema que remete à moralidade das práticas sociais e, como disseram Silveira e Côrrea, envolve o conflito entre o normativamente previsto e “aquilo que se critica como prática socialmente danosa segundo os ditames do discurso público”⁴⁵¹.

Como consequência, os discursos judiciais, ao aplicarem o tipo penal, muitas vezes, “mais se assemelham a um emaranhado de argumentos *ad hoc*, no quais não faltam moralismos ou mesmo messianismos, ao lado de considerações pragmáticas de natureza rasteira”⁴⁵². Essa conclusão, como visto no capítulo, decorre de um fortalecimento do sistema jurídico como principal seara de responsabilização, em que o uso de fundamentos pertencentes a outros campos do saber em detrimento da lei e de métodos interpretativos abertos é parte dos pronunciamentos formalizados. Diante disso, desvela-se a importância do estudo acerca das decisões judiciais referentes ao suposto cometimento de tal crime, utilizando, nesta dissertação, como recorte metodológico os acórdãos das ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵¹ SILVEIRA; CAMARGO, op. cit., p.57.

⁴⁵² GRECO, GUIMARÃES, op. cit., p.165.

CAPÍTULO 4

O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Considerações preliminares

Conforme observado, a corrupção pode ser descrita em termos socioeconômicos, culturais, éticos, morais, políticos e jurídicos, de maneira que nenhum deles representa a única leitura possível. No tocante à sua manifestação no direito e na política, a imbricação é tamanha a ponto de ocasionar uma desmedida invasão de um noutro, isto é, o direito passa a ser lido como a política e a política passa a ser lida como o direito, de modo a anular as particularidades concernentes a cada uma das searas. Nesse passo, analisou-se como a política foi tratada no e pelo Poder Judiciário, constatando discursos pautados pelo uso de métodos interpretativos principiológicos e de categorias semanticamente abertas, proceder voltado à concretização do texto constitucional e de direitos fundamentais. Enunciou-se, então, o problema decorrente do transporte desse procedimento ao âmbito criminal, na medida em que ele é a exata expressão da restrição de garantias, mormente a liberdade, exigindo, nessas situações, uma interpretação calcada na legalidade estrita e contrária à ampliação dos significados.

Por fim, especificamente sobre o delito objeto deste trabalho, destacou-se a controvérsia acerca da necessidade, ou não, do ato de ofício, que viabiliza a adoção de concepções mais objetivas ou subjetivas, a depender da resposta. É diante desse contexto que, agora, passa-se ao exame dos acórdãos formalizados, em três momentos distintos, do Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações penais originárias, na quais imputado o referido crime. Desse modo, objetiva-se verificar não apenas a conceituação consignada, mas os fundamentos para isso articulados.

O estudo desses acórdãos foi guiado pelas diretrizes indicadas por Guilherme Forma Klafke em seu artigo *Os acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas*⁴⁵³, sobretudo no que se refere à quarta dimensão da análise: a “atenção aos conceitos-chave presentes em um texto e avaliar sua importância e seu sentido, segundo o contexto preciso em que eles são empregados, bem como examinar o desenvolvimento do argumento, as partes principais da argumentação, o plano do texto”⁴⁵⁴.

⁴⁵³ KLAFFE, Guilherme Forma. Os acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas (Brazilian Supreme Court's decisions as research documents and their distinctive characteristics). **FGV Direito SP**: Law School Legal studies research paper series, v.132, pp.1-30, 2015.

⁴⁵⁴ KLAFFE, op. cit., p.8.

Neste capítulo, serão expostos os fundamentos e as controvérsias relevantes observados nos julgamentos. A peregrina aplicação das premissas delineadas nos capítulos anteriores será realizada nas considerações finais, a fim de não repetir em demasia o constatado.

4.2 Ação Penal nº 307/DF

Nesta ação penal, o delito de corrupção passiva foi imputado, em concurso de pessoas, aos acusados Fernando Affonso Collor de Mello (primeiro acusado), Paulo César Cavalcante Farias (segundo acusado) e Cláudio Francisco Vieira (terceiro acusado). As condutas foram resumidas em sua ementa da seguinte forma:

1. Crimes de corrupção passiva (art. 317, *caput*) atribuídos, em concurso de pessoas, ao primeiro, ao segundo e ao terceiro acusados, e que, segundo a denúncia, estariam configurados em três episódios distintos: solicitação, de parte do primeiro acusado, por intermédio do segundo, de ajuda, em dinheiro, para a campanha eleitoral de candidato a Deputado Federal; gestões desenvolvidas pelo primeiro acusado, por intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, junto à direção de empresas estatais, com vistas à aprovação de proposta de financiamento de interesse de terceiros; e nomeação do Secretário Nacional dos Transportes em troca de vultosa quantia que teria sido paga por empreiteira de cuja diretoria participava o nomeado, ao segundo acusado, parte da qual teria sido repassada ao primeiro⁴⁵⁵.

Conforme consta no relatório, “no período compreendido entre a data da posse como Presidente de República e o mês de junho de 1992”⁴⁵⁶, o então presidente da República teria recebido, “em razão do exercício do referido cargo, vantagens indevidas, consistentes em depósitos efetuados em conta bancária, mantida em nome de sua secretária Ana Acioli, e em pagamentos diretos de contas de sua responsabilidade”⁴⁵⁷. Os fatos que substanciavam foram: i) a nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de secretário nacional dos Transportes; ii) atos de gestão promovidos pelo primeiro acusado, por intermédio do secretário-geral da Presidência da República, embaixador Marcos Coimbra, junto à Petrobras, no sentido de que fosse concedido um financiamento de combustível, pela estatal, à Vasp e iii) solicitação, por intermédio do segundo acusado, da quantia de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros) à empresa Mercedes Benz, destinada à campanha política de Sebastião Curió, candidato à Câmara

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307/DF. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.1.

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307/DF. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.8.

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307/DF. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.8.

dos Deputados.

Em sua manifestação oral, ao pugnar pela condenação, o ex-procurador-geral da República frisou que, diferentemente do Código Penal italiano, não havia no Código Penal brasileiro “a exigência de vantagem solicitada para praticar algum ato de ofício ou deixar de praticá-lo”⁴⁵⁸, repisando, na sequência, os pronunciamentos dos ministros Néri da Silveira e Celso de Mello quando do recebimento da denúncia. Afirmou o representante do órgão ministerial, nessa ocasião:

Tenho muito medo, Sr. Presidente, de que se essa exigência que não consta da lei passe a existir para a caracterização do crime de corrupção passiva. Qual de nós, que militamos na Justiça como servidores públicos, seria capaz de não se sentir criminoso e de não se incluir no tipo penal como réu se sustentados por qualquer empresa, ainda que nada dela estivesse em julgamento ou pendente de julgamento em qualquer Corte ou no Ministério Público?⁴⁵⁹.

Esses argumentos não foram acolhidos pelo ministro relator Ilmar Galvão, pois, a seu ver, para se verificar o “crime de corrupção passiva, não basta que a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício da função [...]. Indispensável se torna a existência de nexos de causalidade e realização de ato de ofício de sua competência”⁴⁶⁰. Seu posicionamento é ancorado nas lições citadas de Nelson Hungria e Heleno Fragoso, bem como nos pareceres feitos por Eugenio Raul Zaffaroni e Julio Fabrinni Mirabete sobre o caso específico.

Especificamente quanto a este último documento, a argumentação acerca da imprescindibilidade do ato de ofício é feita, inicialmente, a partir da interpretação topográfica do tipo, asseverando “uma afronta à lógica [...] que seja ele indispensável no crime qualificado e no ilícito privilegiado e não no tipo básico”⁴⁶¹, mas também refuta o fundamento de que a redação sequer menciona tal requisito, visto que “o legislador penal [...] fez menção expressa à conduta praticada em ‘razão’ da função pública, entendendo desnecessário que se fizesse referência, com redundância, ao ‘ato de ofício’”⁴⁶². Diante de tais ponderações, assenta o

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.60.

⁴⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.62.

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.90.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.95.

⁴⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.97.

parecer:

Assim, para configuração do crime do art. 317, do Código Penal, a atividade visada pelo suborno há de encontrar-se abrangida nas atribuições ou na competência do funcionário que a realizou ou se comprometeu a realizá-la, ou que, ao menos, se encontre numa relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo, assim acontecendo sempre que a realização do ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente⁴⁶³.

Essas são as premissas aplicadas pelo ministro Ilmar Galvão à situação concreta, examinando cada um dos três episódios acima listados. No tocante ao episódio envolvendo a companhia Vasp, frisou ele que “nenhuma referência há em torno da solicitação ou recebimento de vantagem, nem, tampouco, de ato funcional que, em troca, haja sido por ele prometido ou praticado”⁴⁶⁴. A esse respeito, anota o relator que as condutas atribuídas, em verdade, corresponderiam a interesses do Governo para alcançar a concretização de seu plano:

De outra parte, a interferência do Embaixador Coimbra no episódio, como se viu, limitou-se a um telefonema ao Presidente da Petrobrás e outro ao Presidente da Petrobrás Distribuidora, quando revelou o interesse do Governo no êxito do processo de privatização da VASP, atitude que não poderia ser vista como estranha em quem recém-instalado, cujo programa previa, integrava um Governo como uma das principais metas, a privatização de empresas públicas⁴⁶⁵.

Desse modo, julgou improcedente essa primeira acusação,

pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, quer na denúncia, quer nos autos, acerca de vantagem solicitada ou recebida pelo primeiro acusado, ou a ele prometida; e de não haver sido sequer apontado ato de ofício que teria sido prometido ou praticado pelo primeiro acusado, em favor da VASP ou de qualquer outro interessado⁴⁶⁶.

Já acerca do fato envolvendo a empresa Mercedes-Benz, novamente, atesta-se a ausência de qualquer ato viciado por parte do ex-presidente, bem como que as motivações consideradas espúrias são relacionadas à dinâmica político-econômica. Sobre este aspecto, ressalta-se o interesse da própria empresa na formação de uma bancada mais liberal no Congresso Nacional, vendo como positivo o patrocínio da campanha e o estabelecimento de

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.100.

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.124.

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.125.

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.126.

boas relações com o Governo, ante a ampla competência nele concentrada. Nas palavras do relator:

Não obstante haja o depoente admitido que a empresa em parte, devido ao medo de represálias providas do Governo e, conseqüentemente, ao desejo de estar bem com este, e, noutra parte, por estar interessada na política de liberalização da economia –, acedeu aos apelos do acusado PAULO CÉSAR FARIAS e decidiu colaborar para a campanha eleitoral de 1990, declarou o depoente que ela o fez sob a forma de custeio de despesas de aluguel de aviões e automóveis, de impressos e de pesquisa de opinião, em favor, não de candidatos determinados, mas genericamente para a campanha eleitoral de candidatos à Câmara Federal, onde, segundo PAULO CÉSAR FARIAS, o Governo pretendia ver formada uma forte bancada, para dar sustentação ao ideário de liberalização da economia⁴⁶⁷.

Em razão disso, também concluiu pela improcedência:

[...] a acusação de prática do crime de corrupção passiva, pelo ex-Presidente, pela mesma razão de que, por igual, nunca se teve por passível de configurar corrupção ativa à ajuda eleitoral prestada simplesmente como adesão a um determinado ideário político, ou como incentivo ao êxito de um certo programa de governo. Nele nem sequer se insinua que o acusado PAULO CÉSAR FARIAS agiu como emissário de solicitação de ajuda financeira, partida do ex-Presidente, em favor do candidato Sebastião Curió [...].

Foi ele, no entanto, categórico, ao afirmar que a ajuda eleitoral solicitada pelo acusado PAULO CÉSAR FARIAS se destinava ao financiamento de candidatos à Câmara Federal, com vistas à formação de uma forte bancada de apoio ao programa do Governo, havendo sido concedida em forma de prestação de serviços contratados a terceiros. A decisão deveu-se ao fato de os candidatos beneficiados consagrarem concepções liberais que iam ao encontro das idéias da empresa no Brasil [...].

Ainda, entretanto, que tivesse sido provado que o acusado PAULO CÉSAR FARIAS, ao procurar a Mercedes-Benz, o fizera em nome do ex-Presidente, mesmo assim, não se poderia ter por configurado o crime de corrupção passiva.

É que, em nenhum momento, houve sequer referência a ato de ofício, do Presidente da República, em favor da mencionada empresa ou de terceiros, que pudesse ser apontado como contrapartida da ajuda financeira solicitada ou recebida⁴⁶⁸.

Nessa esteira, reforçou, ainda mais, os motivos do seu voto:

[...] a denúncia, quanto ao fato MERCEDES-BENZ/CURIÓ, nem sequer tinha condições de ser recebida, já que foi omissa na descrição de elemento essencial à configuração do crime, qual seja o ato de ofício objeto da transação com a autoridade de Presidente da República, exercida pelo primeiro acusado [...].

Trata-se, portanto, de denúncia não apenas divorciada do substrato probatório, mas sobretudo inepta, no que tange aos fatos ligados à MERCEDES-BENZ, por omissão de aspectos essenciais à descrição do crime de corrupção passiva, sendo de registrar-se que não houve, de parte do Ministério Público Federal, no curso do processo, qualquer iniciativa no sentido de sanar a omissão, por meio de aditamento, nem, ao menos, a preocupação de comprovar a promessa de realização ou a prática, pelo primeiro acusado, de algum ato específico inserido na sua competência, enquanto

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307/DF. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.143.

⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307/DF. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. pp.144-152.

Presidente da República, ou decorrente de sua destacada posição no plano da Administração Pública, capaz de ser identificado como contrapartida da ajuda financeira prestada pela empresa⁴⁶⁹.

Por fim, sobre a nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de secretário nacional dos Transportes como contraprestação ao recebimento de 15 milhões de cruzeiros, concluiu que “a nomeação em tela, conforme atestado pelas pessoas ouvidas, não resultou do simples exercício do poder discricionário de que, para tal, dispunha o Presidente da República, havendo, ao revés, passado por um processo relativamente complexo”⁴⁷⁰, que contou com a aprovação do nome pelo ministro do Transporte e pelo vice-presidente da República, Itamar Franco. Fato que, somado à plausibilidade da tese defensiva e em respeito ao princípio da presunção de inocência, desvelava quadro de autorizada absolvição:

Não restou demonstrado, portanto, que a nomeação de Marcelo Ribeiro foi objeto da negociação financeira mencionada na denúncia, nem, tampouco, que de parte do ex-Presidente da República fora solicitada qualquer vantagem à empresa TRATEX ainda que por intermédio do acusado PAULO CÉSAR FARIAS [...]. Aliás, certamente diante da impossibilidade de comprovar a grave acusação, a denúncia, a rigor, em nenhum momento afirmou haver o ex-Presidente solicitado ou recebido da TRATEX, direta ou indiretamente, qualquer vantagem em troca da nomeação de Marcelo Ribeiro, limitando-se a dizer que a nomeação foi feita por indicação do acusado PAULO CÉSAR FARIAS para, em seguida, registrar que este, um mês depois, recebeu da empresa a quantia mencionada⁴⁷¹.

