

Exmo. Sr. Coordenador da Coordenação de Ensino Superior (COESUP) do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB)

Referente a documentos SIGAD nº 100.133479/2018-79, 100.167586/2018-09, 100.089763/2019, 100.097629/2019 e 100.171058/2019-27

Requerimento para entrega do produto final

Gabrielle Tatith Pereira, já qualificada nos autos, facilitadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Acadêmicas *Criminalização a Política e Poder Legislativo: o regime jurídico da responsabilização pelo exercício da função legislativa*, classificado na área de conhecimento DIREITO, conforme resultado final do processo seletivo iniciado pelo Edital nº 09, de 2018, do ILB, vem, por meio deste, entregar o **produto final**, conforme documentos anexos.

Brasília, 14 de janeiro de 2019.

GABRIELLE TATITH PEREIRA

Facilitadora



**CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA, CORRUPÇÃO E PODER
LEGISLATIVO:
A RESPONSABILIDADE PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO
LEGISLATIVA**

Gabrielle Tatith Pereira (Facilitadora)

Edvaldo Fernandes da Silva

Hugo Souto Kalil

Roberta Simões Nascimento

Tairone Messias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1. TEMPOS DE CRISES: ENTRE A IMPUNIDADE E CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Edvaldo Fernandes da Silva

- 1.1. Introdução
- 1.2. A crise do presidencialismo de coalizão
- 1.3. A crise da democracia representativa
- 1.4. A crise do direito democrático
 - 1.4.1. Expansão do processo, restrição de direitos
- 1.5. A democracia brasileira entre a impunidade e a criminalização da política
- 1.6. Três tipologias de criminalização da política
 - 1.6.1. Primeira tipologia de criminalização da política: A redução da discricionariedade política pelo incremento da discricionariedade da jurisdição penal
 - 1.6.2. Segunda tipologia de criminalização da política: a absorção da jurisdição política pela jurisdição penal
 - 1.6.3. Terceira tipologia de criminalização da política: a violação do princípio da proporcionalidade na jurisdição penal relativa a mandatários
- 1.7. Considerações finais
- 1.8. Referências bibliográficas

2. A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM TEMPOS DE CRISE

Tairone Messias

- 2.1. Introdução
- 2.2. Elementos conceituais da *criminalização da política*: proposta de caracterização do fenômeno
 - 2.2.1. Criminalização da política: o protagonismo do sistema de justiça e a flexibilização de garantias para políticos
 - 2.2.2. Outros sentidos de criminalização da política

- 2.3. Criminalização da política no Brasil
- 2.4. Crítica ao conceito de criminalização da política
- 2.5. Considerações finais
- 2.6. Referências bibliográficas

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Gabrielle Tatith Pereira

- 3.1 Introdução
- 3.2. O impacto da criminalização da política no exercício da função legislativa
- 3.3. Criminalização e a mudança de paradigma para o exercício da função legislativa
- 3.4. Processo legislativo, emendas parlamentares e mercancia da função pública
- 3.5. Partidos políticos pragmáticos, campanhas eleitorais e corrupção
- 3.6. Representação política, interesses privados e corrupção
 - 3.6.1. Mandatos coletivos ou compartilhados e novas formas de representação
- 3.7. Presidencialismo de coalizão ou de compadrio?
- 3.8. Considerações finais
- 3.9. Referências bibliográficas

4. CRIMINALIZAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA E O ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS

Gabrielle Tatith Pereira

- 4.1. Introdução.
- 4.2. Imunidades parlamentares: prerrogativas ou privilégios?
- 4.3. Imunidade material e responsabilidade do ente público: um sinal de alerta.
- 4.4. Imunidade material, critérios funcional e espacial e a superação da regra constitucional.
- 4.5. Prerrogativa de foro e ruptura constitucional (quando a Moral e o pragmatismo vencem o Direito).
- 4.6. Considerações finais.
- 4.7. Referências bibliográficas.

