

# O juiz, o Direito Penal racional e a atualidade frente ao chamado combate à corrupção

*Renato de Mello Jorge Silveira*<sup>1</sup>

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## 1. Introdução

A corrupção, tardiamente, passou a fazer parte da discussão jurídico-penal do Brasil, isto não quer dizer que ela não fosse, em momentos anteriores, presente ou sentida. Nos dias atuais, no entanto, diversas políticas públicas, de origem internacional, passaram a alterar leis e a motivar inúmeros casos criminais, de um público, até então, pouco atingido por investigações desse jaez. Mais do que isso, nota-se, também, uma nova e mais severa abordagem judicial do tema, o que traz dose de preocupação; afinal, não parece isso coerente com um Direito Penal de orientação liberal.

A consideração inicial, em si bastante rasa, poderia significar que o país está caminhando em melhor direção. Poderia, inclusive, denotar a evolução da sociedade. Será isso, no entanto, verdadeiro? Essa mudança de rumo na nau do Direito Penal parece justificar-se por uma política de combate a esse fenômeno, que é tão antigo quanto o próprio homem. Esse, um ponto de incômodo, e motivo do presente ensaio. Qual seria, enfim, a função do magistrado nessa nova dimensão de trabalho? Nos dias de hoje, parece fundamental, em uma discussão sobre o momento de reforma da democracia, questionar-se o próprio papel do magistrado, e de como ele, eventualmente, pode imiscuir-se em posição de combatente. Essa não parece ser sua missão, nem, tampouco, de um Direito Penal racional, calcado, fundamentalmente, em premissas garantistas, de respeito à ordem democrática.

Embora seja certo que alguns possam mesmo sustentar que esse papel mais ativo do juiz se justifique justamente para fazer frente ao inimigo maior da democracia – qual se mostraria a corrupção em si –, é de se ter em conta a fragilidade do argumento. O magistrado não combate. Ele deve manifestar-se, diz o Direito, com preocupações teleológicas, sim, mas estas sempre têm de ser vistas em sentido reducionista da violência estatal, nunca em sentido ampliador da mesma.

Tais preocupações trazem à lembrança, a seu modo, certa colocação do Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Doutor Marco Antônio Marques da Silva. Sereno e seguro julgador de tantos feitos criminais, o Desembargador, em determinado momento, já distante no tempo, pontuou, nos salões da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que um juiz não deve se portar como parte, mas, sempre, como aquele que julga conforme a lei. Tais acepções sobre a missão do magistrado são aqui trabalhadas, buscando-se a resposta sobre o papel do juiz na presente quadra.

---

<sup>1</sup> Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## 2. A historiografia da corrupção

Com lamentável presença ao longo da história, as noções sobre a corrupção têm sido alteradas. Recorde-se, assim, e em especial, que o século XXI passou a conviver com a ideia e expectativa ilusória de uma visão de governos livres de corrupção. Embora sedutora essa utopia, deve ter-se em conta que o caminho para tanto é absolutamente árduo, e que nele, nem sempre os fins devem justificar os meios.

De todo modo, é de se registrar que existem menções em textos antigos, hindus e gregos, que traçam regras de um governo ideal. Muitos, contudo, dão, paralelamente, os exemplos do não governo, do caos e da corrupção. A ruína de civilizações é expressamente ligada a casos de corrupção genérica; a ruína dos governos, vinculada à perda de sua decência. Poucos casos são tão emblemáticos como a ascensão e queda de Roma.<sup>2</sup> Desde então, da Idade Média a Maquiavel, da exploração das Américas<sup>3</sup> à Revolução Francesa, da Era Industrial à Era de Extremos do século XX, sempre se verifica a menção a atos irregulares de líderes políticos. O mundo, enfim, sempre parece ter convivido com a corrupção.<sup>4</sup>

Na Idade Média, em particular, e até por uma questão de proximidade histórica com a percepção da corrupção no Brasil, constata-se que os momentos de sua maior presença coincidem com as maiores crises institucionais. Na Península Ibérica, Portugal e Espanha são exemplo disso. Depois dos dias de glória de D. Manuel, o Venturoso, uma série de desmandos corroe a glória portuguesa. Na Espanha, mencionam-se os anos de Carlos II como de sua máxima decadência.<sup>5</sup> Anos antes, ainda sob Felipe III, a política cortesã da Corte já ensaiava momentos de corrupção e de reprovação.<sup>6</sup> Tais situações deitam sombra na América, e, em especial, no Brasil, mescla curiosa daquela realidade ibérica.