Ao acompanhar o ministro relator, o ministro Moreira Alves sintetizou as discussões sobre o delito de corrupção passiva em dois pontos: i) a necessidade, ou não, da identificação precisa do ato de ofício oferecido ou esperado como contraprestação da vantagem indevida solicitada e ii) a absorção, ou não, da modalidade solicitar pela modalidade de receber, visto que aquela é etapa anterior a esta, revelando bilateralidade⁴⁷². A respeito da primeira controvérsia, há alguns aspectos semelhantes ao voto da relatoria, principalmente quanto às obras citadas, com destaque para a de autoria de Nelson Hungria e para o parecer de Julio Fabrinni Mirabete. Com base nessas lições, ponderou o julgador: “Isso implica dizer, evidentemente, que na solicitação da vantagem indevida tem de haver referência ao ato ou à

⁴⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. pp.152-153.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.168.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. pp.168-169.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.339.

abstenção objeto da corrupção, até para se verificar se se encontram eles, ou não, na competência do solicitante”⁴⁷³. Em seu voto, ressaltou a fragilidade das provas acusatórias e a uniformidade dos depoimentos confirmatórios da tese defensiva, sempre, concluindo pela ausência de comprovação de qualquer ato relacionado à dita vantagem:

Não há, assim, prova alguma de que PAULO CÉSAR FARIAS, como intermediário de FERNANDO COLLOR, tenha solicitado vantagem indevida (quinze milhões de cruzeiros) para a nomeação de MARCELO RIBEIRO, e, posteriormente, nomeado este, haja recebido a quantia indicada para a prática desse ato de nomeação. A denúncia, aliás, como já acentuei anteriormente, é imprecisa, justamente porque não tinha elementos para explicar como ocorrera o crime de corrupção passiva. E esses elementos não surgiram durante toda a instrução criminal. É certo que a EPC recebeu da TRATEX quinze milhões de cruzeiros a título de serviços prestados por ela àquela empresa. Mas não há prova de que esse recebimento tenha sido feito em troca da nomeação de MARCELO RIBEIRO. [...]. Para a comprovação desse crime de corrupção passiva, teria a Procuradoria-Geral da República de demonstrar que os CR\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de cruzeiros) que a TRATEX pagou à EPC não só não corresponderam à prestação de serviços de consultoria que PAULO CÉSAR FARIAS alega em seu interrogatório, [...], mas também – e principalmente – que eles foram a contrapartida da TRATEX à solicitação de FERNANDO COLLOR, por intermédio de PAULO CÉSAR FARIAS, dessa vantagem para a prática do ato de ofício. E esse nexa não foi provado⁴⁷⁴ (episódio 1).

[...]

Os fatos descritos na denúncia não se enquadram, evidentemente, no tipo penal relativo à corrupção passiva. Para essa configurar-se, é preciso que servidor público solicite ou receba, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida, ou aceite promessa de tal vantagem, para – como demonstramos anteriormente – a prática ou omissão de ato inerente à sua função, e, portanto, de sua competência. [...] Ao contrário, a solicitação descrita é a de um particular, em favor de outro particular, dirigida a servidor público sem lhe oferecer ou prometer qualquer vantagem, mas com empenho de superior hierárquico, que seria o Presidente da República, para obter daquele servidor público, que, aliás, não era competente para tanto, o atendimento de sua solicitação⁴⁷⁵ (episódio 2).

[...]

Ora, ao contrário do que afirma o Ministério Público Federal, não há nos autos prova alguma no sentido de que a solicitação à Mercedes-Benz da contribuição para a campanha de SEBASTIÃO CURTIÓ (Cr\$ 10.000.000,00) ou para a campanha em geral (Cr\$ 90.200.000,00) tenha sido feita por PAULO CESAR FARIAS em nome de FERNANDO COLLOR, como pessoa interposta deste. Como também não há qualquer prova de que a solicitação e o recebimento dessa contribuição tenham sido feitos para a prática ou omissão de ato de ofício que seria da competência de FERNANDO COLLOR⁴⁷⁶ (episódio 3).

O ministro Celso de Mello, a seu turno, antes mesmo de qualquer julgamento acerca das

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.346.

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. pp.370-371.

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.374.

⁴⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.384.

condutas, tece considerações sobre o significado ético das imputações – texto replicado nas ações penais seguintes –, que, a seu ver, são:

ações moralmente inescrupulosas e penalmente ilícitas que teriam culminado, a partir de um projeto criminoso por eles alegadamente concebido e executado, em verdadeiro assalto à Administração Pública, com graves e irreversíveis danos ao princípio ético-jurídico da probidade administrativa e com sério comprometimento da dignidade da função pública, além de lesão efetiva a valores outros, como os da fé pública e da administração da justiça postos sob a imediata tutela jurídica do ordenamento penal⁴⁷⁷.

Em seguida, defende a imprescindibilidade da descrição do ato de ofício para a configuração do delito de corrupção passiva, mas ressalva a possibilidade que este se encontre no campo da “perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições”, posicionamento a ser encampado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento posterior, como será analisado. Então, consigna:

[...] no que concerne à questão do ato de ofício como requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva, tal como vem este delito definido pelo art. 317, *caput*, do Código Penal, que dele não se pode prescindir no exame da subsunção de determinado comportamento ao preceito de incriminação constante da norma penal referida.

Sem que o agente, executando qualquer das ações realizadoras do tipo penal constante do art. 317, *caput*, do Código Penal, venha a adotar comportamento funcional necessariamente vinculado à prática ou à abstenção de qualquer ato de seu ofício – ou sem que ao menos atue na perspectiva de um ato enquadrável no conjunto de suas atribuições legais –, não se poderá, ausente a indispensável referência a determinado ato de ofício, atribuir-lhe a prática do delito de corrupção passiva⁴⁷⁸.

Nesse sentido, considera indispensável a existência de uma relação da conduta do agente – que solicita, recebe ou aceita a promessa da vantagem indevida – com a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício:

Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, *caput*, do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que se reveste esse requisito típico – à existência de um vínculo que associe o fato atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) com a perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício vinculado ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público⁴⁷⁹.

[...]

Sem a consideração de um ato de ofício – e sem que se possa vincular à conduta do agente, como referência subordinante de sua atuação, uma prática ou omissão

⁴⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.560.

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.564.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.565.

funcional, ou, ainda, a promessa de sua ocorrência, torna-se penalmente irrelevante, como consequência necessariamente derivada da ausência de tipicidade, o comportamento atribuído ao servidor público⁴⁸⁰.

Sobre o caso concreto, além de acompanhar o raciocínio do ministro relator, assinala a falta de amparo probatório, ainda que afastado o pressuposto da necessidade do ato de ofício, isso porque as provas apontadas derivaram quase exclusivamente do inquérito policial ou do inquérito parlamentar, sendo insuficientes para “justificar a prolação pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal”⁴⁸¹.

As ponderações acima foram compartilhadas pelo ministro Sydney Sanches, categórico ao afirmar que:

Posiciono-me, pois, entre os que exigem, para configuração do crime de corrupção passiva, de que trata o art. 317 do Código Penal brasileiro em vigor, a caracterização de ação ou omissão do funcionário público, contrariamente a seu dever de ofício, em retribuição às vantagens indevidas, efetivamente recebidas ou a ele simplesmente prometidas⁴⁸².

Em seu voto, alerta que compreensão diversa poder significar a punição quase irrestrita de todos aqueles que exercem uma função pública, bastando receber algo de alguém. Além disso, sublinha que o ato de ofício não precisa ser específico, mas, ainda assim, nem mesmo um “tratamento privilegiado direto ou indireto, dado ou prometido pelo ex-Presidente da República, a Mercedes-Benz, ficou sequer insinuado nos autos. Muito menos devidamente comprovado”⁴⁸³. As conclusões até aqui descritas foram também acolhidas pelo ministro Octávio Gallotti, sem acréscimos relevantes quanto aos argumentos⁴⁸⁴.

A divergência foi aberta pelo ministro Carlos Velloso, mas somente sobre o episódio envolvendo a Mercedes-Benz e cuja fundamentação é pautada na defesa de princípios da Administração Pública:

O que a lei penal brasileira pune, caracterizando como corrupção passiva, é o fato de o servidor público solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente,

⁴⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.566.

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.581.

⁴⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.635.

⁴⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.637.

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. pp.665-668.

com abuso da função pública que exerce, vantagem indevida, assim propina, o que propiciará ou poderá gerar a prática de ato em favor de quem deu ou prometeu a vantagem indevida ou a propina. Noutras palavras, a vantagem indevida, solicitação, prometida ou recebida, pressupõe atitudes em desfavor do interesse público, em desfavor da moralidade administrativa, a moralidade administrativa que a ordem constitucional quer protegida e resguardada, tanto que a erige objeto de proteção por meio da ação popular. (CF, art.52, LXXIII)⁴⁸⁵.

Ante essa moldura estabelecida, Velloso dá um exemplo que, a meu ver, delinea a amplitude da leitura por ele sugerida; todavia, para o ministro, seria necessária, sob pena de se inviabilizar a punição “dos corruptos de ‘colarinho branco’ ou de ‘*black tie*’”:

[...] o diretor do Departamento de Turismo de um certo Ministério insinua, por intermédio de interposta pessoa, que o hotel onde está hospedado poderá ser beneficiado ou prejudicado com a adoção de certas medidas que podem ser adotadas pelo Departamento de Turismo, ao tempo que informa que os hotéis costumam fornecer cortesias ao diretor, não lhe cobrando diárias. Tem-se, em tal caso, um ato de corrupção passiva. A vantagem foi solicitada com abuso da função pública. [...] ou se raciocina assim, ou não será possível, senão em casos de servidores subalternos, a punição dos corruptos, dos corruptos de “colarinho branco” ou de “*black tie*”⁴⁸⁶.

No feito em questão, o aspecto central suscitado pelo ministro para justificar a subsunção ao tipo penal é a ameaça, feita por parte do intermediador Paulo César Farias no ato da solicitação, de se fechar as portas do Governo à citada empresa, “dando a entender claramente que a empresa passaria a ter dificuldades no relacionamento com os órgãos públicos”⁴⁸⁷. Dessa forma,

Apesar de ser uma empresa idônea, tinha receio de represálias do governo, porque tinha um conhecimento notório de que mesmo uma empresa idônea pode ter seu trabalho dificultado pelo governo, já que depende deste para muitas coisas, tais como retardamento de processos e coisas do gênero. A atitude prejudicial do governo poderia ser dificultando a importação ou exportação, mas sem necessariamente através de uma mudança econômica⁴⁸⁸.

Assim, uma vez que a solicitação foi feita com abuso da função pública e atendida em razão do receio de represálias, consumou-se o delito de corrupção passiva.

A condenação foi também proposta pelo ministro Sepúlveda Pertence. A fundamentação

⁴⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.711.

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.714.

⁴⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.738.

⁴⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. pp.741-742.

desse julgador perpassa, primordialmente, a análise de direito comparado⁴⁸⁹ e o percurso histórico da incriminação da conduta, tendo como referência o disposto no Código Penal do Império:

Ao invés de aludir, como a quase a unanimidade das legislações estrangeiras, e como diziam todas as antigas legislações penais brasileiras, a que a vantagem indevida tivesse por objeto a “prática de ato de ofício” ou expressão semelhante, só reclama o Código brasileiro que ela seja solicitada, recebida ou prometida, em razão da função. A alteração – permitam-me repisar – é da maior eloquência⁴⁹⁰.

Nesse contexto, ao rebater o conteúdo dos pareceres jurídicos mencionados e ao discordar da doutrina nacional dominante acerca da indicação precisa do ato viciado, Pertence estabelece a seguinte moldura a ser aplicada no caso concreto:

O art. 317, como o entendo, para usar da expressão de Hungria, pune a venalidade em torno da função pública; a dádiva ou a promessa da vantagem são feitas na expectativa de uma conduta própria do ocupante da função pública, que pode ser, e frequentemente será, um ato de ofício determinado; mas não necessariamente esse ato de ofício determinado, de modo que a incriminação alcance também a vantagem solicitada ou recebida com vistas a provocar uma conduta ativa ou omissiva do funcionário, desde que na esfera de um poder de fato derivado da sua função e, por isso, em razão dela⁴⁹¹.

A premissa acima é, por ele, considerada de maior relevo, pois entender de modo diverso implica a impossibilidade ou, ao menos, a dificuldade da punição daqueles que ocupam cargos mais elevados, tendo em vista o caráter pulverizado de suas atribuições – observação importante e norteadora de grande parte das discussões mais recentes sobre o problema do ato de ofício. No seu dizer:

[...] ganha relevo na responsabilização de altos dignitários públicos, na medida mesma em que, com frequência, nas áreas de atividade governamental mais propícias à corrupção, não é o alto dignitário, não é o Presidente da República – nem mesmo o Ministro que exerce a tutela administrativa sobre dezenas de grandes empresas estatais – quem pode praticar formalmente o ato temido ou o ato desejado, objeto da corrupção⁴⁹².

⁴⁸⁹ Sobre isso, conclui que o tipo penal brasileiro mais se assemelha ao disposto no Código Penal tcheco. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.608).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.612.

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.612.

⁴⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.619.

Em seu exame das imputações, o ministro afastou a condenação quanto aos episódios envolvendo a nomeação de Marcelo Ribeiro e a empresa aérea Vasp; porém, a acolheu no tocante fato relacionado à Mercedes-Benz. Quanto a isso, não só existiria um conjunto probatório suficiente para condenar, como também é compatível com as balizas teóricas firmadas, sendo exemplo claro de atuação que poderia ter ocorrido sem qualquer ato de ofício específico, somente se “fechando as portas do Governo para determinada empresa”. Assim, concluiu:

[...] finalmente, há as três declarações dos Diretores da Mercedes-Benz: duas, as de Luis Scheuer e de Mário Cláudio Carneiro Vargas, explicitando a advertência de Paulo César Farias de que, se aquela grande empresa, que já não contribuira com a campanha de 1989, agora, finalmente, não se resolvesse a prestar a ajuda “solicitada”, poderia sofrer complicações futuras e ter “fechadas as portas do Governo”⁴⁹³.

O Ministro Néri da Silveira corrobora a visão acima, consignando a dispensabilidade do ato de ofício e considerando suficiente que a solicitação da vantagem suceda em razão da função. A partir das lições de Magalhães Drummond, assevera: “Pode também o agente nada fazer, nem de legal nem de ilícito, mas tão-só porque lhe seja possível fazer o lícito ou o ilícito, porque lhe faculte a sua função, explore ele essa situação”⁴⁹⁴. Por conseguinte, entendeu

[...] que havia, por interposta pessoa, o co-réu Paulo César, solicitação de vantagem indevida que, nesses casos, se destinariam a beneficiar terceiros, em razão do exercício da função presidencial. [...]. O fato da intermediação do co-réu, de notória vinculação ao ex-Presidente, conforme, de resto, o revelam os autos e está confirmado pelos Diretores da Mercedes-Benz, bem assim as razões que levaram a empresa a atender à solicitação são elementos comprovados nos autos. Resta claro, por outro lado, que a Mercedes-Benz não haveria de alterar sua orientação de não conceder ajudas, em virtude da só presença ou solicitação de Paulo César Farias. Tanto isso é procedente que não lhe deu sequer a concessão Mercedes-Benz por ele pretendida. Não é possível, destarte, numa compreensão global dos fatos, deixar de ver – nessa mudança da empresa, segundo resulta dos depoimentos de seus Diretores – que o temor de represálias da ação governamental – pelo exercício da função presidencial, pelas dificuldades que lhe resultariam da negativa de ajuda – foi o que, decisivamente, conduziu à liberação de mais de um milhão de dólares. Seguro é que ocorreu a solicitação de vantagem indevida.