CAPÍTULO 5. A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA PERSECUÇÃO PENAL

Hugo Souto Kalil

5.1. Introdução

5.2. Elementos teóricos em câmbio: a nova jurisprudência penal brasileira em matéria de criminalidade econômico-política

5.2.1. A lei das organizações criminosas: antecipação do momento consumativo dos delitos, o emprego da colaboração premiada e de escutas clandestinas

5.2.2. Os problemas do ato de ofício e da vantagem indevida no delito de corrupção

5.2.3. O problema do afastamento da função pública e a prisão dos parlamentares

5.2.4. Caixa dois eleitoral e os delitos conexos e a vedação de doações empresariais

5.2.5. A natureza jurídica no crime de lavagem de dinheiro e a mudança do entendimento relativo à consunção com o delito de corrupção

5.2.6. O domínio do fato e da organização e sua aplicação no direito brasileiro

5.2.7. O novo marco pretoriano do foro por prerrogativa de função

5.3. Análise dos achados: há um processo de criminalização da política em curso?

5.3.1. O direito penal do autor e o direito penal do inimigo: a política como inimiga

5.3.2. Ativismo como instrumento da colonização da atividade política pelo direito penal

5.4. Considerações finais

5.5. Referências bibliográficas

CAPÍTULO 6. A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DOS PARLAMENTARES (POR ATO INDECOROSO E CORRUPÇÃO)

Roberta Simões Nascimento

6.1. Introdução

6.2. Algumas distinções básicas entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade ético-política

6.3. Principais teses sobre a responsabilidade política

6.3.1. Sobre a necessidade de uma responsabilidade política e sua definição

- 6.3.2. O concurso de responsabilidades e a independência das instâncias jurídica (penal) e política
- 6.3.3. A inexistência de recurso e a insindicabilidade da responsabilidade política
- 6.3.4. As condutas indecorosas e a exigência de contemporaneidade
- 6.3.5. O que conta como prova e a influência do “jurídico” na responsabilidade política
- 6.4. A responsabilidade política na Constituição de 1988 e no ordenamento brasileiro
 - 6.4.1. A convocação de autoridades pelo Congresso Nacional
 - 6.4.2. A responsabilidade política dos parlamentares (por quebra do decoro parlamentar)
 - 6.4.2.1. O conceito de decoro parlamentar
 - 6.4.2.2. Sobre o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar (CEDP)
 - 6.4.2.3. O procedimento da punição por quebra de decoro parlamentar na Câmara dos Deputados
 - 6.4.2.4. O procedimento da punição por quebra de decoro parlamentar no Senado Federal
 - 6.4.3. A responsabilidade política do Presidente da República (impeachment)
 - 6.4.4. Outras formas de responsabilidade política
- 6.5. Os mecanismos para prevenção da corrupção e fortalecimento da responsabilidade política
 - 6.5.1. O estabelecimento de Códigos de Ética no Poder Legislativo e dentro dos partidos políticos
 - 6.5.2. O controle interno dos partidos políticos
 - 6.5.3. O controle interno do Parlamento e do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar
 - 6.5.4. Inelegibilidade pela lei da Ficha Limpa e o processo eleitoral.
 - 6.5.5. O papel dos meios de comunicação
- 6.6. Questões para o Supremo Tribunal Federal
 - 6.6.1. Reclamação n. 29.870 (Caso Demóstenes Torres)
 - 6.6.2. Ação Cautelar n. 4.327 (Caso Aécio Neves)
 - 6.6.3. Petição do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar n. 2, de 2017
 - 6.6.4. Recurso Ordinário n. 73294
 - 6.6.5. *Impeachments* Collor e Dilma
- 6.7. Sugestões
- 6.8. Considerações finais
- 6.9. Referências bibliográficas

CONCLUSÃO

ANEXOS - PESQUISA EMPÍRICA

Relatório da coleta de dados e análise quantitativa e qualitativa

Gráficos

INTRODUÇÃO

Esta obra resulta de pesquisa desenvolvida pelos autores no âmbito de Grupo de Estudos e Pesquisas Acadêmicas vinculado ao Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) do Senado Federal intitulada *Criminalização da Política e Poder Legislativo: o regime jurídico da responsabilidade parlamentar pelo exercício da função legislativa*.

O projeto surgiu da pretensão de estudar, em perspectiva acadêmica, a par das polarizações partidárias e do cenário político tumultuado das eleições de 2018, o fenômeno da criminalização da política no Brasil e suas consequências para a democracia e para o exercício da função legislativa.