É interessante a visão da corrupção na evolução do Estado brasileiro. A origem de como a colônia foi deixada de lado, explorada e proibida de conviver com o exterior, talvez muito explique o que ocorre, hoje, no país. Do descobrimento aos dias de hoje, confundem-se história e corrupção. Habib, aponta, nesse particular, casos de destaque, como o da devassa da corrupção (século XVIII); do Brasil Império e do Brasil República. Consta que o mais conhecido caso de corrupção na fase colonial foi aquele envolvendo o Governador da Capitania de Goiás, D. Álvaro Xavier Botelho de Távora, Conde de S. Miguel, o primeiro alto cargo questionado em termos de corrupção.<sup>7</sup> Outros casos não menos dramáticos verificaram-se após o momento da vinda da família real portuguesa ao Novo Mundo, em sua desesperada fuga de Napoleão. Com a colônia tornando-se centro do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, a nova estatura dimensional do

<sup>2</sup> Cf. GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César: un estudio sobre la Lex Iulia de Repetundis*. Granada: Comares, 2009. p. 25 e ss.

<sup>3</sup> Cf., em particular, SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009. p. 27 e ss.

<sup>4</sup> Cf. BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve historia de la corrupción: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010. Passim.

<sup>5</sup> Cf. SANZ TAPIA, Ángel. Op. cit., p. 28 e ss.

<sup>6</sup> Cf. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón – la sombra del valido – privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 13 e ss.

<sup>7</sup> HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 5 e ss.

funcionalismo a tudo propiciava. Qual Felipe III já fizera em seu tempo, vendem-se cargos e vantagens, sendo sabido que “correu solta a corrupção”.<sup>8</sup>

Em que pese o repúdio de Ruy aos mandos e desmandos do fim do Império; à sensação absoluta da corrupção anterior e posterior; às chagas da República Velha, República do Café com Leite, do Estado Novo e seus momentos seguintes; aos escândalos de acusações feitas ao Governo Vargas; aos mistérios das obras dos anos 1950/1960; ao período militar, enfim, nada abalou mais a história do Brasil do que a era Collor. Segundo Schilling, ainda que tema antigo, a corrupção emerge com força e vitalidade no Brasil do momento Collor, no qual escândalos, denúncias e, inegavelmente, uma enorme perda de apoio político, acabaram por declarar um impeachment anunciado.<sup>9</sup> A corrupção, desse modo, começa a conhecer uma nova fase, à qual o Direito Penal parece pretender externalizar a saturação da população a seu respeito. Momentos posteriores, no entanto, reservaram maiores surpresas, em especial quando a questão passou a ser tratada de forma diferenciada pelo Judiciário nacional, em especial nos conhecidos casos Mensalão e, agora, Lava Jato.

### 3. A visão da corrupção: entre o tradicional e moderno

No Brasil, em que pese o fato de se utilizar do termo “corrupção”, para um sem número de crimes (como, v.g., o seriam a ideia de corrupção de menores, de corrupção de substância ou produto alimentício, de corrupção de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais), a noção diretriz de corrupção parece dizer respeito, fundamentalmente, aos crimes contra a administração pública.

Por essa razão, e tendo em conta a dificuldade probatória de uma corrupção ida como de alta gama, Hungria, em 1958, mencionava o problema da corrupção passiva, recordando que:

*[...] o aforismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a steeplechase dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o “contínuo”, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. Quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O “estado-maior” da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições.*<sup>10</sup>

<sup>8</sup> HABIB, Sérgio. Op. cit., p. 14.

<sup>9</sup> SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 147 e ss.

<sup>10</sup> HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX, p. 362 e ss.