Diante da maioria dos votos (5x3), a ação penal foi julgada integralmente improcedente em relação à acusação do crime de corrupção passiva.

⁴⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307/DF. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.622.

⁴⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 307/DF. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994. p.644.

4.3 Ação Penal nº 470/MG

A Ação Penal nº 470/MG, conhecida como Mensalão, é considerada um marco na história criminal brasileira, o momento em que, finalmente, os poderosos foram punidos. A propósito, em 2012, ano do julgamento, inúmeras foram as matérias jornalísticas em que o fim da impunidade⁴⁹⁵ e a guinada de um novo sistema de justiça criminal foram anunciados⁴⁹⁶. Dos 40 réus, 25 foram condenados por crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional, além de lavagem de dinheiro e quadrilha. Essa grande quantidade de acusados e de imputações exigiu do Supremo Tribunal Federal o pronunciamento sobre temas até então coadjuvantes no dia a dia da prática judicial da Corte, por exemplo: a teoria do domínio do fato, a natureza e a caracterização dos crimes de lavagem de dinheiro, de gestão fraudulenta e de evasão de divisas, bem como propiciou o reencontro com o delito de corrupção passiva, sobre quem o caso referente ao ex-presidente da República Fernando Collor de Mello ainda permanecia como principal julgado. Especificamente, quanto à tal infração, aparece imersa em três contextos fáticos principais, em resumo: i) o pagamento de vantagem indevida ao então presidente da Câmara dos Deputados, por parte dos sócios de agência de publicidade, para viabilizar a contratação desta em projetos do órgão; ii) o pagamento de vantagem indevida para o diretor de marketing do Banco do Brasil, por parte dos sócios de agência de publicidade, para viabilizar a contratação desta em campanhas do banco, e iii) o pagamento de vantagem indevida a parlamentares da Câmara dos Deputados para a formação de uma base aliada ao Governo Federal – episódios estes, respectivamente, sintetizados nos itens III.1 e III.3 do capítulo III e VI.1, VI.2, VI.3 e VI.4 do capítulo VI do acórdão. Nesse cenário, por se tratar de controvérsia diretamente relacionada ao exercício da atividade política, principalmente ao voto parlamentar, os fundamentos condenatórios a ser delineados correspondem aos atinentes ao terceiro grupo dos fatos mencionados.

A análise do ministro relator Joaquim Barbosa a respeito da subsunção desses atos ao

⁴⁹⁵ Ver: EXAME. **Prisões do Mensalão são golpe contra impunidade**. Exame, 2013. Disponível em: <https://exame.com/brasil/prisoas-do-mensalao-sao-golpe-contra-impunidade>. Acesso em: 19 out. 2022; OLIVEIRA, Mariana. **Prisões do mensalão rompem com tradição de impunidade, diz Barbosa**. **G1**, 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/12/barbosa-diz-que-prisoas-do-mensalao-sao-rompimento-com-tradicao-longa.html>. Acesso em: 19 out. 2022; MELO, João Ozorio de. **Brasil combate impunidade, diz jornal dos EUA**. Conjur, 2012. Disponível em: <https://conjur.com.br/2012-out-31/julgamento-mensalao-reverte-historico-impunidade-jornal-eua>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁴⁹⁶ BUBLITZ, Juliana. **Desfecho do julgamento do mensalão muda a forma como o país vê a impunidade**. **GZH Geral**, 2012. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2012/12/desfecho-do-julgamento-do-mensalao-muda-a-forma-como-o-pais-ve-a-impunidade-3990094.html>. Acesso em: 19 out. 2022.

previsto no artigo 317 do Código Penal é feita a partir da seguinte pergunta: “A) Os pagamentos tiveram vinculação com a função parlamentar? Influenciaram ou tiveram o fim de influenciar a prática de atos de ofício pelos Deputados Federais beneficiados?”⁴⁹⁷. Com o fim de alcançar a resposta, o relator constrói fundamentação voltada a comprovar o nexo entre as vantagens indevidas constatadas e a atuação de cada um dos parlamentares, o que é feito, essencialmente, com base nos relatórios de votação dos projetos de interesse do Governo Federal, especialmente a Reforma da Previdência e a Reforma Tributária. Nota-se que, embora negue a necessidade do ato de ofício para configuração do tipo penal, servindo apenas “na espécie, para reforçar a demonstração da prática criminosa”⁴⁹⁸, toda manifestação é reiteradamente direcionada à sua definição, firmada sob os seguintes termos:

Os parlamentares beneficiados pelos pagamentos de dinheiro em espécie eram responsáveis pela condução de votos de vários outros correligionários, contando com o especial papel atribuído aos líderes de bancadas de parlamentares na Câmara dos Deputados.

Como visto, os pagamentos de dinheiro em espécie tiveram o poder de influenciar importantíssimos atos de ofício, formando uma base de apoio alinhada ao Partido dos Trabalhadores na Câmara, que conferiu facilmente maiorias favoráveis aos interesses dos corruptores⁴⁹⁹.

[...]

[...] a solicitação só foi efetuada em razão do exercício da função e do patente interesse dos réus vinculados ao Partido dos Trabalhadores na fidelidade do Partido Progressista na Câmara dos Deputados. Ou seja: não existia qualquer outro motivo pelo qual o Partido dos Trabalhadores tivesse interesse em “auxiliar financeiramente” o Partido Progressista naquele momento, a não ser o voto de seus parlamentares.⁵⁰⁰

[...]

Independentemente da destinação dada pelos réus aos recursos, as provas conduzem à conclusão de que os réus receberam dinheiro em razão da função parlamentar por eles exercida, e em troca de sua fidelidade e de seu partido nas votações do interesse do Governo e do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados⁵⁰¹.

Essa linha de argumentação foi adotada quanto à compra do apoio de cada um dos parlamentares dos partidos políticos envolvidos: Partido Liberal (PL), Partido Progressista (PP), Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Diante do quadro observado, finalizou o ministro dizendo:

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.3.484.

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.3.507.

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.3.498.

⁵⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.3.510.

⁵⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.3.515.

As provas coligadas conduzem à conclusão de que os parlamentares acusados, valendo-se de suas funções, como Deputados Federais, líderes parlamentares e altos dirigentes de partidos com assento na Câmara, condicionaram seu apoio e o de suas bancadas ao recebimento de recursos para si e para seus partidos. Esses parlamentares efetivamente receberam a vantagem solicitada, pessoalmente ou com auxílio de seus intermediários diretos, pessoas de sua mais íntima confiança [...] ⁵⁰².

No mesmo direcionamento sobre os atos praticados pelos congressistas, pontuou o ministro Ayres Britto:

II – nos crimes de corrupção, o ato de ofício não pode deixar de fazer parte da respectiva cadeia causal ou vínculo funcional. Mas à expressão legal “ato de ofício” deve corresponder o sentido coloquial de “ato do ofício” a cargo do agente público corrompido. E ato de ofício, parlamentarmente falando, é ato de legislar, fiscalizar, julgar (nos casos excepcionais de que trata a Constituição Federal). O que se dá por opiniões, palavras e votos. Como ainda se dá por uma radical ou sistemática atitude de não legislar, não fiscalizar e não julgar contra os interesses do corruptor. Lógico! No caso, o relator do processo bem correlacionou a proximidade das datas do recebimento de algumas propinas com as datas de votação de importantes matérias de interesse do Poder Executivo Federal, como, por exemplo, os projetos de lei de falência, de reforma tributária e de reforma da previdência social pública. Sem a menor necessidade de indicar, atomizadamente, cada ato de omissão funcional, pois o citado conjunto da obra já evidenciara esse radical compromisso absentista ⁵⁰³.

Em sua manifestação, o ministro Ricardo Lewandowski, apesar de defender a precisa identificação do ato de ofício compreendido no plexo de atribuições do funcionário público, adequou-se à compreensão do voto condutor, assentando dispositivo condenatório muito semelhante ao do relator. Isso não retira a relevância do seu voto, pois não apenas atenta para os possíveis riscos do entendimento firmado, mas também é muito claro e preciso sobre a percepção do crime de corrupção passiva nesta ação penal:

[...] para a caracterização do delito de corrupção passiva, que se demonstre o recebimento de vantagem indevida, subentendendo-se a possibilidade ou a perspectiva da prática de um ato comissivo ou omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público ⁵⁰⁴.

Ressalva idêntica à acima também foi feita pelo ministro Dias Toffoli:

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.3.673.

⁵⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.505.

⁵⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.3.730.

Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despcienda a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício de cargo público. A partir desta premissa, curvo-me a essa orientação e, doravante, passo a orientar o teor deste meu voto nesse sentido⁵⁰⁵.

E arremata:

[...] embora não se possa provar a existência da prática de um ato de ofício específico de competência dos réus ou o recebimento da eventual vantagem indevida, é possível deduzir-se com clareza que a dádiva solicitada visava ao apoio financeiro ao partido ao qual os citados parlamentares estavam filiados, pois, conforme bem destacou o Ministro Relator em seu voto, “não havia qualquer razão para este auxílio financeiro do Partido dos Trabalhadores ao Partido Progressista senão o fato dos denunciados agora em julgamento exercerem mandato parlamentar”⁵⁰⁶.

A seu turno, o ministro Gilmar Mendes, ao corroborar tais pressupostos, alerta que, diferentemente do dito pelo ministro Ricardo Lewandowski, a premissa estabelecida na Ação Penal nº 307/DF permanece inalterada⁵⁰⁷, ou seja, é indispensável um ato de ofício em potencial e conexo às atribuições da função pública, embora dispensável sua efetiva prática⁵⁰⁸. No âmbito de sua manifestação, observa-se a presença de trechos que traduzem censuras de âmbito moral e político sobre os episódios narrados na denúncia⁵⁰⁹, postura não verificada em seus pronunciamentos nos julgados seguintes, consoante será visto. Ante essas balizas, consignou a reprovabilidade penal afirmando:

⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.225.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.230.

⁵⁰⁷ A esse respeito, a afirmação é feita a partir do consignado no voto do ministro Celso de Mello, que, embora tenha integrado a corrente vencedora, foi o mais assertivo quanto à possibilidade de um determinado nível de abstração sobre o ato de ofício, mas nem isso havia sido comprovado naqueles autos.

⁵⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.361.

⁵⁰⁹ A título de exemplo: “As palavras do saudoso mestre parecem consubstanciar o próprio roteiro do caso ora em apreço, porquanto o estrepitoso caso revela um projeto de poder paralelo dentro da máquina do Estado. O quadro delineado na denúncia é extremamente grave. Revela, como afirmado pelo Procurador-Geral da República, verdadeiro atentado à democracia, na medida em que deslegitima a sua base, o livre exercício da representação popular”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.362). “E, no caso, o que se observa? Informalidade? Não. Menosprezo total e absoluto não só à legislação eleitoral, mas ao sistema financeiro, à moralidade e à probidade administrativa”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.363). “Ao analisar mais esse capítulo, não posso deixar de externar, agora abandonando minha inicial incredulidade naquilo que se anunciava, certa perplexidade com a repugnante forma como se desenhou o exercício da atividade política. Esse mosaico criminoso, opaco e nebuloso ganha contornos a partir de fragmentos ambiciosamente selecionados (desvio de recursos públicos, uso de estruturas públicas e privadas, interesses velados e entrelaçados) e amalgamados pela marca do desvio ético”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.367).

É inaceitável que um parlamentar, seja ele de governo ou de oposição, receba para votar no sentido “a” ou “b” ou, ainda, que se abstenha de votar; que receba para apresentar uma emenda parlamentar ou proposta legislativa; que receba para atuar nas comissões regimentais. A manifestação do parlamentar em sentido favorável ou contrário à determinada proposição – exemplificada pela acusação em questões polêmicas como as grandes reformas e projetos de governo – não constitui o cerne da questão (nem poderia ser, sob pena de intervenção na liberdade de atuação parlamentar). A reprovabilidade está em receber vantagem indevida para exercer seu mandato⁵¹⁰.

O voto do ministro Celso de Mello é muito semelhante ao proferido na Ação Penal nº 307/DF; inclusive, destaca a coerência da Corte com o decidido anteriormente. Com base nas mesmas obras doutrinárias e no parecer de Julio Fabbrini Mirabete, essa identidade pode ser vista no seguinte trecho final naquela oportunidade igualmente presente:

Não custa insistir, desse modo, e tendo presente a objetividade jurídica da infração delituosa definida no art. 317, “caput”, do Código Penal, que constitui elemento indispensável – em face do caráter necessário de que se reveste esse requisito típico – a existência de vínculo que associe o comportamento atribuído ao agente estatal (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) à mera perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício pertinente ao âmbito das funções inerentes ao cargo desse mesmo servidor público. Mostra-se suficiente, assim, e para efeito de integral realização do tipo penal, que a conduta do agente – quando não venha ele a concretizar, desde logo, a prática (ou abstenção) de um ato de seu próprio ofício – tenha sido motivada pela perspectiva da efetivação ulterior de um determinado ato funcional⁵¹¹.

O ministro Luiz Fux⁵¹² e as ministras Rosa Weber⁵¹³ e Cármen Lúcia⁵¹⁴ enfatizaram, em seu voto, a dispensabilidade do ato de ofício, bastando que a motivação da vantagem indevida seja a potencialidade de influir no exercício da função pública, isto é, basta a solicitação, o recebimento ou o aceite da vantagem, ou de sua promessa, em razão da titularidade do cargo ocupado. Contudo, esse posicionamento não foi objeto de mais aprofundamento, pois, diante do conjunto probatório, todos avançaram na identificação dos atos de ofício, concretos ou potenciais, eivados de vício, assentando inquestionável a ocorrência do

⁵¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.366.

⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. p.4.477.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. pp.4.051-4.053.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. pp.1.099-1.290.

⁵¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. pp.1.951-1.974.

delito.

No que se refere a esse capítulo da denúncia e aos ocupantes de mandato eletivo, a acusação de corrupção passiva em face do acusado Pedro Henry Neto (PP) foi a única procedente por maioria (vencidos Marco Aurélio⁵¹⁵, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, por visualizarem conjunto probatório insuficiente à condenação), sendo, quanto aos demais réus, julgada procedente à unanimidade.

4.4 Ação Penal nº 996/DF

As ações penais a seguir referem-se a um outro contexto investigativo, o da Operação Lava Jato, excetuando-se, conforme explicado na introdução, aquelas em que houve a absolvição e as ainda não julgadas pelo colegiado. Nelas, em resumo, as condutas delitivas permeiam o apoio político para indicação ou sustentação de nomes em determinado cargo público, especificamente no âmbito da Petrobras.

Nestes autos, a condenação do ex-deputado federal Nelson Meurer pelo cometimento do delito de corrupção passiva deu-se em razão de, nas qualidades de deputado federal e de um dos líderes do Partido Progressista (PP), durante os anos 2006 e 2014, ter apoiado o nome de Paulo Roberto Costa no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, recebendo, como contraprestação a essa sustentação política, valores em espécie⁵¹⁶, inclusive na forma de doação eleitoral, originários do funcionamento de um cartel de empreiteiras instalado na mencionada estatal.