O projeto de pesquisa dividiu-se em dois grandes eixos de estudo: a criminalização da política e a responsabilidade pelo exercício da função legislativa.

O primeiro eixo se relaciona à compreensão do fenômeno da criminalização da política, mais especificamente ao contexto em que se apresenta no Brasil e em outros países democráticos e à definição de elementos centrais do conceito.

No Capítulo 1 da obra, tem-se o estudo da criminalização da política e sua relação com um sistema global de crises transversais que incorpora a Economia, a Política, o Direito, a Ciência, a Cultura e as relações sociais.

No contexto de uma sociedade plural, fluida e conectada em rede, está-se diante da desarticulação de dois grandes pilares da modernidade: o regime de separação dos poderes, com exacerbados conflitos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e a representação democrática, com uma crescente demanda pela superação das formas clássicas de representação política. Há também crescente demanda pela renovação de lideranças políticas e pelo combate à corrupção e a práticas clientelistas.

O desgaste da política e os escândalos de corrupção envolvendo políticos legitimam discursos moralistas que objetivam restringir prerrogativas do Poder Legislativo e dos parlamentares em prol do combate à corrupção e do combate à impunidade.

A rejeição crescente à política e às instituições democráticas incentiva a atuação destituída de impessoalidade e de imparcialidade de órgãos de persecução penal, que, para o alcance de seus fins, utilizam-se sistematicamente do direcionamento das investigações, de vazamentos seletivos de documentos sigilosos, de prisões como instrumento de coerção para obter colaborações premiadas etc.

No Capítulo 2 apresenta-se uma discussão teórica sobre a criminalização da política, trazendo os principais elementos que integram o conceito, bem como as críticas que lhe são dirigidas. Abordam-se também os principais casos que vêm norteando a discussão desse tema nos Estados Unidos e no Brasil e são apresentadas conjecturas sobre possíveis fatores explicativos para o fenômeno.

No Capítulo 3, aprofunda-se o estudo da criminalização no desempenho da função legislativa, criando-se um subconceito do fenômeno – a *Criminalização da Função Legislativa* – para analisar como práticas consolidadas no âmbito das relações políticas, e que estão em conformidade com a Constituição e com os regimentos internos das Casas Legislativas, têm sido progressivamente abarcadas por categorias sancionatórias, especialmente do Direito Penal, para fins de responsabilização de parlamentares.

Busca-se igualmente estabelecer parâmetros teóricos para resguardar o desempenho da função legislativa, especialmente da representação política, da atividade legislativa e da atividade político-partidária, fazendo-se distinções necessárias em relação aos tipos penais, em especial ao crime de corrupção.

No Capítulo 4, faz-se uma análise dos impactos da criminalização da função legislativa no conjunto de prerrogativas constitucionais asseguradas aos parlamentares, especialmente na compreensão social (crescente) de que consubstanciam privilégios incompatíveis com os princípios da igualdade e republicano.

Muito embora o Estatuto dos Congressistas assegure aos parlamentares um conjunto mais amplo de prerrogativas, deveres e proibições, neste capítulo são estudadas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito das imunidades parlamentares material e formal que impactam a coerência e a integridade sistêmicas da Constituição e interferem no sistema de freios e contrapesos correlato ao princípio da separação de poderes.

Posto o fenômeno da criminalização da política e sua relação com o desempenho da função legislativa, o segundo eixo da pesquisa se relaciona ao estudo da responsabilidade do parlamentar nos âmbitos penal e ético-político.

O Capítulo 5 analisa em que medida a persecução penal tem sofrido modificações, notadamente no contexto de casos de corrupção política, a partir da análise das principais questões penais ou processuais-penais que foram tema de decisões judiciais nos últimos anos, considerando principalmente o Mensalão e a Operação Lava Jato.

Procede-se a análise mais específica de mudanças interpretativas nos tipos penais de organização criminosa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro, caixa dois, entre outros, na investigação, processo e julgamento de parlamentares. Demonstra-se também como o fenômeno da criminalização da política está imbricado com o desvio de finalidade na atuação da Polícia Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

No Capítulo 6, faz-se reflexão sobre papel da responsabilidade política no âmbito do Poder Legislativo, partindo-se do pressuposto de que a criminalização da política tem promovido uma substituição da responsabilização política pela jurídico-criminal, com o conseqüente esvaziamento daquele importante mecanismo de resgate da confiança nas instituições.