Hungria tinha um ponto de razão quando mencionava a simples condenação de intermediários. Mas seria ela limitada a esse estado de coisas? Os aspectos e fronteiras da corrupção sempre foram muito além disso, e os anos próximos à virada do século pareciam antecipar esse estado de coisas. Interessante notar, no entanto, que outros países encaram o fenômeno de forma mais ampla, tendo-o não necessariamente vinculado a um tipo penal em particular, o que muitas vezes acaba por gerar enormes problemas de acusações vagas de incidência em corrupção sem nenhuma base fática ou típica.<sup>11</sup>

Entretanto, não deixa de ser curioso o fato de que os danos inerentes à mesma tenham sido, durante muitos e muitos anos, desvalorados, quer por se entender ser ela muito mais ligada à realidade de países subdesenvolvidos, quer por se ignorar que o caráter bipedal dado à corrupção acaba por gerar efeitos no âmago dos crimes de colarinho branco e de crime organizado.<sup>12</sup> Somente em momento posterior, principalmente a partir dos anos 1990, é que se amplia significativamente a discussão sobre o tema corrupção.

Contudo, ainda nos anos 1970, a intervenção danosa da corrupção começou a se fazer presente em diversas análises econômicas.<sup>13</sup> A própria Organização das Nações Unidas, nesse diapasão, em virtude do grande aumento do comércio transnacional, abordou embrionariamente o tema da corrupção em transações comerciais internacionais já na Resolução no 3.514, de 15 de dezembro de 1975. Em continuidade, no ano de 1996, foi promulgada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, tanto doméstica quanto internacional. Para tanto, já acatando certa flexibilidade no conceito tradicional de corrupção, adotou, em seu art. IV, que poderiam ser vistos como atos de corrupção tanto a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outro benefício como dádivas, favores, promessas ou vantagens, para si ou mesmo para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas, bem como a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios, como os já mencionados, a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; ou a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas

<sup>11</sup> Para Anachiarico e Jacobs, “corruption is neither a single form of behavior nor an obvious species of conduct. Corruption is a name we apply to some reciprocities by some people in some contexts at some times. The popular use of the term does not require that the conduct labeled corrupt be illegal; it is enough that the labeler thinks it is immoral or unethical. Since people’s views about moral and ethical conduct differ in important respects, corruption is often a contested label. Indeed, these days public servants are admonished not only to adhere to the skein of laws prohibiting a wide variety of conduct, but to avoid ‘the appearance of corruption.’ Such a warning recognizes that the term *corruption* refers to more than just positive law, but fails to recognize that appearance of corruption is in the eyes of the beholder. When the beholder is a mass audience and a muckraking press, it is a hard admonition to heed.” (ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. pp. 3 e ss.).

<sup>12</sup> Cf. SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 963 e ss.

<sup>13</sup> Cf., genericamente, DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos: una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. Urduliz: Desclée De Brouwer, 2009. p. 83 e ss.

funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro; ou, ainda, o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere o citado artigo; além da participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertado, ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para praticar qualquer dos atos a que se refere o citado artigo.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), criada em 1961, que pretende dar bases para a própria economia de mercado livre, principalmente junto aos países ricos, muito trabalhou em consideração à Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, de 1997. Isso teve efeitos significativos no Brasil, já que o Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, acabou inserindo na normativa brasileira tais previsões.<sup>14</sup>

Nesse esteio, foi dado o primeiro salto em relação à amplitude do termo corrupção. Deixa ela de ser limitada a um âmbito funcional da administração pública interna, para ganhar espaço, também, em relações comerciais internacionais. De todo modo, diversas menções normativas internacionais propiciaram a alteração de dispositivos em muitos países europeus, sendo considerados, os anos 2000, extremamente férteis em termos de alterações legislativas sobre a corrupção.<sup>15</sup> Em especial, de se destacar que o *XVII Congresso Internacional de Direito Penal*, da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em Pequim, em 2004, acabou por aprovar uma série de resoluções relativas à corrupção e aos delitos a ela associados. Pontualmente, acabou por entender que existe uma série de crimes aparentados à corrupção, como a fraude, apropriação indébita, extorsão, lavagem de dinheiro, etc.<sup>16</sup>