No capítulo sobre o referido delito, o ministro relator Edson Fachin repisa algumas das balizas vistas quando do julgamento da Ação Penal nº 470/MG: i) o crime intenta coibir e reprimir a mercancia da função pública, cujo exercício deve ser pautado exclusivamente pelo interesse público; ii) exige-se a demonstração de que o favorecimento negociado pelo agente público encontra-se no rol de atribuições previstas para a função exercida e iii) a vantagem indevida deve servir como contraprestação a uma possível atuação viciada no espectro de

⁵¹⁵ Neste capítulo, seu voto é curto e reitera os fundamentos e as conclusões do ministro relator; mais divergências foram feitas por ele quanto ao delito de lavagem de dinheiro. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012. pp.4.469-4.474).

⁵¹⁶ Nesse caso, também foi analisada a possibilidade de doação eleitoral oficial constituir vantagem indevida ou crime de lavagem de dinheiro, discussões ainda presentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Além disso, nessa oportunidade, foi afastada a possibilidade de fixação de danos reparatórios a título de danos morais coletivos, tema atual e posteriormente revisto.

atribuições da função pública, cujo exercício pode ser atual ou futuro”⁵¹⁷.

Estabelecido esse norte, o ministro elenca o seguinte ponto como principal à solução do caso: “perquirir, nesse momento, se o apoio político envidado na indicação a cargos públicos ou para a manutenção de agentes neles investidos se insere no âmbito da atuação funcional de parlamentar”⁵¹⁸. Ao responder afirmativamente e ao rebater a tese defensiva de que “nomeação e exoneração desses cargos não se inserem na esfera das atribuições parlamentares”⁵¹⁹, o magistrado constrói sua argumentação a partir do conceito de “presidencialismo de coalização” cunhado por Sérgio Henrique Hudson de Abranches, sendo essa a base para todas as ponderações posteriores acerca do ato de ofício praticado, que surge do nexo entre a referida conduta e o plexo de atribuições. Em suas palavras:

Com efeito, importa ter em mente as próprias peculiaridades do sistema presidencialista brasileiro, em que as atividades parlamentares não se resumem à apreciação e proposições de atos legislativos, mas vão além disso, franqueando-se aos congressistas participação ativa nas decisões de governo. A esse respeito, ganhou notoriedade a expressão “presidencialismo de coalizão” cunhada por Sérgio Henrique Hudson de Abranches para descrever as peculiaridades do sistema presidencialista brasileiro⁵²⁰.

Nessa toada, o autor arremata:

[...] a própria configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos, tanto que a participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do sistema presidencialista brasileiro, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade⁵²¹.

A propósito, o ministro relator reconhece que a dinâmica não é, em si, espúria, podendo possibilitar uma participação mais plural na tomada de decisões usualmente a cargo do Poder Executivo. Todavia, isso somente ocorrerá quando essa coalização estiver fundada em consensos principiologicos éticos. Assim, no momento em que o parlamentar se utiliza desse

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.107.

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.109.

⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.110.

⁵²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.110.

⁵²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.112.

poder de indicar alguém para um determinado cargo ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, de modo inadequado, isto é, “voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função [...] ao menos nos moldes em que organizado o sistema constitucional político-partidário brasileiro”⁵²². Com base no disposto no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal⁵²³, o relator reforça essa conclusão e firma

evidente, nessa perspectiva, que um parlamentar, em tese, ao receber dinheiro em troca ou em razão de apoio político a um diretor de empresa estatal está mercadejando uma de suas principais funções, que é o exercício da fiscalização da lisura dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta⁵²⁴.

Portanto,

[...] a percepção de vantagens indevidas, oriundas de desvios perpetrados no âmbito de entidades da administração indireta, a partir de sustentação política a detentores de poder de gestão nessas entidades, implica evidente ato omissivo no que diz respeito ao exercício dessas funções parlamentares⁵²⁵.

A respeito do caso concreto, a partir das provas produzidas, assenta que

[...] a indicação para a condução da aludida diretoria competia ao Partido Progressista (PP), que o fazia a partir de seus líderes, nos quais se inclui o acusado Nelson Meurer, constato a viabilidade, no caso concreto, da sustentação política envidada em favor de Paulo Roberto Costa caracterizar ato de ofício inerente às funções parlamentares e partidárias exercidas pelo referido denunciado⁵²⁶.

Logo em seguida, ressalva, “não se trata simplesmente de criminalizar a atividade político-partidária usualmente praticada no país, mas de responsabilizar, nos termos da legislação de regência, os atos que transbordam os limites do exercício legítimo da representação popular”⁵²⁷. Somado a isso, o ministro põe outro aspecto: a fidelidade partidária,

⁵²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.112.

⁵²³ “Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 5 de out. 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zt9zn82>. Acesso em: 11 ago. 2022.).

⁵²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.115.

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. pp.114-115.

⁵²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.123.

⁵²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.123.

de maneira que não se trata apenas de um desvio do exercício parlamentar, mas também de violação aos artigos 14, §3º, inciso V⁵²⁸ da Constituição Federal e 22-A da Lei nº 9.096/1995⁵²⁹.

Concluo que o mandato eletivo, sobretudo dos cargos nos quais o pleito é disciplinado pelo sistema proporcional, é exercido de forma concomitante e indissociável à atividade partidária, tendo em vista a sua imprescindibilidade no âmbito da democracia representativa instituída na República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal⁵³⁰.

Acrescenta a esse fundamento o papel e os pressupostos dos partidos políticos no sistema constitucional, que, “além de agrupar parcela dos atores sociais que compartilham dos mesmos ideais, têm responsabilidade pela observância aos fundamentos e objetivos da República, inculpidos nos arts. 1º e 4º da Carta Magna”⁵³¹, sendo vedada, por conseguinte, qualquer atuação do Estado que se afaste do interesse público. Por todos esses motivos, afirmou que, sobre

[...] a indissociabilidade do exercício do mandato eletivo com as correspondentes atividades político-partidárias, ressalto que, para a escurteira subsunção ao crime de corrupção passiva, a sustentação política à indicação ou manutenção de agentes em determinados cargos públicos deve ser evitada pela solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida, a partir de quando a atuação do mandatário entra em conflito com os valores inculpidos na Constituição Federal, em razão do distanciamento do interesse exclusivamente público que deve nortear a sua atividade⁵³².

Ao concordar com o posicionamento do relator, o ministro Celso de Mello afirma, de antemão, a necessidade de se coibir a captura das instituições governamentais por organizações criminosas que têm como objetivo dominar os mecanismos de ação governamental, em detrimento do interesse público e em favor de pretensões lesivas aos valores ético-jurídicos

⁵²⁸ “Art. 14 - A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: V - a filiação partidária [...]”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 5 de out. 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zt9zn82>. Acesso em: 11 ago. 2022.).

⁵²⁹ “Art. 22-A - Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito”. (BRASIL. Lei nº 9.096/1995, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 19 set. 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/mchk3uv8>. Acesso em: 11 ago. 2022).

⁵³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.125.

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.125.

⁵³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.126.

constituintes da atividade do Estado⁵³³. Nessa esteira, conceitua a corrupção como “um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade traduz obrigação cuja observância se impõe a todos os cidadãos desta República que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper”⁵³⁴. Ademais, completa, trata-se de uma “estranha e profana aliança entre determinados setores do Poder Público, de um lado, e agentes empresariais, de outro, reunidos em um imoral sodalício”⁵³⁵, práticas estas que “enfraquecem as instituições, corrompem os valores da democracia, da ética e da justiça e comprometem a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito”⁵³⁶.

Especificamente sobre a investigação em que se insere a ação penal, o ministro foi enfático sobre sua importância para resguardar os valores do Estado Democrático de Direito, bem como suas instituições:

O que vejo nesses procedimentos penais instaurados no contexto da Operação Lava-a-Jato, Senhor Presidente, são políticos que desconhecem a República, que ultrajaram as suas instituições e que, atraídos por uma perversa vocação para o controle criminoso do poder, vilipendiaram os signos do Estado Democrático de Direito e desonraram, com os seus gestos ilícitos e ações marginais, a ideia mesma que anima o espírito republicano pulsante no texto de nossa Constituição.

Mais do que práticas criminosas, por si profundamente reprováveis, identifico no comportamento desses agentes criminosos, notadamente dos que exerceram (ou ainda exercem) parcela de autoridade do Estado, grave atentado às instituições do Estado de Direito, à ordem democrática que lhe dá suporte legitimador e aos princípios estruturantes da República⁵³⁷.

Em seguida, consignou a mesma ressalva feita pelo ministro relator quanto à criminalização da política, destacando não ser verdadeira sua ocorrência, pois apenas almeja-se

punir aqueles que não se mostraram capazes de exercê-la com honestidade, integridade e elevado interesse público, preferindo, ao contrário, longe de atuar com dignidade, transgredir as leis penais de nosso País, com o objetivo espúrio de conseguir vantagens indevidas e de controlar, de maneira absolutamente ilegítima e criminosa, o próprio funcionamento do aparelho de Estado⁵³⁸.

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.242.

⁵³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.243.

⁵³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.243.

⁵³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.243.

⁵³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.244.

⁵³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p. 245.

Após traçar o caminho do delito de corrupção na história antiga, assinala que o caso em evidência revela nuance ainda mais grave: a corrupção governamental, sobre quem a ordem jurídica não pode permanecer indiferente, principalmente por representar censuráveis desvios éticos e reprováveis transgressões criminosas no desempenho da elevada função de representação política do povo brasileiro⁵³⁹. Diante disso, mais uma vez, ele frisa:

[...] a corrupção deforma o sentido republicano da prática política, afeta a integridade dos valores que informam e dão significado à própria ideia de República, frustra a consolidação das Instituições, compromete a execução de políticas públicas em áreas sensíveis como as da saúde, da educação, da segurança pública e do próprio desenvolvimento do País, além de vulnerar o princípio democrático⁵⁴⁰.

É a partir desse quadro que toda a sua análise é feita e somente, então, reflete acerca “dos aspectos dogmáticos relativos ao crime de corrupção passiva, voltando-me, com especial atenção, à questão do ato de ofício”⁵⁴¹. Na esteira do seu posicionamento, no bojo da AP nº 470/MG, consigna que

Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, “*caput*”, do Código Penal, é de rigor a existência de uma relação entre a conduta do agente – que solicita, ou que recebe, ou que aceita a promessa de vantagem indevida – e a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício.

Torna-se imprescindível reconhecer, portanto, para o específico efeito da configuração jurídica do delito de corrupção passiva tipificado no art. 317, “*caput*”, do Código Penal, a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao agente público e o desempenho concreto de ato de ofício pertencente à esfera de suas atribuições funcionais, o que se verifica se referido ato ajustar-se ao âmbito tanto dos poderes de direito quanto dos poderes de fato exercitáveis pelo “*intra-neus*”⁵⁴².

Nesse cenário, acolheu a linha de raciocínio adotada pelo relator no tocante à função do parlamentar e ao presidencialismo de coalizão, o que é externado nas seguintes passagens de seu voto:

Alinho-me, no ponto, ao entendimento externado pelo eminente Ministro Relator, em seu douto voto. É que a votação parlamentar – conquanto constitua, de modo expressivo, exemplo conspícuo e clássico de ato de ofício, por excelência – não exaure

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p. 248.

⁵⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.249.

⁵⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.251.

⁵⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.252.

os demais encargos de ordem fática, de caráter institucional ou de índole regimental que se incluem no complexo de poderes, funções e atribuições de qualquer membro do Congresso Nacional⁵⁴³.

[...]

O fato indiscutível e relevante a considerar-se reside na circunstância de que, na arquitetura do nosso “presidencialismo de coalizão”, a partilha de cargos e a coparticipação político-parlamentar em seu preenchimento, no alto escalão da Administração Pública, direta e indireta, caracterizam-se como mecanismos, por excelência, a serem acionados para que o Chefe do Poder Executivo componha e preserve uma base majoritária no Parlamento, como forma de viabilizar a concretização de sua agenda governamental⁵⁴⁴.

[...]

Não se podem também desconsiderar, em face do caso ora sob julgamento, as relevantes funções fiscalizatórias atribuídas, pela Constituição Federal de 1988, aos integrantes do Congresso Nacional, tal como o descreve, em dispositivo inerente ao sistema de freios e contrapesos que harmoniza a convivência entre os Poderes estatais, o art. 49, X, que outorga ao Congresso Nacional competência exclusiva para “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”⁵⁴⁵.

As citações e as referências de trabalhos sobre o funcionamento do presidencialismo de coalizão são inúmeras e convergem quanto à premissa de que, nesse sistema, Legislativo e Executivo desempenham a atividade de governar, sendo a distribuição de cargos proporcionalmente ao peso que os partidos possuem na base aliada um de seus componentes. Destarte:

é imperioso concluir que, no caso concreto, houve, efetivamente, o tráfico da função pública por parte do parlamentar ora acusado, na medida em que, em troca do recebimento periódico de vantagens indevidas, emprestou sua força política para a manutenção, em cargo incluído na quota governamental do Partido Progressista – em cujo âmbito esse réu figurava como um dos seus mais expressivos dirigentes –, de Paulo Roberto Costa, especificamente designado para instaurar, facilitar e operar a engrenagem de um sofisticado esquema de corrupção dentro da Diretoria de Abastecimento da Petrobras.

[...]

Com efeito, tal apoio político representou, nesse contexto delinqüencial, a contrapartida criminosa prestada pelo réu – em gesto revelador de sua indisfarçável venalidade – ao recebimento, durante vários anos, das vantagens ilícitas diretamente provenientes do denominado “caixa de propinas” gerido por Alberto Youssef e abastecido pelo cartel de empreiteiras contratualmente vinculadas à Diretoria de Abastecimento da Petrobras, à razão, no mínimo, do percentual de 1% sobre o valor de cada operação contratada⁵⁴⁶.

Nesse cenário, a relevância do presidencialismo de coalizão para definição do ato

⁵⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.252.

⁵⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.257.

⁵⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.265.

⁵⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.262.

corrupto é extraída da própria ementa, replicada nas ações penais seguintes:

[...] 7. CORRUPÇÃO PASSIVA. DEMONSTRAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS DO TIPO PENAL NAS OPORTUNIDADES ESPECIFICADAS. ATO DE OFÍCIO. ATUAÇÃO PARLAMENTAR E PARTIDÁRIA. APOIO POLÍTICO À NOMEAÇÃO OU À MANUTENÇÃO DE AGENTE EM CARGO PÚBLICO. UTILIZAÇÃO DE TAL PROCEDER PARA A OBTENÇÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS INDEVIDAS. CONDENAÇÃO. [...]

[...]

7. A configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos. A participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do referido regime, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade. Tal dinâmica não é, em si, espúria, e pode possibilitar, quando a coalizão é fundada em consensos principiológicos éticos, uma participação mais plural na tomada de decisões usualmente a cargo do Poder Executivo. Todavia, quando o poder do parlamentar de indicar alguém para um determinado cargo, ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, é exercido de forma desviada, voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função pública. Na espécie, o conjunto probatório é sólido e demonstra o nexo causal entre o apoio político envidado por Nelson Meurer, na qualidade de integrante da cúpula do Partido Progressista (PP), para a indicação e manutenção de Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, e o recebimento, de forma ordinária, de vantagens pecuniárias indevidas, configurando, nas oportunidades especificadas, de forma isolada ou com o auxílio de Nelson Meurer Júnior e Cristiano Augusto Meurer, o crime de corrupção passiva⁵⁴⁷.