Busca-se delimitar a responsabilidade política como conceito autônomo e independente da responsabilidade jurídico-penal e analisar julgamentos políticos por quebra de decoro parlamentar, bem como os problemas oriundos de decisões judiciais que representam uma interferência indevida do Poder Judiciário na esfera política de responsabilização.

Este trabalho pretende contribuir para um debate acadêmico sério e responsável sobre o fenômeno da criminalização da política e seus contornos no Brasil, para além do senso comum de que a política está permeada por uma corrupção sistêmica e que os fins da persecução penal justificam a violação do devido processo legal e de garantias e direitos fundamentais de políticos investigados.

Busca-se demonstrar que o combate à corrupção, de um lado, e o desempenho da função legislativa e a dignidade do Parlamento, de outro, não constituem objetivos inconciliáveis. Em outras palavras, quer-se demonstrar que o combate à corrupção deve preservar as garantias individuais e as prerrogativas parlamentares, em respeito ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da separação de poderes, e que a criminalização da política, em especial do exercício do mandato parlamentar, enfraquece os mecanismos próprios de responsabilização política e desestabiliza as instituições democráticas e o princípio estruturante da soberania popular.

CAPÍTULO 1. TEMPOS DE CRISES: ENTRE A IMPUNIDADE E CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Edvaldo Fernandes da Silva¹

1.1. Introdução

Na próxima seção (1.2), faz-se breve digressão histórica do início da crise político-econômica que grosso modo coincide com o início da Operação Lava Jato em março de 2014 e com a desarticulação do presidencialismo de coalizão.

A crise da democracia representativa, seus fundamentos e implicações constituem o objeto da seção 1.3; e a crise do direito, com seus antecedentes, causas e desdobramentos, o tema da seção 1.4.

O pêndulo entre impunidade e criminalização da política na história recente do Brasil é discutida na seção 1.5; ao passo que na seção 1.6 se apresentam três tipos ideais de criminalização da política. Na seção 1.7, alinhava-se uma ligeira conclusão.

1.2. A crise do presidencialismo de coalizão

A consistente evolução de indicadores econômicos do Brasil por duas décadas a partir de 1993, mediada por um sistema político estruturado basicamente a partir da rivalidade PSDB-PT, pragmatismo do PMDB² e do PFL³, economia de mercado norteadas em metas de inflação e responsabilidade fiscal, além de justiça social evidenciada por políticas de combate à miséria, ancorou-se no presidencialismo de

¹ Advogado do Senado Federal. Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília. Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Mestrado em Políticas Públicas - EAD da Universidade Católica de Brasília. Professor do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Ciência Política (2013-2015) e em Democracia, Direito Eleitoral e Poder Legislativo (2019). Professor de Direito Tributário na Pós-Graduação *Lato Sensu* Novos Temas de Direito Público do Centro Universitário de Brasília (2015-2019). Professor de Direito Administrativo, Direito Tributário e Ciência Política do Centro Universitário de Brasília (2015-2019).

² Atual MDB.

³ Atual Democratas.

coalizão⁴ – sistema de alianças estratégicas em que o Presidente da República outorga aos partidos satélites quinhões do Poder Executivo em troca de apoio político.

Na interseção partidária que configura o tipo ideal⁵ de presidencialismo de coalizão, predomina a convergência de programas políticos em subsistema que compensou custos de transação inerentes à fragmentação partidária alimentada pelo sistema de voto proporcional.

Esse cenário de equilíbrio institucional começou a ruir concomitantemente com o aprofundamento da Operação Lava Jato, deflagrada em 17 de março de 2014 e que desvelou esquemas generalizados de corrupção, caixa dois e lavagem de dinheiro na maior estatal brasileira, a Petrobras.

Evidenciaram-se variáveis ocultas na fórmula do presidencialismo de coalizão consolidado no país, o que solapou a confiança pública no sistema político e seus atores.

Líder do PMDB na época, Eduardo Cunha aglutinou em torno de si oito partidos (PDT, PSC, PP, PROS, PMDB, PTB, PR e Solidariedade), com 242 deputados, para formar o “Blocão”.