Com tais considerações, resta bastante claro que, presentemente, quando se fala em corrupção, dista-se, em muito, unicamente dos simples preceitos dados a tipos fechados contra a Administração Pública.<sup>17</sup> Muito além disso, está a se falar de uma nova orientação político-criminal, com derradeiros reflexos legislativos, sobre a ideia da corrupção, que se mostra, mesmo, como um Projeto Internacional contra a Corrupção.<sup>18</sup> E é nesse cenário que se verifica maior e mais presente atuação, também do Judiciário, em relação à corrupção, estabelecendo-se um verdadeiro ambiente de combate. A dúvida posta, portanto, versa, justamente, sobre a possibilidade, ou legitimidade, de o magistrado vir a participar de um ambiente de confronto, despidendo-se, assim, de uma esperada posição salomônica, tão preservada e decantada em termos clássicos.

<sup>14</sup> Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal *compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36 e ss.

<sup>15</sup> Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção. In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção – reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 6 e ss. RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional publico para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 113 e ss.

<sup>16</sup> BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 14 e ss.

<sup>17</sup> Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *RBCCrim*, v. 17, n. 81, p. 7-35, 2009.

<sup>18</sup> ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. Op. cit., p. 18 e ss.

#### 4. O atual alcance da compreensão da corrupção e a necessidade de racionalidade judicial

O Direito Penal pode ser visto de diferentes formas, conforme seja a ideologia que se tenha em mente. Nesse sentido, é possível justificar um Direito Penal minimalista ou expansivo,<sup>19</sup> com visões e percepções mais ou menos punitivistas, conforme seja, aliás, o fim esperado ao mesmo. Sempre, contudo, deve ser sustentada a busca de uma racionalidade. Somente um Direito Penal racional, lógico na sua essência e lastreado em princípios bem postos, é que pode gerar um mínimo de segurança jurídica.

Trata-se, de fato, do que Moccia já tinha em conta quando mencionava a aparente antítese entre garantia e eficiência. Ambas são elementos de controle social,<sup>20</sup> e devem conviver. Buscar necessariamente leituras mais eficientes do que garantistas podem pender a balança da justiça desmesuradamente *contra reum*, e, assim, se mostrarem injustas. A virtude, uma vez mais, parece estar no meio. O que se tem de ter em mente, em uma busca de racionalidade, é que a severidade penal positivada pode, sim, ser mitigada em favor do réu conforme seja o caso. Desvinculando-se de primados unicamente positivados, a esperança de um Direito Penal racional – e teleologicamente orientado – parece ser uma justa medida. Entretanto, isso se mostra pouco presente na luta contra a corrupção.

Recordem-se, nesse caminhar, as palavras de Berdugo e Fabián Caparrós, ao mencionarem a corrupção como uma manifestação de uma utilização desviada de poder, que dirige seu exercício a benefício próprio ou de terceiro.<sup>21</sup> A percebida expressão internacional, nesse sentido, deve-se à constatação de que os supostos efeitos desenvolvimentistas da corrupção sempre foram ilusórios. Taylor comenta esse fato, deparando-se com a mudança de visão dada ao problema, em especial quanto a uma constatação de que não mais se aceita qualquer suposto desenvolvimento oriundo da corrupção. Pelo contrário.<sup>22</sup> E isso não se adéqua nem mesmo sob vistas de uma equação brasileira.<sup>23</sup>

Uma vasta literatura surgida em anos próximos, leva a crer que a tendência de se refutar tais práticas não admite volta.<sup>24</sup> Embora possa haver dúvida sobre a assertiva de que a corrupção reflita uma degradação de valores morais,<sup>25</sup> hoje ela vai mais além. Ela se mostra globalizada em sua presença e em seu combate, tudo fruto acessório da própria globalização. No entanto, não é de se esperar que o Judiciário rompa sua

<sup>19</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2009. p. 331 e ss.

<sup>20</sup> Cf. MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 1 e ss.