O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, ao inaugurar divergência parcial, consigna aspecto até então não tratado. Isso porque, apesar de também reconhecer a possibilidade de a sustentação política para indicação ou para manutenção de determinada pessoa em um cargo compor a esfera de atribuições do parlamentar, que vão além do simples exercício do voto, isso deve ser visto à luz das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, deve-se examinar se, na hipótese, o agente possuía a efetiva capacidade de fornecer, direta e decisivamente, o apoio político para a dita indicação ou manutenção do sujeito no cargo, o que, para ele, não é mera decorrência da posição de parlamentar, mas, na verdade, do papel de liderança do partido político, pois:

[...] no conjunto das funções parlamentares, é ao Líder que se confere, institucionalmente, as essenciais atribuições relacionadas à articulação política, à unificação do discurso e à posição partidária da agremiação nas votações do parlamento, cabendo-lhe expressar a opinião de seus pares, de seu bloco, do governo ou da oposição, além de participar da definição da pauta de votações do plenário, por meio do assim denominado “Colégio de Líderes”, contribuindo de maneira direta para a definição dos rumos do parlamento e, conseqüentemente, do próprio governo (vide artigos 9^a a 11-A, 20, 28, 45, 66, §1^o, todos do Regimento Interno da Câmara dos

⁵⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n^o 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. pp.1-4.

Deputados)⁵⁴⁸.

Assim, da proeminência institucional assumida pelo líder partidário – podendo assumir papel representativo dos interesses do Executivo no Congresso Nacional –, tem-se a “decisiva participação (ativa e direta) no processo de constituição do Governo, mediante indicação de quadros para preenchimento de cargos comissionados (seja na administração direta ou indireta), garantindo, por outro lado, o apoio político em nome da agremiação”⁵⁴⁹. Isso não implica reconhecer a menor importância dos demais parlamentares, mas apenas delimitar as situações passíveis de ser subsumidas ao delito de corrupção passiva, sendo das particularidades das “atribuições inerentes à função do Líder no peculiar sistema presidencialista brasileiro”⁵⁵⁰ que deriva a potencial aptidão de fornecer apoio direto e decisivo à mencionada sustentação. Logo, “sem a sua necessária intervenção na qualidade de interlocutor, o apoio ao Executivo não se concretiza no mundo fenomênico”⁵⁵¹. Em suas palavras:

Note-se que não basta o simples fato de o parlamentar ocupar posição hierárquica relevante ou de cúpula no contexto político do partido, sendo importante que, em razão de sua função, tenha competência suficiente para, por si só e independentemente da manifestação de terceiros, exercer direta e decisivamente a alegada influência política.

Do contrário, com o devido respeito, a se responsabilizar concomitantemente vários parlamentares integrantes da cúpula partidária, todos como autores de crime de corrupção passiva, num dado período de tempo (2006 a 2014 ou, ainda, 2008 a 2011), por atos de influência política praticados em favor de certo Governo Federal, entendo que estaríamos avançando sobre o perigoso terreno de presunções e incidindo em responsabilidade penal objetiva, o que não se admite no vigente Estado Democrático de Direito⁵⁵².

Destarte, em sua visão, somente dessa leitura é possível “conferir a segurança necessária na demonstração da efetiva culpabilidade do denunciado apta a produzir a certeza necessária da prova da materialidade e autoria do crime de corrupção passiva, indispensáveis à imposição da sanção penal”⁵⁵³. Por esses motivos, reduziu a condenação pelo crime de corrupção passiva somente ao período em que o acusado Nelson Meurer exerceu a liderança do PP.

⁵⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.386.

⁵⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.389.

⁵⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.390.

⁵⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.390.

⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.391.

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.395.

Logo após o voto do ministro Lewandowski, travou-se interessante discussão entre ele e o ministro Gilmar Mendes, mormente no tocante aos efeitos dos parâmetros adotados na decisão desta ação penal. Ambos externaram o receio de se viabilizar o enquadramento ao delito de corrupção passiva de narrativas genéricas e vagas, com o fim de expurgar deturpações do presidencialismo de coalizão. Conforme bem pontuou o ministro Gilmar Mendes, “o que acaba por ocorrer – e lamentavelmente tudo indica – é que se fez um tipo de arranjo, mas que não se delimita à figura de Paulo Roberto Costa, ou à eventual Diretoria da Petrobras, e sim a uma questão mais ampla”⁵⁵⁴. Em continuidade, embora considere que os votos não afastem por completo a figura do ato de ofício, atenta à percepção fixada para sua configuração e indaga: “Mas será que, de fato, temos essa caracterização? E será que o quadro não se dá de uma maneira muito mais ampla?”⁵⁵⁵. É dessas perguntas que se revela o risco à legalidade e à adoção de interpretações pautadas por valores ético-jurídicos:

Mas o risco que eu vislumbro – por isso estou fazendo um pouco essa reflexão – é de, de alguma forma, estarmos expandindo o próprio conceito de determinados crimes, a partir da necessidade que temos de fazer um tipo de enquadramento: bom, fez-se o pagamento, haveria algum tipo de ato oficial, portanto, isso precisa ser enquadrado de alguma forma. E aí se busca, então, uma solução. Mas não podemos nunca esquecer que é no campo do Direito Penal que nós estamos⁵⁵⁶.

Em seu voto sobre o mérito do processo-crime, detalha essas reflexões e destaca: “este não é um caso em que há discussão sobre a existência, ou não, de ato de ofício. Há uma importante controvérsia sobre a interpretação das figuras básicas da corrupção passiva – *caput* do art. 317 do CP”⁵⁵⁷. Embora acompanhe o desfecho sugerido pelo ministro relator quanto à imputação relacionada à sustentação política, seria inadequado dizer que o ministro Gilmar Mendes perfilhe a argumentação engendrada. Sua manifestação é, a meu ver, um conjunto de provocações que, por escolha do julgador, não foram respondidas naquele momento, satisfazendo-se, por ora, com o caminho da maioria. Dentre elas, transcrevo as seguintes:

O principal ato de ofício ao qual o líder partidário se compromete é em emprestar apoio, em conjunto com sua bancada, ao Governo. Em outras palavras, o ato de ofício não parece ser o apoio à manutenção de Paulo Roberto Costa, em um incidente

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.423.

⁵⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.423.

⁵⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.426.

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 996/DF. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.427.

isolado. O parlamentar teria negociado sua função ao se comprometer, juntamente com sua bancada, a integrar a base aliada do Governo, patrocinando e apoiando projetos de interesse do Palácio do Planalto⁵⁵⁸.

[...]

Portanto, muito embora vislumbre que a narrativa feita na denúncia contém os elementos suficientes e necessários a levar a uma condenação, tenho que ela apresenta apenas parte da realidade, motivada pela adoção não suficientemente refletida da tese dos primeiros colaboradores. De outro lado, a narrativa de que o parlamentar teria praticado o ato de ofício de apoiar a indicação ou manutenção de Diretor da Petrobras traz dúvidas quanto à tipicidade formal, em razão da competência para a prática do ato [...]. Na época dos fatos, a versão vigente já previa que a Assembleia Geral elege o Conselho de Administração, que por sua vez elege os Diretores. Assim, a nomeação não dependia de ato do Deputado Federal, mas de uma intrincada rede de influências na democracia interna da Companhia. Venho fazendo ressalvas quanto à tipicidade de imputações de corrupção, quando o acusado não é o responsável pelo ato buscado em troca da vantagem indevida⁵⁵⁹.

[...]

Ainda não supero a perplexidade de condenar funcionário público por corrupção em relação a atos de ofício que são da competência de outro funcionário público [...]. Um dos aspectos desse sistema é que há espaço para que os partidos indiquem informalmente nomes para cargos do Poder Executivo. No entanto, mesmo em nosso presidencialismo, a indicação não é vinculante. A nomeação incumbe ao Presidente da República ou ao Ministro de Estado⁵⁶⁰.

Ao fim, o réu foi condenado pelo cometimento do delito de corrupção passiva nos termos do voto do ministro relator Edson Fachin (4x1), não sendo acolhida a argumentação do ministro Ricardo Lewandowski sobre a posição da liderança partidária. No entanto, foi absolvido quanto ao episódio referente ao recebimento de vantagem na forma de doação eleitoral (3x2), divergência do ministro Dias Toffoli⁵⁶¹ acompanhada pelos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

4.5 Ação Penal nº 1.002/DF

Nos autos desta ação penal⁵⁶², o ex-deputado federal Aníbal Ferreira Gomes foi condenado pelo delito de corrupção passiva em razão de, na qualidade de integrante do antigo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e valendo-se de sua influência política perante Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, ter persuadido

⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. p.428.

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. pp.431-432.

⁵⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018. pp.432-433.

⁵⁶¹ No tocante ao voto do ministro Dias Toffoli, ele se limita a corroborar as conclusões e os fundamentos do voto do ministro relator, somente tecendo considerações sobre a questão envolvendo a doação eleitoral, por isso não foram transcritas passagens.

⁵⁶² Diferentemente da compreensão firmada na Ação Penal nº 996/DF, aqui, passou-se a admitir a fixação de danos morais coletivos, em razão da ofensa de direitos difusos decorrente dos delitos praticados.

este último para que autorizasse o prosseguimento, como também não criasse embaraços, à retomada das negociações de interesse das empresas de praticagem integrantes da Zona Portuária 16 (ZP-16), recebendo vantagem indevida para isso. Essa situação foi assim relatada no acórdão:

Como se depreende dos itens 4.1.2 e 4.2.1 da denúncia (fls. 1.664-1.665), a Procuradoria-Geral da República atribui ao denunciado Aníbal Ferreira Gomes a prática de ato de corrupção passiva, consistente, em apertada síntese, no recebimento de vantagem indevida para empenhar esforços no sentido de persuadir o Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A a autorizar o prosseguimento, como também não criar embaraços, à retomada das negociações de interesse das empresas de praticagem integrantes da ZP-16, valendo-se da influência exercida sobre Paulo Roberto Costa, a quem auxiliava e assegurava a preservação no respectivo cargo, conforme a dinâmica política verificada no país assinalada linhas atrás⁵⁶³.

No voto do ministro relator acerca do delito de corrupção passiva, muitas das passagens acima mencionadas se repetem, de modo que não serão novamente transcritas. De início – apesar de não ser este o ponto central deste feito, sob meu ponto de vista⁵⁶⁴ – repisa-se o questionamento ventilado no bojo da Ação Penal nº 996/DF: o “apoio político envidado na indicação a cargos públicos ou para a manutenção de agentes neles investidos insere-se no âmbito da atuação funcional de parlamentar”⁵⁶⁵? – pergunta que, sob seu ponto de vista, como dito anteriormente, possui resposta positiva. A argumentação desenvolvida também remete aos conceitos do presidencialismo de coalizão, aos artigos 49, inciso X, 14, §3º, inciso V, 1º e 4º, todos da Constituição Federal, e 22-A da Lei nº 9.096/1995, bem como ao entendimento firmado no bojo da AP nº 996/DF⁵⁶⁶.

As diferenças fácticas neste caso são, essencialmente, duas. A primeira é que Aníbal Gomes não era líder do partido político, mas, ainda assim, integrava, de maneira relevante, o grupo de parlamentares responsáveis pelo apoio à manutenção de Paulo Roberto Costa na Diretoria da Petrobras⁵⁶⁷. A segunda e principal é que as imputações se referem a momento posterior, em que houve o uso da sustentação política anteriormente empreendida para, então,

⁵⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.25.

⁵⁶⁴ Isso porque a imputação de corrupção passiva diz respeito a um mercadejamento posterior, relacionado ao favorecimento de interesses de terceiros perante à Petrobras, utilizando-se de uma relação antiga com o diretor de Abastecimento da Petrobras, diante do apoio anteriormente oferecido.

⁵⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.8.

⁵⁶⁶ A menção pode ser vista nos intervalos de páginas 24-30 e 41-44 do acórdão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020).

⁵⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.39.

buscar a concretização de interesses de terceiros perante a citada sociedade de economia mista.

Da leitura do acórdão, quanto ao segundo aspecto indicado, o ato é traduzido na viabilização de reunião com o referido diretor, em que o deputado federal, junto a terceiros interessados, apresentou-o a questão envolvendo o negócio jurídico atinente às empresas de praticagem da ZP-16 e a Petrobras. Nesse contexto, a ilegalidade da conduta é explicada diante de uma intensa mobilização “para tratar de assunto que fugia às suas ordinárias funções parlamentares, inerente a serviço de empresas de praticagem prestadas em estado diverso de sua base política”⁵⁶⁸. Em síntese:

Conforme se deflui do contexto probatório, a dinâmica verificada nesse episódio permite concluir, sem margem de dúvida, que Paulo Roberto Costa adotou postura diferenciada diante do pleito que lhe fora remetido por um dos parlamentares responsáveis pelo seu sustento político, impulsionando a retomada, e não impondo qualquer obstáculo, ao célere andamento das negociações [...]. Nesse plano, sobressai a circunstância, repiso, de que as aludidas reuniões, em breve intervalo de tempo, denotam a relevância do protagonismo de Paulo Roberto Costa, cuja atuação se revelou essencial tanto para a retomada das negociações atinentes aos práticos da Zona de Praticagem 16 (ZP16) – oportunidade em que se fez presente no encontro inaugural entre as partes –, quanto para o rápido e exitoso desfecho da demanda – sempre estando ciente dos atos negociais⁵⁶⁹.

Diante disso, o relator conclui que os numerários pagos a Aníbal Gomes decorreram da venalidade da sua função pública, ou seja, em contrapartida à sua atuação perante a Diretoria de Abastecimento da Petrobras, com o objetivo de resolver o problema que lhe havia sido apresentado por terceiro⁵⁷⁰.

O ministro Celso de Mello também repisou os argumentos lançados na Ação Penal nº 996/DF, iniciando sua manifestação a partir de considerações sobre o interesse público, a probidade administrativa, a moral e os princípios ético-jurídicos, exame intitulado “‘o direito do cidadão ao governo honesto’. A corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa”⁵⁷¹. Na sequência, reafirmou as balizas que considera necessárias para a configuração do delito de corrupção passiva, em especial a imprescindibilidade do ato de ofício, descrito, mais uma vez, sob a égide do presidencialismo de coalizão e no mesmo direcionamento da compreensão firmada na Ação Penal nº 996/DF. Ao

⁵⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.52.

⁵⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. pp.54-57.

⁵⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.96.

⁵⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. pp.183-191.

se debruçar sobre o caso específico, o ministro confirma a condenação:

Amparado nessas premissas, Senhora Presidente, é imperioso concluir que, no caso concreto, houve, efetivamente, o tráfico da função pública por parte do ex-parlamentar ora acusado, na medida em que interveio sobre o ânimo de seu apadrinhado político – a quem emprestara apoio para manutenção no cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobras –, a fim de viabilizar, junto à empresa petrolífera governamental, e em troca do recebimento de vantagem indevida, a composição de acordo extrajudicial em benefício de sociedades prestadoras do serviço de praticagem⁵⁷².