Esse grupo foi crucial à eleição de Eduardo Cunha para presidente da Câmara dos Deputados em fevereiro de 2015, em flagrante derrota de Dilma Rousseff (PT), reeleita Presidente da República nas eleições de outubro.

A desintegração do presidencialismo de coalizão no período subsequente explica-se em boa medida também pela forte desconfiança recíproca entre Dilma e sua própria coalizão, que remonta à operação “faxina” que a patrocinou contra aliados suspeitos de corrupção (RETROSPECTIVA, 2011) e se aprofunda com a dubiedade da diante da emergência da Lava Jato.

Além disso, Dilma rompeu com a lógica de interação recíproca⁶ entre Executivo e Legislativo que, tradicionalmente, caracterizou o presidencialismo de

⁴ O termo surgiu em artigo de Sérgio Abranches publicado no ano em que se promulgou a vigente Constituição da República (ABRANCHES, 1988). Esse regime de interseção entre Executivo e Legislativo que estrutura o governo na Terceira República, inaugurada em 1985, é modelado a partir da combinação entre presidencialismo, federalismo, bicameralismo multipartidário, com representação proporcional na Câmara dos Deputados e representação majoritária no Senado Federal. A crescente fragmentação partidária obriga o Presidente da República a montar coalizões no Congresso Nacional para formar maioria e aumentar a probabilidade de sucesso de sua agenda legislativa.

⁵ Em terminologia weberiana (WEBER, 2011, p. 103).

⁶ No sentido de *Wechselwirkung*, adaptação do princípio de ação e reação da 3ª Lei de Newton, usada por Immanuel Kant para exprimir a relação de reciprocidade entre agente e paciente (KANT, 2005, p. 213 e ss; HARRIS, 1979, p. 12).

coalizão como fórmula colaborativa de governo. A presidente reduziu os poderes de participação de seu bloco de apoio nas decisões estratégicas do governo e, para compensar a distorção, proporcionou-lhe mais incentivos puramente econômicos⁷.

Apesar da impopularidade de Dilma no Congresso Nacional, acusada de não ouvir a sua base⁸, a petista formou a maior coalizão da história no início de seu segundo mandato, com 10 partidos, que representavam 63,9% da Câmara dos Deputados (BORGES, J.; TOLENTINO BARBOSA, S., 2019, p. 289) e compartilhavam o número recorde de 39 ministérios.

A presidente afastou-se também do compromisso em torno de uma agenda socialdemocrata moderada, que foi o eixo do governo de coalizão com alternância entre PT e PSDB a garantir a estabilidade político-econômica vintenária iniciada em 1993, e adotou agenda mais estatista, que remete a seu partido de origem, o PDT e não encontrava ressonância nos fatores reais de poder no Congresso Nacional, no mercado e na sociedade.

O presidencialismo de coalizão funcionou adequadamente enquanto o programa presidencial sintetizava, conforme imperativos da representação democrática, os interesses e as tendências legítimos dos partidos participantes e dos setores que os representam em sólido consenso sobreposto.

O segundo Governo Dilma caracterizou-se pela reciprocidade entre a crise política que se seguiu à devassa da Operação Lava Jato nas finanças dos partidos e de suas lideranças e a crise econômica com *débâcle* fiscal decorrente da prodigalidade da agenda presidencial.

A Lava Jato cresceu na brecha entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo aberta pela falta de liderança e pelo unilateralismo de Dilma. Com a coalizão pressionada pelo avanço da operação e sob os efeitos econômicos deletérios da política fiscal expansiva desde o mandato anterior, Dilma assiste à fuga de aliados e ao surgimento de forte oposição contra ela nas ruas e no Congresso Nacional. A relação entre a presidente e a coalizão passou da antipatia recíproca para o antagonismo aberto.

⁷ Sobre o aumento do tamanho das coalizões de governo entre 1945-1964 e 1985-2016, veja-se BORGES, J.; TOLENTINO BARBOSA, S., 2019.

⁸ O próprio vice de Dilma, Michel Temer, que tinha bom trânsito no Congresso Nacional, escreve carta a então presidente em dezembro de 2015 para reclamar mais participação e relevância no governo para si e seu partido, o PDMB, atual MDB (SADI, Andréia, 2015).