<sup>21</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Op. cit., p. 8. Outras concepções, também próximas, podem ser vistas em GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Comp.). *La corrupción*. México D.F.: Coyoacán, 2007. p. 11 e ss.

<sup>22</sup> TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountability reforms, and democracy in Brazil. In: AA.VV. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 150 e ss.

<sup>23</sup> TAYLOR, Matthew M. Op. cit., p. 152 e ss.

<sup>24</sup> Cf. GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: AA.VV. *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997. p. 7 e ss. THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: AA.VV. *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009. p. 25 e ss.

<sup>25</sup> Cf. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 2006. p. 38 e ss.

racionalidade no anseio, mesmo que válido, de afronta a tal estado de coisas. Resta saber-se, no entanto, se isso é compatível ou não com um Direito Penal liberal e racional. A primeira questão, nesse aspecto, é se caberia a noção colocada acerca de “luta” ou “combate”? Muitos penalistas, senão quase todos, uma vez ou outra já incorreram em tais colocações. Seria isso, no entanto, também compatível com o que se espera de um Direito Penal racional? Ou mais. Seria o combate algo a se esperar de um magistrado?<sup>26</sup>

Inicialmente, é de se ver, nesse aspecto, uma expressiva expansão do Direito Penal, como bem ressalta Silva Sánchez. Para o autor, já desde algum tempo, pode-se perceber, em uma grande maioria dos países, uma tendência clara de introdução de novos tipos penais, agravamento de penas já existentes, reinterpretção de garantias penais clássicas, ampliação dos espaços de risco relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios de garantia. A isso poderia ter-se por expansão do Direito Penal.<sup>27</sup> Assim, inegável a percepção de que a leitura da corrupção, internacionalmente, passa por um momento de expansão. Apesar de tal expansão parecer ser inevitável, questiona-se a respeito de sua legitimidade.

Além disso, afirma-se que a corrupção perverte a própria economia política do Estado,<sup>28</sup> gerando enormes escândalos mundo afora,<sup>29</sup> culminando, no Brasil de hoje, nas implicações da chamada Operação Lava Jato. Menciona-se, à miúdo, certa proximidade da aludida Operação com o que se deu na Itália dos anos 1990. Tinha-se, então, a Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*), vista, também, sob a alcunha de *tagentopoli*.<sup>30</sup> Como se sabe, ela originou prisões impactantes. Em 1992, a partir da prisão de um determinado senhor de nome Mario Conti, deflagrou-se um sem-número de escândalos. Com esse senhor, foram encontradas sete milhões de liras, cuja origem se dera em ato de corrupção, o que desencadeou investigações que implicaram mais de 1.500 prisões, compostas por mais de oitenta parlamentares, três ex-membros do Conselho de Ministros, vários ex-Ministros, ex-prefeitos, etc.<sup>31</sup> Aquele momento, em que quase se legitimou um emergência penal, parece, hoje, replicar-se no Brasil.

<sup>26</sup> O termo combate, é verdade, é de utilização internacional. Assim, verifica-se, v.g., na previsão da OCDE em relação à Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, de 1997, que foi assimilada, no Brasil, pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Mesmo assim, resta evidente o equívoco de sua colocação.

<sup>27</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF, 2011. p. 20.

<sup>28</sup> ETZIONI, Amitai. *Capital corruption: the new attack on American democracy*. New Brunswick: Transaction Books, 1984. p. 81 e ss.

<sup>29</sup> GARMENT, Suzanne. *Scandal. The culture of mistrust in American politics*. New York: Time, 1991. p. 13 e ss.

<sup>30</sup> A expressão é aqui colocada consoante a visão italiana de que diz respeito aos ganhos irregulares advindo de uma tangente – expressão atinente aos ganhos irregulares. ZANCHETTA, Pier Luigi. *Tagentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales*. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996. p. 98 e ss. O uso jornalístico acabou por cunhar a expressão *tagentopoli*, que é usada frequentemente como sinónimo à Operação Mãos Limpas. Cf. PADOVANI, Tullio. *Il problema 'Tagentopoli' tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p. 448 e ss