A ministra Cármen Lúcia acompanhou integralmente as conclusões acima, não acrescentando novos fundamentos aos já delineados.

Noutro giro, a divergência é entabulada pelo ministro Ricardo Lewandowski. Para este julgador, “as vantagens indevidas auferidas ilicitamente pelos acusados não estavam vinculados a ato de ofício ou ao conjunto de atribuições de Aníbal Gomes. Em outras palavras, o pagamento não ocorreu em virtude das funções públicas diretamente exercidas pelo parlamentar”⁵⁷³. Em verdade, há somente “a venda ou exploração da influência pessoal que o Deputado Aníbal Gomes possuía sobre Paulo Roberto Costa, então Diretor de Abastecimento da Petrobras, para o recebimento dos valores”⁵⁷⁴. Nesse diapasão:

Como se observa, o denunciado Aníbal Gomes, à época filiado ao PMDB, laborou ativamente no sentido de persuadir o Diretor de Abastecimento da referida estatal para que este autorizasse o prosseguimento e não criasse embaraços à retomada das negociações com as empresas de praticagem integrantes da ZP-16, valendo-se, para tanto, da influência política exercida sobre ele.

Em outras palavras, o fator determinante para o recebimento das vantagens não foi o mandato exercido pelo corrêu Aníbal Gomes, mas sim a interlocução pessoal e influência que ele exercia junto a Paulo Roberto Costa⁵⁷⁵.

Diante desse quadro e comprovado o recebimento de quantias em dinheiro, concluiu Lewandowski não se tratar de corrupção passiva, mas sim de crime de tráfico de influência, tipificado no artigo 332 do Código Penal⁵⁷⁶, porquanto “excluída a hipótese de prática de ato

⁵⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.203.

⁵⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.346.

⁵⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.347.

⁵⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.349.

⁵⁷⁶ “Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário”. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940, de 7 de dezembro de 1940.

de ofício inserido no feixe de atribuições do Deputado Federal”⁵⁷⁷, havendo “a solicitação da vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público”⁵⁷⁸.

O ministro Gilmar Mendes, nessa oportunidade, avança aos questionamentos por ele lançados na Ação Penal nº 996/DF, buscando estabelecer um caminho “acerca das elementares do crime de corrupção *vis a vis* as elementares de outros crimes contra a Administração Pública”⁵⁷⁹. Para isso, recorre ao direito comparado, especificamente às figuras da corrupção simples e da corrupção com infração funcional previstas no sistema legal alemão. Sob seu ponto de vista, o delito previsto na legislação pátria muito se assemelha à corrupção simples alemã, em que foi excluída, pelo legislador, a referência ao ato de ofício⁵⁸⁰. Além disso, a seu ver, em ambos, a vantagem indevida não é mero elemento acidental, mas o principal elemento constitutivo. No entanto, não se pode ler o recebimento desta como suficiente à caracterização da infração criminosa; é necessário conjugá-la com outro aspecto: o exercício da função pública, sob pena de enquadrar vários casos da vida cotidiana como delituosos. Essa proposta é consubstanciada na doutrina de Greco e Teixeira, trabalhada no capítulo anterior, associando o exercício da função ao conceito do pacto de injusto. Nesse sentido, o ministro frisa:

Acolhendo esse parâmetro normativo do pacto do injusto como lente para identificação do crime de corrupção, é possível entender que o tipo do art. 317, *caput*, do CP não admite uma interpretação meramente literal que criminalize como corrupção todo e qualquer recebimento de vantagem por um funcionário público. Repise-se: se entendêssemos que, para se configurar a corrupção passiva, basta que o funcionário público receba alguma vantagem, deveríamos condenar o médico do setor público que recebe um presente da família do menino que operou ou os professores da escola pública que recebem um presente de Natal dos alunos. Essa certamente não parece ter sido a intenção do legislador⁵⁸¹.

Com esteio nessa diretriz, não afasta a necessidade do ato de ofício para a configuração do citado crime. Em suas palavras, “a corrupção só existe quando a vantagem está combinada com exercício do cargo, com um ato – ainda que lícito – que foi praticado pelo funcionário

Código Penal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 7 dez. 1940. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdz82yaa>. Acesso em: 11 ago. 2022).

⁵⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.358.

⁵⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.358.

⁵⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.378.

⁵⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.381.

⁵⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.384.

público nessa qualidade”⁵⁸². Diante dessas premissas, o ministro chega a entendimento semelhante ao do ministro Ricardo Lewandowski, na medida em que o caso concreto não revela a existência do pacto do injusto imprescindível à corrupção passiva, mas somente demonstra o nexó entre a vantagem e “a relação pessoal de suposta influência que ele possuía junto ao Direito de Abastecimento”⁵⁸³. Além disso, afasta a linha de raciocínio pautada na ideia do presidencialismo de coalizão, a fim de alcançar

uma descrição mais fidedigna dos fatos comprovados nestes autos, que não precisa recorrer a conceitos de presidencialismo de coalizão e fazer uma retomada de todas as fases da operação Lava Jato para realizar o juízo de adequação típica⁵⁸⁴.

Nesse contexto, apesar dos votos divergentes, a condenação pelo delito de corrupção passiva foi dada nos termos do voto do Ministro Relator (3x2).

4.6 Ação Penal nº 1.015/DF

Nos autos deste processo-crime, o ex-senador da República Valdir Raupp de Matos foi condenado pelo cometimento do delito de corrupção passiva por ter solicitado, em razão da função e do prestígio que possuía no Partido do Movimento Democrático (PMDB), vantagem indevida – destinada, principalmente, à sua campanha eleitoral ao Senado Federal no ano de 2010 – para apoiar politicamente a manutenção do nome de Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras.

Ao acolher a condenação referente ao delito do artigo 317 do Código Penal, o ministro relator Edson Fachin repete as considerações já vistas a respeito da tutela da moralidade administrativa, do nexó entre a vantagem indevida e a potencial atuação do funcionário público no espectro de suas atribuições, bem como consigna o mesmo questionamento sobre a possibilidade de a sustentação política oferecida pelo parlamentar integrar seu âmbito de atuação, cuja resposta, sob sua ótica, é positiva. A fundamentação para tal conclusão articula, novamente, a ideia do presidencialismo de coalizão, o disposto nos artigos 49, inciso X, 14, §3º, inciso V, 1º e 4º, todos da Constituição Federal, e 22-A da Lei nº 9.096/1995, além do

⁵⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.384.

⁵⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.386.

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020. p.386.

entendimento consolidado na Ação Penal nº 996/DF⁵⁸⁵.

Ao convergir com o relator, o ministro Celso de Mello, rememora as considerações feitas nas ações penais anteriores sobre a reprovabilidade e os danos da corrupção, principalmente a governamental; a viabilidade de a influência política do parlamentar na esfera do Poder Executivo constituir ato de ofício e a função fiscalizatória dos integrantes do Congresso Nacional nos termos do artigo 49, inciso X, da Constituição Federal⁵⁸⁶.

A ministra Cármen Lúcia acompanhou os votos acima, mas, aqui, teceu ponderações mais profundas sobre a definição do crime de corrupção passiva, que, em sua visão, “tem o objetivo de coibir a perniciosa confusão entre o público e o privado, que invariavelmente lesa o interesse público, estimula favoritismo e interesses particulares no espaço que é público e de interesse da Administração Pública e, especialmente, em benefício do interesse de todos”⁵⁸⁷. Em seu ponto de vista, para sua concretização, “exige tão somente que a vantagem pretendida seja ilícita e tenha sido solicitada ou recebida em razão da função pública”⁵⁸⁸. Complementa, porém, em seguida, a necessidade de “demonstração do liame de causalidade entre a função pública do agente e a contraprestação por ele solicitada”, inserindo a venda de apoio político entre os atos próprios dos parlamentares: “especialmente porque o sistema político brasileiro evidencia exatamente essa junção ou esse intercâmbio entre os atos do Poder Executivo, na dependência de apoio dos parlamentares e dos órgãos congressuais”⁵⁸⁹; logo, não se pode confundir a situação sob julgamento com “articulações e apoios políticos no sistema democrático de direito, que há de se dar na forma e nos limites estabelecidos pelas regras legais vigentes”⁵⁹⁰. Assinala a ministra:

Afirmo que, no funcionamento regular do sistema democrático, a formação de espaços de consenso e de articulação política segue a lógica do diálogo, da identificação ideológica e da representatividade do eleitorado em benefício do interesse público, ainda que não se possa precisar, com exatidão, causas pessoais que levam cada parlamentar a se manifestar, a favor ou contra, em determinado projeto de lei, programa governamental, ou mesmo no exercício de suas funções políticas mais amplas, como de apoiar, anuir ou, de alguma forma, obstar a indicação de nomes para

⁵⁸⁵ Ver intervalo de páginas 18-22, 22-29 e 41-43. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020).

⁵⁸⁶ Ver intervalo de páginas 118-127, 128-142, 146-148 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020).

⁵⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.268.

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.269.

⁵⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.270.

⁵⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p. 282.

determinados cargos, presume-se sempre que o apoio político a dirigente, ou a políticas públicas, seja função inerente ao exercício do mandato, mas há de se dar segundo as regras do jogo democrático, sendo vedado em nosso ordenamento jurídico pagamento ou recebimento de qualquer tipo de benefício em razão desse apoio, que equivaleria, em última instância, e como enfatizado no voto do Ministro Fachin, à comercialização da função pública⁵⁹¹.

Nesta ação penal, a divergência inaugurada pelo ministro Ricardo Lewandowski é mais extrema do que a observada no julgamento da Ação Penal nº 1.002/DF, votando pela absolvição do acusado. Isso porque o conjunto probatório, em sua avaliação, não é suficiente para comprovar a presença dos elementos necessários à caracterização do delito de corrupção passiva, sobre o que se manifesta de modo semelhante ao firmado na ação penal anterior. Destarte, pontuou: “ao contrário do que vislumbrei em outros julgamentos, no caso *sub judice*, não consegui identificar um conjunto de evidência seguro para justificar a condenação buscada pela PGR”⁵⁹². Sua manifestação pela absolvição é lastreada em críticas ao amplo uso das colaborações premiadas no processo criminal e em alerta sobre a imprescindibilidade de maior rigor quanto aos elementos de corroboração externa, sendo “a hora de o Judiciário impor um maior rigor no que respeita à observância do devido processo legal”⁵⁹³. Dessa forma, rechaça as premissas decisórias dos ministros relator e revisor, visto que as provas coligadas não atestam a alegada capacidade de Valdir Raupp decidir e influenciar a manutenção de Paulo Roberto Costa no citado cargo da Petrobras.

Na mesma linha, o ministro Gilmar Mendes sublinhou a fragilidade probatória do consignado nos acordos de colaboração premiada, mormente ante o próprio interesse do colaborador na efetiva concessão das benesses pactuadas, de modo que é “natural que o colaborador dê versões o mais próximo possível que lhe coloquem em uma posição melhor para negociar, e não de como os fatos realmente se passaram”⁵⁹⁴. Somado a isso, trouxe à baila as ponderações feitas sobre o denominado pacto do injusto na Ação Penal nº 1.002/DF, concluindo não existir elementos de prova suficientes para a condenação pelo crime previsto no artigo 317 do Código Penal. Nesse aspecto, foi ainda mais incisivo quanto à falta de descrição mínima acerca

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. pp.270-271.

⁵⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.231.

⁵⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.231. Assinalou o ministro Ricardo Lewandowski: “De fato, para além de reconhecer contradições cada vez mais evidentes nos depoimentos dos colaboradores sobre pontos cruciais da denúncia, pondero que se deve dar pouca ou nenhuma credibilidade à palavra de criminosos confessos, que têm evidente interesse no desfecho condenatório daqueles por eles eleitos como delatados”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.232).

⁵⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.292.

do ato de ofício praticado e à impossibilidade de se alcançar a subsunção com mera referência ao presidencialismo de coalizão:

Reitere-se que a narrativa genérica sobre o presidencialismo de coalizão, sobre os ilícitos praticados na Petrobras, no contexto da operação Lava Jato, ou sobre a alegada compra de apoio parlamentar não elimina a exigência de demonstração *in concreto* do pacto de injusto com abuso de poder em benefício privado praticado pelo réu. Ou seja, entendo não ser suficiente a utilização de argumentos amplos e contextuais para fins de demonstração desse ajuste. Do contrário, teríamos a prática do crime de corrupção por acordo implícito ou pressuposto ou por participação em agremiação ou grupo político, o que não se coaduna com os princípios básicos da responsabilidade penal subjetiva⁵⁹⁵.

Ao fim, a ação penal quanto ao delito de corrupção passiva foi julgada procedente (3x2). Recentemente, entretanto, o resultado foi revertido em sede de embargos de declaração, sendo atribuídos efeitos infringentes, absolvendo todos os réus por insuficiência de provas nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, vencido o ministro Edson Fachin⁵⁹⁶. O processo transitou em julgado em 29 de junho de 2022.

Diante dos fundamentos articulados nos acórdãos e das premissas dos capítulos anteriores, passa-se a resposta ao problema desta dissertação.

⁵⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020. p.302.

⁵⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015 ED**. Relator: Edson Fachin. Relator/Acórdão: Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 02 mai. 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das evidências da falta de efetividade do direito penal no enfrentamento à corrupção, especialmente em razão de sua operacionalidade seletiva e reprodutora de uma estrutura socioeconômica desigual, é inegável que o poder punitivo se consolidou como a via principal para essa tarefa. A proliferação dos instrumentos normativos nacionais e internacionais voltados à temática somada à crença nutrida por parte dos operadores do direito sobre a adequação desse caminho colocam tal combate como um dos eixos centrais da atuação judicial. No desempenho dessa missão, algumas garantias são flexibilizadas, tudo com o fim de se viabilizar a concretização do almejado objetivo. Ademais, diante da amplitude de significados e nuances do referido problema, os discursos jurídicos recorrem a categorias conceituais típicas de outras áreas do saber. Neles, as afirmações sobre as lesões de natureza econômica, social e política são reiteradas em detrimento da observância ao conteúdo do texto legal, que se torna um elemento tangencial para a formulação dos juízos. Nesse contexto, apesar de expressos em termos técnicos-jurídicos, os pronunciamentos revelam, na verdade, questões essencialmente ético-políticas. Diante desse inevitável contato entre os sistemas jurídico e político, observaram-se disfunções que afetam suas bases principiológicas, mormente a legalidade, para o primeiro, e a discricionariedade, para o segundo.