Em 2 de dezembro de 2015, acuado pela Lava Jato e renegado pela presidente, Eduardo Cunha deflagra o processamento de pedido de *impeachment* apresentado contra ela por Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaina Paschoal.

Em sua defesa, a presidente Dilma articula o discurso de golpe parlamentar⁹, o que aprofunda o cisma entre ela e sua base. O *impeachment* é admitido por 367 votos a 137 na Câmara dos Deputados em 17 de abril de 2016 e aprovado no Senado Federal por 61 votos a 20 em 31 de agosto de 2016.

O sucessor, Michel Temer (PMDB), tenta reorganizar o presidencialismo de coalizão e avançar na agenda de acento econômico, com iniciativas bem-sucedidas a exemplo da PEC do Teto de Gastos (Proposta de Emenda à Constituição nº 241/2016).

Contudo, o novo presidente é obrigado a consumir grande parte de seu capital político para impedir o recebimento de duas denúncias por crimes comuns formuladas no contexto da Lava jato pela Procuradoria-Geral da República contra ele, em 26 de junho e 14 de setembro de 2017 respectivamente.

A prometida reforma da Previdência (PEC nº 287/2016) foi abandonada após Temer editar o Decreto nº 9.288 de 16 de fevereiro de 2018, que engendrou intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro.

Nas eleições de outubro de 2018, Jair Bolsonaro é eleito presidente da República, com sob uma plataforma que combinou expurgo da política, discurso autoritário, conservadorismo nos costumes e liberalismo na economia.

Bolsonaro fortaleceu-se a partir do discurso contra a “velha política”. Aponta que o clientelismo, o toma lá, dá cá e a corrupção são inerentes ao presidencialismo de coalizão¹⁰. Assim como jogou como candidato contra o PT para cavar seu espaço na política, joga como presidente contra o Congresso Nacional para respaldar seu posicionamento na interface entre democracia e ditadura.

Diferentemente de Dilma, que se descolou de sua base em termos de agenda econômica, Bolsonaro está em contradição com sua base parlamentar *ad hoc*¹¹ – arregimentada casuisticamente mediante distribuição de incentivos – em questões

⁹ Não nos alinhamos com a respeitável corrente científica que classificou o impeachment de Dilma Rousseff como golpe parlamentar (*e.g.* DOMINGUES, 2017), porque se tratou de processo político, homologado nos aspectos formais pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de procedimento com balizas mais largas que as do processo judicial. Ademais, o impeachment intermediário, sem cassação de direitos parlamentarismo no sistema presidencialista brasileiro.

¹⁰ Veja-se crítica de Fernando Limongi a essa postura de Bolsonaro em CARVALHO, 2019.

¹¹ VASCONCELOS, 2019.

fundamentais, como liberdade de expressão, diversidade cultural, defesa do meio ambiente, políticas de segurança pública e direitos de sexualidade e de gênero.

Compensa esse dissenso político por meio da delegação da agenda econômica ao superministro da Economia, Paulo Guedes, que tem bom trânsito com o setor financeiro, que, por sua vez, exerce grande influência *vis-à-vis* o Congresso Nacional.

A proposta de reforma da previdência do governo Bolsonaro (PEC 6/2019¹²) era muito mais agressiva que o texto que foi à promulgação¹³, o que evidencia que o Executivo é mais liberal que a média do Parlamento.

O processo de deliberação, que culminou com a aprovação da Reforma da Previdência em segundo turno por 370 a 124 votos na Câmara dos Deputados e por 60 a 19 votos no Senado Federal, sinalizou à normalização de um presidencialismo de coalizão intermitente, já esboçado na época de Eduardo Cunha, e que denota protagonismo na agenda política de partidos pragmáticos (o Bloco), articulados em torno de um presidente da Câmara que se comporta como líder da maioria¹⁴.

De 1986 a 2020, o número de partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) pulou de 12 para 33¹⁵. Com a elevação do número alianças e da complexidade do processo decisório interior à coalizão, aumentaram custos de transação e a exigência de capacidade de articulação política do presidente da República. Contudo, os dois últimos eleitos – Dilma e Bolsonaro – nunca se destacaram nesse quesito.