<sup>31</sup> Cf. BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Mani pulite, la vera storia: da Mario Chiesa a Silvio Berlusconi*. Roma: Riuniti, 2002. Passim. ZANCHETTA, Pier Luigi. Op. cit., p. 85. SARGIACOMO, Massimo; IANNI, Luca; D'ANDREMATTEO, Antonio. *Accounting and the fight against corruption in Italian Government Procurement: a longitudinal critical analysis (1992-2014)*. *Critical Perspectives in Accounting*, v. 28, 2015, p. 89 e ss. Moccia, no entanto, recorda que “i fatti di tagentopoli per la prima volta hanno consentito l'intervento penale in ambiti considerati tradizionalmente quasi *ex lege*: ceto politico-amministrativo ed imprenditoriale anche di altissimo livello. Ci/po è stata la conseguenza dell'esplosione di una lunga e rilevante crisi politico-instituzionale che negli ultimi anni ha raggiunto l'apice con una vera e propria percussione del sistema a tutti i livelli. Si è avuto, infatti, un crescente affermarsi di logiche di lottizzazione privatistica e di clientela nella gestione della cosa pubblica, con un progressivo venir meno di un efficace sistema di controllo per la tendenziale del potere e la sua deslocazione in sedi tutt'altro che trasparenti.” MOCCIA, Sergio. *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da tagentopoli*. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p. 461.

Da mesma forma, pode-se vislumbrar uma eventual emergência processual, a qual pode, e deve, ser criticada. Padovani assim procedeu, mencionando os riscos que poderiam ser vistos em uma situação que eventualmente recordaria um auto-de-fé coletivo.<sup>32</sup> Isso, derradeiramente, acaba por, quiçá, entoar uma política judiciária um tanto complexa, a qual, procurando dar respostas à sociedade, pode deslocar o magistrado de seu papel de árbitro, para uma posição parcial, como se procurasse, ele próprio, estabelecer determinado “combate”.<sup>33</sup> Essa leitura pode, por sua vez, parcialmente justificar a própria decisão de 17.2.2016, no qual o Supremo Tribunal Federal, no HC 12.292/SP, modificou sua jurisprudência, passando a entender pela possibilidade de execução provisória da sentença condenatória após decisão de segundo grau. Aqui, duas ponderações.

O Pretório Excelso é, em parte, uma Corte política. Entretanto, ele é mais do que isso. No seu papel de mais alto Tribunal do país, ele deve se portar como maior orientador da jurisprudência nacional. Em que pese qualquer sorte de ponderações no sentido de se afirmar que alguns países aceitam o modelo de respeito e vinculação unicamente à dupla jurisdição, e que isso poderia implicar eventuais impunidades (ou maiores demoras na prestação jurisprudencial plena), é de se ver a impropriedade de uma modificação unicamente com fins de satisfação à opinião pública. Se o entendimento for de cunho dogmático – e existe essa possibilidade –, talvez se pudesse aceitar a decisão. Nunca, contudo, com um viés unicamente de vertente política. E, aqui, seu pecado mais significativo.

Em segundo lugar – e isto parece comprometer a decisão em um todo –, com ela se está, verdadeiramente, maculando a ideia de presunção de inocência. Com o risco perene de se comprometer o entendimento do instituto,<sup>34</sup> é fato inexorável que ele se vê seriamente comprometido com a instalação de um discurso de emergência atinente a conter a ideia de mais severas punições, e, em especial, de maiores respostas à corrupção. Não se tratou, como fora a elaboração, anos antes, de uma proposta de modificação conceitual da esfera de recursos, sustentada pelo Ministro César Peluso.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Assim, menciona que os riscos de soluções excepcionais são tremendos, e que “rimanendo nel contesto del Sistema punitive, v'è piuttosto da osservare che l'idea di un auto-da-fé collettivo si tradurrebbe in meccanismi di 'ingegneria penitenziale' squisitamente cattolici, e forse per questo corrispondenti al *Volksgeist* di un paese sensibile alle suggestione del circuito 'confessione-pentimento-penitenza-salvezza'.” PADOVANI, Tulio. Op. cit., p. 451.

<sup>33</sup> Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Traducción por Ricardo Robles. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 484 e ss. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 826 e ss.