Nessa esteira, ao examinar o tratamento dado pela jurisdição aos temas usualmente relacionados ao campo da política— a judicialização da política – observou-se o deslocamento do poder normativo do Legislativo ao Judiciário, especialmente em razão da inércia do primeiro, da confiança na imparcialidade do segundo e, no âmbito nacional, do papel, a ele atribuído de defesa e materialização da extensa gama de objetivos, direitos e garantias estabelecidos na Carta Constitucional de 1988. Fenômeno que, para alguns, significa a categórica ruptura da Separação de Poderes, para outros, na verdade, trata-se de um reforço necessário ao sistema representativo, de modo a possibilitar a resolução de demandas da sociedade civil as quais foram esquecidas ou renegadas pela agenda política. Como consequência dessa incorporação de tarefas do Legislativo ao Judiciário e com o objetivo de alcançar a máxima efetividade do texto constitucional, suas decisões passam a se caracterizar pela utilização da vasta gramática dos direitos fundamentais, pela argumentação mais flexível, pelo uso da teoria dos princípios e pela inovação no sistema legal a partir da fixação de novos parâmetros normativos. Forma-se, portanto, um terreno fértil para a ampliação da função judicial. Nesse cenário, uma vez posto o Judiciário como espaço de criação normativa e de regulação direta da atividade política, definindo quais são as práticas aceitáveis a partir do

binômio lícito/ilícito, e eleita a via jurídico-penal como meio para o enfrentamento da corrupção, o transporte desse modelo decisório a essa seara, calcada na restrição de direitos e de garantias, mostra-se incompatível com seu principal elemento integrante e limitador, qual seja, a legalidade.

Esse princípio constitui a moldura a ser respeitada pelo julgador em sua atividade interpretativa, de modo a definir quais as fronteiras não podem ser por ele excedidas na valoração da relevância penal de determinada conduta. A partir da legalidade, racionaliza-se o exercício do poder punitivo, estabelecendo a quem cabe criminalizar, bem como as diretrizes sobre quais as interpretações podem, ou não, ser aceitas na aplicação da norma incriminadora no caso concreto. Nessa toada, seu conteúdo impede o uso da analogia em desfavor do acusado e veda a suplementação de eventuais lacunas ou vazios normativos, firmando a autoridade da Lei como o fundamento central para as decisões jurídico-penais. A esse respeito, é do sentido literal, ou cotidiano, da palavra – forma pela qual o legislador comunica a proibição - que o limite interpretativo é demarcado. Por conseguinte, juízos que se não se ancorem nesses pressupostos carecem de legitimidade.

Ademais, como visto, a legalidade é elemento da dogmática penal, a qual, por sua vez, também funciona como fundamento e limite à atividade judicial, visto que, a partir da sistematização dos seus conceitos e enunciados, ela orienta e define o substrato decisório. Como ensina Vera Andrade, ela media o tráfego entre a programação legislada e a sua respectiva operacionalização. Assim, o saber dogmático, o qual deve ser integrado à política criminal e à criminologia, confere segurança jurídica à prestação jurisdicional, de modo a assegurar a aplicação equitativa da lei penal em casos semelhantes, afastando os arbítrios. Nessa linha, consoante Robles Planas, ela delimita os espaços de admissibilidade de novas construções e de novos modelos argumentativos na atuação do julgador. Apesar disso, não se olvida que, muitas vezes, esse saber é desconsiderado ou, ao menos, flexibilizado na construção dos pronunciamentos decisórios, tendo o espaço acadêmico papel relevante na demonstração de tais erros e incoerências.

Diante do problema de pesquisa e com fim de, na sequência, avaliar a compatibilidade dos fundamentos e das conclusões firmadas nos julgados selecionados com a legalidade, examinaram-se as lições da doutrina penal sobre a conceituação do delito de corrupção passiva, o que revelou pontos de convergência e divergência acerca de sua definição, mormente quanto à necessidade, ou não, do mercadejamento de um ato de ofício. A ausência de menção expressa a esse aspecto na redação do tipo, cingindo-se ao “em razão da função”, viabiliza concepções tanto mais objetivas quanto mais subjetivas, conforme pontua Alamiro Velludo. Nessa esteira,

os ensinamentos doutrinários indicam três caminhos: i) é necessário um ato de ofício concreto e individualizado, bem como relacionado ao plexo de atribuições do funcionário público; iii) é necessário somente um ato de ofício em potencial, mas também devendo se encontrar no conjunto de atribuições do funcionário público e iii) não é necessário ato de ofício, bastando a titularidade da função pública. Observou-se, ainda, como forma de reduzir essa amplitude de definições e a margem para discricionariedade do julgador, que trabalhos mais recentes (Greco, Teixeira, Silveira e Côrrea) explicam a caracterização desse crime a partir da categoria do pacto do injusto, sem o qual não há que se falar em corrupção passiva.

Firmadas essas premissas, passou-se aos fundamentos e às conclusões dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal formalizados no bojo das Ações Penais nº 307/DF, 470/MG, 996/DF, 1.002/DF e 1.015/DF, os quais representam três distintos momentos da história da corte.

Especificamente quanto aos pressupostos da tipicidade formal do crime sob estudo, embora alguns autores indiquem uma mudança do entendimento firmado na Ação Penal nº 307/DF, constatou-se uma convergência entre os acórdãos. Em resumo, para sua caracterização, é imprescindível a existência de um vínculo entre a conduta do funcionário público (solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida) e, ao menos, a perspectiva da prática (ou abstenção) de um ato de ofício pertinente ao plexo de atribuições do seu cargo. Esta, portanto, é a moldura legal-interpretativa a ser observada na realização do enquadramento das imputações ao delito.

À vista disso, por meio da análise da AP nº 307/DF, atestou-se um exame individualizado acerca do nexos entre a vantagem indevida e os atos supostamente mercadejados, exigindo-se, nessa oportunidade, a sua precisa descrição e a concreta aderência à função pública desempenhada pelo acusado. Aqui, uma vez não verificado tal pressuposto, concluiu-se pela absolvição nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (os fatos não constituem infração criminosa).

Na Ação Penal nº 470/MG, por sua vez, percebeu-se a presença de determinado nível de abstração sobre o ato de ofício objeto do ilícito, de modo a assentar a sua prática potencial como suficiente para a caracterização do referido crime. A interpretação dada, ainda inserida na moldura firmada, acompanhou o maior grau de pulverização e descentralização das condutas imputadas, as quais, diferentemente daquelas concernentes à ação penal anterior, não são passíveis de perfeita individualização, visto que se encontravam imersas no vasto campo do exercício da atividade política – embora a venda de voto parlamentar para formação de uma base alinhada ao Governo Federal seja o contexto central. Nada obstante, o juízo formulados

se ancoram na avaliação concreta sobre quais potenciais atos, ou omissões, atinentes à atuação parlamentar foram viciados em razão do recebimento da vantagem indevida, isto é, estabeleceu-se a contraprestação dada pelo sujeito ativo. Para isso, apontaram-se as atas de votação dos projetos legislativos de interesse do executivo, as abstenções em tais votações, a atuação dos acusados nas comissões regimentais da casa, ou seja, fatos nquestionavelmente adstritos ao desempenho do mandato do congressista.

A mesma conclusão, contudo, não pode ser aplicada às Ações Penais nº 996/DF, 1.002/DF e 1.015/DF. Nesses autos, como visto, o contexto delituoso pode ser delineado no apoio empreendido pelo parlamentar na indicação de agente a determinado cargo ou para a manutenção do sujeito nele investido.

Inicialmente, apesar de não rejeitar expressamente os anteriores pressupostos quanto ao ato de ofício, observa-se a sua completa abstração, na medida em que sua definição é calcada estritamente em conceitos político-constitucionais, amplos e abertos, mormente a ideia do presidencialismo de coalizão – o qual foi pensado para explicar o plano macro das formações de coalizões –, a função fiscalizatória do Congresso Nacional insculpida no artigo 70 da Constituição Federal e a fidelidade político-partidária. Aqui, os fundamentos condenatórios não se preocupam com a comprovação de que atos pertencentes ao feixe de atribuição do funcionário foram objeto de mercancia, nem mesmo de qual a real influência do agente na suscitada sustentação política, presumindo-se a satisfação de tal requisito sob a égide dos aspectos relacionadas ao funcionamento do sistema político brasileiro.

A esse respeito, é verdade que o feixe de funções de um parlamentar, como bem anotou o Supremo Tribunal Federal na AP nº 470/MG, não é limitado ao seu poder de voto, de propor atos normativos *lato sensu* ou de nomear funcionários para o seu gabinete, mas também inclui a participação em comissões da casa legislativa, a formação de bloco parlamentar, dentre outras. Contudo, nessas ações penais, as premissas condenatórias baseiam-se genericamente na ideia da sustentação política empreendida pelo parlamentar em razão da sua posição de parlamentar (em razão da mera titularidade do cargo). Isto é, do prestígio ou da influência inerente à sua pessoa ou ao seu cargo, mas sem qualquer indicação acerca do poder real – não o de fato – do acusado sobre o ato considerado por ele mercadejado.

Quanto a isso, esse cuidado no exame concreto sobre a mercancia de ato pertinente ao conjunto da função pública foi observado no voto ministro Ricardo Lewandowski na AP nº 996/DF. Oportunidade em que, na linha da moldura legal previamente fixada, ponderou acerca da competência para a indicação por parte do líder do partido político, de modo a diferenciá-lo dos demais membros e conferir-lhe a efetiva potestade de designar ou manter determinada

pessoa em cargo de escolha discricionária. No entanto, restou vencido.

Nesse quadro, como alertou o ministro Gilmar Mendes na Ação Penal nº 1.015/DF, as considerações a respeito do presidencialismo de coalizão, se é verdade que captam um fenômeno relevante, não explicam o dispositivo da decisão de mérito. As manifestações revelam – em detrimento do significado do texto legal e da moldura estabelecida para a atividade interpretativa – a preponderância da proteção da dimensão da moralidade, da ética, da Administração Pública, da probidade. Aspectos estes, notoriamente, importantes e que devem nortear a reformulação da política do Estado brasileiro, mas isso não deve nem conseguirá ser feito pelo caminho do direito penal.

Assim, notou-se que a compreensão perfilhada, nas três últimas ações penais, transformou o binômio “vantagem/ato de ofício potencial” em “vantagem/titularidade da função” ou ainda, como especificamente na Ação Penal nº 1.002/DF, em “vantagem/influência”. Destarte, conferiu-se ao tipo penal, especialmente ao seu elemento de “em razão da função”, sentido diverso do anteriormente fixado, de modo a expandir o alcance da incidência da norma incriminadora e a exceder as fronteiras firmadas para sua aplicação. Interpretação, portanto, violadora da legalidade penal.

Diante disso, tem-se a subversão dos limites impostos à atividade criativa e interpretativa do órgão julgador na formação de sua jurisprudência, afetando diretamente o conteúdo do mencionado princípio, bem como desrespeitando as balizas dele decorrentes.

Proceder que, por conseguinte, enfraquece a autoridade da Lei no campo jurídico-penal. Isso porque legitima e viabiliza a adoção de modelos interpretativos extensivos e descolados do texto legal, ampliando os espaços de discricionariedade. Efeitos estes que não se referem apenas ao delito aqui examinado ou aos agentes de classe social mais elevada, pois, consoante ensina Pavarini, medidas voltadas à expansão penal e à flexibilização de garantias recaem, sobretudo, naqueles já usualmente selecionados pelo sistema punitivo⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ PAVARINI, Massimo. O instrutivo caso italiano. Trad. Vera Malaguti Batista. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: ICC. Ano 1, n. 2, p. 75, 1996.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza Aina. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 23-89, 2001.
- ARANTES, Rogério. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.
- ARAÚJO, Glauco; COSTA, Fabiano; D'AGOSTINHO, Rosanne; STOCHERO, Tahiane. **Especialistas elogiam o julgamento do mensalão pelo STF**. G1, 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/10/especialistas-elogiam-julgamento-do-mensalao-pelo-stf.html>. Acesso em: 2 nov. 2022.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v.15, pp.69-94, dez. 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar de Andrade. A função política do Judiciário. **Revista dos Tribunais**, v.756, pp. 734-745, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, pp. 1-50, 2012b.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**SYN THESIS**), v. 5, n. 1, pp. 23-32, 2012a.
- BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n.33, p.78-89, jan.-jun. 1982.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGUER, Rodrigo José. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (Coords.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 303-320, 2013.
- BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir. Corrupción, violencia y derecho penal. **Derecho Penal y Criminología**, v.21, n.68, p.145-160, jan. 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva,

2021a.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial – crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos – arts. 312-359-H e Lei nº 10.028/2000. v.5. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021b.

BOTERO BERNAL, Andrés. La corrupción: tensión entre lo político y lo jurídico. In: **Opini3n Jur3dica**, v.3, n.6, pp.37-58, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo. **Pol3tica criminal para al3m da “Lava Jato”**. 2022. Dispon3vel em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-11/direito-defesa-politica-criminal-alem-operacao-lava-jato>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRAND3O, Cl3udio. Tipicidade e interpreta33o no Direito Penal. **Seq3encia**: estudos jur3dicos e pol3ticos, pp. 59-89, jun. 2014.

BRASIL. **Constitui33o da Rep3blica Federativa do Brasil**, de 5 de outubro 1988. Bras3lia: Presid3ncia da Rep3blica, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jur3dicos, 5 de out. 1988. Dispon3vel em: <https://tinyurl.com/4zt9zn82>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n3 3.678**, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Conven33o sobre o Combate da Corrup33o de Funcion3rios P3blicos Estrangeiros em Transa33es Comerciais Internacionais. Bras3lia: Presid3ncia da Rep3blica, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jur3dicos, 30 nov. 2000. Dispon3vel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n3 4.166**, de 11 de mar33o de 1942. Disp3e sobre as indeniza33es devidas por atos de agress3o contra bens do Estado Brasileiro e contra a vida e bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil. Bras3lia: Presid3ncia da Rep3blica, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jur3dicos, 11 mar. 1942. Dispon3vel em: <https://tinyurl.com/del4166>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n3 4.410**, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Conven33o Interamericana contra a Corrup33o, de 29 de mar33o de 1996, com reserva para o art. XI, par3grafo 13, inciso “c”. Bras3lia: Presid3ncia da Rep3blica, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jur3dicos, 07 out. 2002. Dispon3vel em: <https://tinyurl.com/dec4410>. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n3 5.015**, de 12 de mar33o de 2004. Promulga a Conven33o das Na33es Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Bras3lia: Presid3ncia da Rep3blica, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jur3dicos, 12 mar. 2004. Dispon3vel em: <https://tinyurl.com/dec5015>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n3 2.848/1940**, de 7 de dezembro de 1940. C3digo Penal. Bras3lia: Presid3ncia da Rep3blica, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jur3dicos, 7 dez. 1940. Dispon3vel em: <https://tinyurl.com/bdz82yaa>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n3 3.689/1941**, de 3 de outubro de 1941. C3digo de Processo Penal. Bras3lia: Presid3ncia da Rep3blica, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jur3dicos, 3 out. 1941. Dispon3vel em: <https://tinyurl.com/3va9enze>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.661/1945**, de 21 de junho de 1945. Promulga a Lei de Falências. Revogado pela Lei nº 11.101, de 2005. Vide art. 192, da Lei nº 11.101, de 2005. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 21 jun. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 1.521/1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 26 dez. 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.591/1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, bem como define crimes relacionados a esse setor da economia. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 16 dez. 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.595/1964**. Dispõe sobre a política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 31 dez. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.947/1966**. Fixa Normas de Direito Agrário. Dispõe sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e dá outras Providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 06 abr. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4947.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.766/1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências, versando sobre crimes que podem afetar direitos econômicos supraindividuais. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 19 dez. 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.492/1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 16 jun. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.137/1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 27 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.212/1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências, com reflexos diretos nas relações econômicas. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 24 jul. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.096/1995**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 19 set. 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/mchk3uv8>. Acesso em: 11 ago. 2022

BRASIL. **Lei nº 9.279/1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, disciplinando regras a serem observadas pelos agentes do mercado. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 14 mai. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605/1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 12 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.613/1998**. Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e visa impedir a utilização do sistema financeiro para ilícitos. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 03 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 43/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26/DF**. Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 13 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1002/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 09 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015 ED**. Relator: Edson Fachin. Relator/Acórdão: Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 02 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 1015/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 10 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 307/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Segunda Turma, julgado em 13 dez. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Segunda Turma, julgado em 29 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 8584/DF. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, n.42, p.42, 1922. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4239>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Hermenêutica da norma penal incriminadora. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS**, Porto Alegre, v.3, n.1-2, pp. 23-

38, 2015.