<sup>34</sup> Como alerta Alcaraz Ramos, “ha advertido Capella que el uso del concepto ‘presunción de inocencia’ para eludir o diferir la responsabilidad política es mero recurso retórico, técnica de ‘profesionales del dominio público’, porque: ‘Salvo que olvidemos la navaja de Occam, la ‘presunción de inocencia’ no tiene sentido en cualquier contexto discursivo: no se presume inocencia de los perfumeros, los enfermos, los cristianos o los ciudadanos; la ‘presunción de inocencia’ cobra sentido cuando existen ‘indicios racionales de criminalidad’ a juicio de la autoridad competente y solamente en relación dialéctica con ellos. Sirve para mantener la cuestión de la culpabilidad alejada o suspendida, a pesar de los indicios, durante un proceso en que ha de dilucidarse si hay *prueba suficiente*.’ La presunción de inocencia tiene su sentido acotado *ad intra* del procedimiento judicial y no puede confundirse, aunque se haya generalizado, con la protección contra injurias, calumnias u otros atentados al honor. No tiene sentido una invocación general a ese derecho, como se ha acabado haciendo, ante la mera insinuación de que alguien puede haber participado en actividades que *podrían* relacionarse, directa o indirectamente, con hechos delictivos. Prosigue Capella: ‘Como cuestión de hecho, los ‘indicios racionales de criminalidad’, pese a contrapesarse con la ‘presunción de inocencia’ de un procedimiento penal, no pueden afectar la *confianza* política (y acaso también a la *dignidad*) en mayor o menor grado. Pues la presunción de inocencia es un concepto procesal penal que por mucho que se quiere no puede exportarse fuera dese ámbito.’ ALCARAZ RAMOS, Manuel. Corrupción política, derechos fundamentales y opinión pública. In: JAREÑO LEAL, Ángeles; DOVAL PAIS, Antonio (Dir.). *Corrupción pública, prueba y delito*: cuestiones de libertad e intimidad. Navarra: Aranzadi, 2015. p. 27 e ss.

<sup>35</sup> Foi o que se denominou, à sua época, de PEC dos Recursos (PEC 15/2011). Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>.

Aqui, simplesmente se pretendeu superar uma leitura garantista e mitigar a noção de presunção de inocência, indo-se, aliás, para além do que se sustentava.

Em última sede, deve-se ter em mente que somente um árbitro isento pode bem avaliar o grau de responsabilidade de determinado indivíduo, face às leis e aos regramentos normativos existentes. E essa leitura somente é possível dentro de uma perspectiva limitada e balizada por princípios. Daí, hoje, se falar não só (ou unicamente) em ilegalidades, mas, também, em ilegitimidades. Uma determinada leitura pode, pois, ser legal, mas ilegítima, na medida em que viole determinados princípios condutores do Direito Penal.<sup>36</sup> Daí, a se entender que um juiz não pode, ainda que com boa intenção e motivos, pretender proceder um combate qualquer, a qualquer que seja a criminalidade do momento. Tampouco se pode aceitar que, com esse propósito, se vulnerem determinadas premissas principiológicas, o que levaria sua decisão à ilegitimidade. Seu único combate permitido é o combate pelo bom Direito. Nada mais.

Derradeiramente, há de se ter em conta que todos os países, infelizmente, detêm sua versão de *tagentopoli*.<sup>37</sup> Uma cruzada contra a mesma, além de ineficaz,<sup>38</sup> e ilegítima, pode perverter o que a Justiça tem de mais caro, que é sua serenidade. A corrupção, mais do que nunca, necessita de respostas contundentes da Justiça. Mas deve-se firmar posição de que não é amoldando essa mesma Justiça a determinado caso, ou eventualmente tomando, o magistrado, partido em determinada questão, que por ela se pontuará, senão o contrário. Themis, afinal, é simbolizada como cega para sempre tratar todos com parcimônia, e não para pender sua balança para qualquer lado, conforme seja o interesse em questão. É essa a emergência que não se deve aceitar.

<sup>36</sup> Cf. YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: BdeF, 2014. p. 754 e ss.