BUBLITZ, Juliana. **Desfecho do julgamento do mensalão muda a forma como o país vê a impunidade.** GZH Geral, 2012. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2012/12/desfecho-do-julgamento-do-mensalao-muda-a-forma-como-o-pais-ve-a-impunidade-3990094.html>. Acesso em: 19 out. 2022.

BUSTOS GISBERT, Rafael. *Corrupción Política y Derecho*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.89, pp.387-406, mar.-abr. 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje**. Valencia: Tirante lo Blanch, 2017.

CANAL USP. **Política Criminal, dogmática e criminologia**: aula 3, tópico 1. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=B_w31aczjfg. 7:20-7:30. Acesso em: 02 out. 2022.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, pp.115-126, nov. 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A ilusória democratização do (pelo) controle penal. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora (Orgs.). **Construindo as criminologias críticas: a contribuição de Vera Andrade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp.289-323, 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. 1993. 454f. Tese (Doutorado em Direito) – **Universidade Federal de Santa Catarina**, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 1993.

CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS**, 20., 1996, Caxambu. Trabalhos apresentados... Caxambu, 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/20anpocsmg>. Acesso em: 25 jun. 2022.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, Constitucionalismo Democrático e separação de Poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, pp. 17-42, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Cortes Constitucionais como atores políticos estratégicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.116, pp. 187-215, 2019.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Montevideú; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

CORCOY BIDASOLO, M. Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Universidad de Viña del Mar, n.8, pp.52-53, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e psicanálise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos?: agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMAN, Fabiano (Org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/Cegov, pp.57-97, 2017.

DAHL, R.A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, v.252, pp. 25-43, 2009.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
DEDES, Christos. Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”. Tradução de M. Carmen Alastuey Dobón. **Revista de derecho penal y criminologia**, pp.141-146, 2002.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.172, pp.383-419, 2020.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, pp. 43-61, 2003.

ESTADO DE MINAS. **Janot diz que PGR está em guerra contra um inimigo sem face**. Estado de Minas, 2017. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/06/19/interna_politica,877490/janot-diz-que-pgr-esta-em-guerra-contra-um-inimigo-sem-face.shtml. Acesso em: 2 nov. 2022.

EXAME. **Prisões do Mensalão são golpe contra impunidade**. Exame, 2013. Disponível em: <https://exame.com/brasil/priso-es-do-mensalao-sao-golpe-contra-impunidade>. Acesso em: 19 out. 2022.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP). **Corrupção – Aspectos Atuais**. Disponível em: https://pos-graduacao.direito.usp.br/disciplinas_credenci/corrupcao-aspectos-atuais-dpm5997. Acesso em: 03 nov. 2022.

FALCÃO, Márcio. **Falha no combate à corrupção leva à insatisfação da população com a Justiça, diz Fux**. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/24/falha-no-combate-a-corrupcao-leva-a-insatisfacao-da-populacao-com-a-justica-diz-fux.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2022.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo, 1989.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics. Politicizing Law. **Law and Contemporary**

Problems, vol. 65, pp. 41-68, 2002.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio Fernández. Algunas reflexiones sobre la corrupción política. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.88, pp. 317-351, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. Poder y corrupción. **Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales**, México, n.10, p.23-59, mar.-abr. 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial** (arts. 213 a 359). v.2, rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FREIRIA, Marcelo Turbay; FREIRIA, Thiago Turbay. Análise crítica da proposta acusatória relativa ao standard de prova “além da dúvida razoável” nos crimes de colarinho branco. **Revista dos Tribunais** [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.1025, mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p927j58>. Acesso em: 15 abr. 2022.

GARCIA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad política y responsabilidad penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 18, n.52, pp.81-110, jan.-abr. 1998.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. Série Clássicos Jurídicos: Direito, Desenvolvimento, Justiça.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx**. São Paulo: Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006.

GARZÓN, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. In: LAPORTA, Javier Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (Orgs.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza, pp.39-71, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática juridicopenal?. 2008. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_84.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

GINSBURG, Tom. Introduction. In: CASTAGNOLA, Andrea; NORIEGA, Saúl López (Orgs.). **Judicial politics in Mexico: the Supreme Court and the transition to democracy**. Nova York: Routledge, pp. 1-7, 2017.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. Dogmática penal: fundamentos e limite à construção jurisprudencial penal no Supremo Tribunal Federal. **Brazilian Journal of Development**, v.6, n.8, p.60.272-60.303, 2020.

GOMES NETO, J.M.W.; BARBOSA, L.F.A.; LUNA, R.A. Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de habeas corpus da competência originária do Supremo

Tribunal Federal?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.175, pp. 191-210, 2021.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.81, pp. 7-35, 2009.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de ‘política criminal e sistema jurídico-penal’ de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 32, pp. 120-163, 2000.

GRECO, Luís; GUIMARÃES, Adriano Teixeira. Aproximação a uma teoria da corrupção. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.134, pp.159-188, 2017.

HAMILTON, A. **O federalista**. cap.78. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HELMKE, Gretchen. Public support and judicial crises. **Latin America. Journal of Constitutional Law** (University of Pennsylvania), v.13, n.2, pp. 397-411, 2010.

HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.155, pp. 51-70, mai. 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. São Paulo: Forense, 1980.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HURTADO POZO, José. El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal. **Nuevo Foro Penal**, n.39, pp.38-39, ene.-mar. 1988.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. **Qual é o papel da Dogmática Penal?**. Com Juarez Tavares. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pq0RHJapiEA>. min. 3:42-4:12. Acesso em: 02 out. 2022.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial – crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. La corrupción en la democracia. In: LAPORTA, Javier Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (Orgs.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza, pp.135-156, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLAFKE, Guilherme Forma. Os acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas (Brazilian Supreme Court’s decisions as research documents and their distinctive characteristics). **FGV Direito SP**: Law School Legal studies research paper series,

v.132, pp.1-30, 2015.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. In: **COLÓQUIO O DIREITO PENAL E O TEMPO**, 2012, Coimbra. Actas... Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. pp.43-87, 2012.

LEMONS, Sebastián; OLIVERIO ESPEJO, Álvaro. Corrupción y sociedad: apuntes sobre las perspectivas y experiencias de la clase media. In: **JORNADAS DE SOCIOLOGÍA DE LA UNLP**, 10., 2018, Buenos Aire. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79460>. Acesso em: 15 mar. 2022.

LEVINSON, Daryl L. Parchment and Politics: the positive puzzle of Constitutional Commitment. **Harvard Law Review**, v.124, n.3, p. 657-746, 2011.

LEWIS, Flora. Un fenómeno mundial. **El Correo de la Unesco**, pp. 15-16, jun. 1996.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LÓPEZ CALERO, Nicolás. Corrupción, ética y democracia. In: LAPORTA, Javier Francisco; ÁLVAREZ, Silvina (Orgs.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza, pp.117-135, 1997.

MACHADO, Bruno Amaral. Controle Penal dos Crimes de Colarinho Branco no Brasil: de Sutherland a Baratta – reflexões sobre uma política criminal possível. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, ano 9, v.18, pp. 42-72, jul.-dez. 2001.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais**, v.17, pp. 133-174, 2018.

MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de justiça federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.118, pp. 299-329, 2016.

MALEM SEÑA, Jorge F. La corrupción Política. **Jurídica**: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n.31, p.579-595, 2001.

MALET VÁZQUEZ, Mariana. La corrupción: un problema de siempre y los medios de hoy para enfrentarla. **Revista de la Facultad de Derecho**, pp.117-144, 1997.

MARCHETTI, Vitor; OLIVEIRA, Vanessa de Elias. O Judiciário e o controle sobre as políticas públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo. In: **ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS)**, 37., 2013, São Paulo. Anais... São Paulo, 2013.

MATA BARRANCO, Norberto de la. La lucha contra corrupción política. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n.18, pp. 1-25, 2016.

MELO, João Ozorio de. **Brasil combate impunidade, diz jornal dos EUA**. Conjur, 2012. Disponível em: <https://conjur.com.br/2012-out-31/julgamento-mensalao-reverte-historico->

impunidade-jornal-eua. Acesso em: 19 out. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial – arts. 235 a 361 do CP. v.3. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2021.

MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo**: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal. Madrid: La Ley, 2009.

MORENO OCAMPO, Luis Moreno. Corrupción estructural y sistemas normativos: el papel de las “islas de integridad”. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, pp. 1-18, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/revpalermo>. Acesso em: 25 mar. 2022.

NASCIMENTO, Raquel Branquinho P.M. Corrupção passiva e ato de ofício no ordenamento jurídico criminal brasileiro. 2021. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) – **Universidade Católica de Brasília**, Brasília, 2021.

NAVARRO SOLANO, Sônia. Control social y dogmática. In: Edmundo (Coord.). **Criminologia crítica**. Pará: Cejup, pp. 179-188, 1990.

NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul. In: PIOVESAN, Flavia; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 203-222, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. Vol. 1. 37.ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. v.4. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial – arts. 213 a 361 do Código Penal. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Mariana. **Prisões do mensalão rompem com tradição de impunidade, diz Barbosa**. G1, 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/12/barbosa-diz-que-prisoos-do-mensalao-sao-rompimento-com-tradicao-longa.html>. Acesso em: 19 out. 2022.

OLIVEIRA, Vanessa de Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v.48, n.3, pp.559-587, 2005.

PAVARINI, Massimo. O instrutivo caso italiano. Trad. Vera Malaguti Batista. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: ICC. Ano 1, n. 2, pp. 67-76, 1996.

PIERRE, Eugene. **Traite de Droit Politique, electoral et parlementaire**. Paris: Librairies et Imprimeries Reunies, 1893. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5866347w/f53.item>. Acesso em: 12 fev. 2022.

PINOTTI, Maria Cristina (Org). **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Portfolio-

Penguin, 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?:** Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** v.ún. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte especial. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.136, p.15-33, 2017.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO. A tutela da moralidade política pelo direito penal: relato e análise da Ação Penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.106, pp.251-268, 2014.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte general del derecho penal.** Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005.

RABELO, Galvão. Garantias e regras interpretativas: proposta de um modelo garantista de interpretação jurídico-penal. Tese (Doutorado em Direito) – **Universidade Federal de Minas Gerais**, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2020.

RAMOS, B. Vargas. Supremo Tribunal Federal: ‘terceiro gigante’ ou ‘tenente de toga’?. In: ALVES, G.; GONÇALVES, M.; TONELLI, M. L. Q; RAMOS FILHO, W. (orgs.), **Enciclopédia do golpe**, vol. 1, pp. 246-263, 2017.

RAMOS, B. Vargas; CHAVES, Álvaro G. de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Direito.UnB:** Revista de Direito da Universidade de Brasília, v.4, n.1, p. 102-126, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/revistadirunb>. Acesso em: 13 abr. 2022.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito GV**, v.15, n.2, pp. 1-21, 2019.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Tradução de Marília Bassetto. A identidade da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.98, pp. 149-167, 2012.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Os 20 anos do The global expansion of Judicial Power e as diferentes teorias de Judicialização da Política no Brasil: continuidades e discontinuidades. **Ponto de Vista**, n.2, pp. 1-16, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.** Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoria del delito. Traducción de Diogo-Manuel Luzón Peñã, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2.ed. Madrid: Civitas, 2008.

ROXIN, Claus. **Politica criminal y sistema del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

RUGGIERO, Vincenzo. Who corrupts whom? A criminal eco-system made in Italy. **Crime, Law and Social Change**, v.54, p.87-105, 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. **Revista dos Tribunais**, v.933, pp. 47-59, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.85, pp.219-235, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e desafios. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf. Acesso em 29 nov. 2022.

SCHILLING, Flávia. A discussão sobre a corrupção: moral, herança e governo. **Caderno de Estudos Sociais**, recife, v. 14, n. 2, pp. 367-394, 1998, pp. 367-394.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação de Adriano TEIXEIRA. São Paulo: Marcial Pons, p. 44, 2018.

SEIBEL, Wolfgang. Institutional weakness, ethical misjudgment: german christian democrats and the Kohl scandal. In: FLEMING, Jenny; HOLLAND, Ian (Orgs.). **Motivating ministers to morality**. Aldershot: Ashgate, pp. 77-90, 2001.

SEMINÁRIO MENSAL DE DIREITO PENAL. Seminário Mensal de Direito Penal - Profs. Alaor Leite e Ademar Borges. 16 jun. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em: 11 ago. 2022.

SILVA GARCÍA, Germán. La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. **Derecho Penal y Criminología**, v.21, n.68, pp. 129-141, jan. 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Novas e velhas leituras sobre a corrupção: o caso da “rachadinha”. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v.7, n.1, pp. 46-72 2022.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

SORIANO, Ramón. La corrupción política: tipos, causas y remedios. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n.45, pp. 382-402, 2011.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

SOUSA FILHO, A.B. Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na

experiência recente do STF. **Revista Publicum**, v. 2, pp. 74-11, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. v.1: parte general, el hecho punible. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

SUMMER, Colin. Censure, crime and state. In: MAGUIRE, Mike et al. (Eds.). **The Oxford Handbook of Criminology**. 2th.ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. Jurisdicción y Democracia Frente a la Corrupción. **Revista de Derecho**. Consejo de Defensa del Estado, v. 2, n. 1, pp. 107-131, 2001.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, pp. 27-39, 1995.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, pp.1-11, 1995.

TATE; C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, pp. 515-526, 1995.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, v.51, n.4, pp. 825-846, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Corrupción, globalización y derecho penal económico. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, n.74, pp. 11-26, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexander. **Democracy in America**. 1997. Disponível em: http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/toc_indx.html. Acesso em: 19 jul. 2022.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

TSEBELIS, George. **Veto players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Direito Penal 2**. Disponível em: <https://tinyurl.com/22jmhs6h>. Acesso em: 17 out. 2022.

VANUCCI, Alberto. Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications. **Revista Brasileira de Direito**, v.13, n.1, pp. 251-281, jan.-abr. 2017.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da

política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista de Direito GV**, v.4, n.2 pp. 389-406, 2008.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos**: Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, ano 3, n.3, pp. 249-281, 2009.

VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, v.1, pp.100-130, 2021.

VIANNA, Luiz Werneck (Org). **A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG**; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social** [on-line], v.19, n.2, p.39-85, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, pp. 337-550, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, p.441-464, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1982.

WEBER, Max. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo**. Barcelona: Ed. Península, 1969.

ZAFFARONI et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAMPIERI, Natália. Criminalização da política e a politização da justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34, p. 374, jul/dez 2014.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 47, n.185, p. 7-25, jan.-mar. 2010.