<sup>37</sup> Cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Tagentopoli* tiene traducción al castellano. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996. p. 100 e ss.

<sup>38</sup> Para Anachiarico e Jacobs, “the anticorruption Project may be more effective if proposed are analyzed beforehand for effectiveness and possible negative impacts on public administration. Further, the new discourse should strive to prioritize different types of corruption. Perhaps it will be determined that corruption in the judiciary and prosecutors’ offices (for example, bribing a judge or prosecutor) is most destructive to government legitimacy, while certain conflicts of interest in contracting are less destructive, at least when the government receives full value for its expenditures. Arguably, corruption by high-level officials is more destructive to the body politic than corruption by low-level personnel. Corruption that represents a payment for the expeditious provision of a routine service is less destructive than corruption by represents a payment to issue a license or permit which, for safety reasons, should not be issued at all. A systematic effort to prioritize corruption according to its negative consequences for society and government legitimacy would produce a hierarchical list of targets at which corruption controllers could aim.” ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. Op. cit., p. 194 e ss.

## Bibliografía

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Traducción por Ricardo Robles. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

ALCARAZ RAMOS, Manuel. Corrupción política, derechos fundamentales y opinión pública. In: JAREÑO LEAL, Ángeles; DOVAL PAIS, Antonio (Dir.). *Corrupción pública, prueba y delito*: cuestiones de libertad e intimidación. Navarra: Aranzadi, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Tagentopoli tiene traducción al castellano. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho*: el papel de la jurisdicción. Madrid: Trotta, 1996.

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity*. How corruption control makes government ineffective. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

BAIGÚN, David; BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción*: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur. Buenos Aires: Ediar, 2006.

BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Mani pulite, la vera storia*: da Mario Chiesa a Silvio Berlusconi. Roma: Riuniti, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *RBCCrim*, v. 17, n. 81, p. 7-35, 2009.

BRIOSCHI, Carlo Alberto. *Breve historia de la corrupción*: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Juan Ramón Azaola. Madrid: Taurus, 2010.

DIEGO BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos*: una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas. Urduliz: Desclée De Brouwer, 2009.

ETZIONI, Amitai. *Capital corruption*: the new attack on American democracy. New Brunswick: Transaction Books, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2009.

GARMENT, Suzanne. *Scandal*: the culture of mistrust in American politics. New York: Time, 1991.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de corrupción. In: ZAPATERO, Virgilio (Comp.). *La corrupción*. México D.F.: Coyoacán, 2007.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 2006.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio. *La corrupción política en época de Julio César*: un estudio sobre la *Lex Iulia de Repetundis*. Granada: Comares, 2009.

HABIB, Sérgio. *Brasil*: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Santiago. *Rodrigo Calderón – la sombra del valido – privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- MOCCIA, Sergio. Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da tangentopoli. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1996.
- \_\_\_\_\_. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- PADOVANI, Tullio. Il problema “tagentopoli” tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996.
- RIQUERT, Fabián Luis. Instrumentos de derecho internacional público para la prevención contra la corrupción. In: BAIGÚN, David; GARCÍA RIVAS, Nicolas (Dir.). *Delincuencia económica y corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- SANTOS, Cláudia. A corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In: ANDRADE, Manoel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- SANTOS, Cláudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- SANZ TAPIA, Ángel. *¿Corrupción o necesidad?: la venta de cargos de gobierno americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2009.
- SARGIACOMO, Massimo; IANNI, Luca; D’ANDREAMATTEO, Antonio. Accounting and the fight against corruption in Italian Government Procurement: a longitudinal critical analysis (1992-2014). *Critical Perspectives in Accounting*, v. 28, 2015.
- SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. (Monografias, 8).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TAYLOR, Matthew M. Corruption, accountability reforms, and democracy in Brazil. In: *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.
- THACKER, Strom C. Democracy, economy policy, and political corruption in comparative perspective. In: *Corruption & democracy in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg, 2009.
- YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: BdeF, 2014.
- ZANCHETTA, Pier Luigi. Tagentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales. Traducción por Perfecto Andrés Ibáñez. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.