A fragmentação partidária crescente a exigir maior capacidade liderança dos presidentes da República *vis-à-vis* à sua base de apoio e a ascensão ao cargo de figuras sem capacidade de penetração no jogo político no quadro de deslegitimação dos estadistas habituais diante de sucessivos escândalos de corrupção compõem o quadro de

¹² Essa PEC deu origem à Emenda à Constituição nº 103.

¹³ As diferenças entre as duas versões podem ser conferidas aqui <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137999> e aqui <https://cacb.org.br/entenda-as-principais-mudancas-com-aprovacao-da-reforma-da-previdencia>. O governo propôs, por exemplo, aumentar a idade mínima para a aposentadoria rural das mulheres de 55 para 60 anos para igualá-la à dos homens, e aumentar o tempo mínimo de contribuição de 15 para 20 anos para ambos os sexos. No texto promulgado, mantiveram-se as regras atuais, 55 anos para mulheres e 60 anos para homens. Foi aprovado apenas a elevação do tempo mínimo de contribuição para homens de 15 para 20 anos, mas mesmo essa alteração pode ser revertida na PEC Paralela (Proposta De Emenda à Constituição nº 133/2019). O Congresso também rejeitou a proposta do governo de instituir o sistema de previdência por capitalização, semelhante ao adotado no Chile.

¹⁴ Esse papel distorcido de presidente da Câmara dos Deputados foi exercido por Eduardo Cunha (MDB) no governo Dilma e por Rodrigo Maia (Democratas) nos governos Temer e Bolsonaro.

¹⁵ Consulta realizada em 14/12/2015 no site do tribunal (<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>).

explicação das variáveis estruturais e contingentes da crise do presidencialismo de coalizão.

A demonização e o expurgo do sistema político, principalmente no curso da Lava Jato e da radicalização de discursos, produz, como efeito colateral, a criminalização da política.

De um lado, os partidos e as instituições democráticas investigados na interminável operação ficam indefinidamente sob suspeita, o que compromete seu poder de reação. De outro lado, com o sistema político acuado, a Lava Jato lança mão de heterodoxias, que tornam a política uma atividade de altíssimo risco, o que afugenta do meio os novos atores.

Não se vislumbra no plano dos debates públicos e dos encaminhamentos de governo, uma fórmula que assegure lisura, transparência e plenitude no funcionamento do sistema político e autocontenção da função judiciária, que assegurem o crescimento econômico do País atravancado desde 2014.

O ativismo judicial, embora possa se justificar excepcionalmente como profilaxia e terapêutica anticrise institucional, é, em si mesmo, uma anomalia que denota a escassez de democracia.

Montesquieu prescreveu a neutralidade do Judiciário na arena política¹⁶ sob pena de subversão do regime de liberdades públicas fundado na constituição de corte republicano cuja cláusula estruturante é a separação dos poderes.

Após o emblemático caso *Marbury vs. Madison*¹⁷ (1803), que instituiu a prerrogativa de controle de constitucionalidade das leis pelos tribunais nos Estados Unidos, a neutralidade política absoluta do Poder Judiciário foi substituída por

¹⁶ “(...) *La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats.* (MONTESQUIEU, 1758, p. 113).

O poder de julgar não deve ser dado a um órgão permanente, mas exercido por pessoas recrutadas do conjunto do povo dentro certa época do ano, conforme prescrito pela lei, para formar um tribunal que não dure mais do que a necessidade exigir. De certa forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando vinculado a uma certa classe, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem em absoluto juízes continuamente diante dos olhos; e tememos a magistratura, e não os magistrados (tradução nossa).

¹⁷ Sobre o caso *Marbury vs Madison*, veja-se, e.g., NAGEL, 2003, e NELSON, 2000,

intervencionismo político excepcional¹⁸ para coibir abusos comissivos ou omissivos, sejam do Legislativo, sejam do Executivo.

Com o desenvolvimento da jurisdição constitucional concentrada a partir da experiência austríaca de 1920¹⁹, de certa forma se institucionaliza o Poder Judiciário como legislador negativo, com as cortes de cassação buscando se posicionar acima do concerto dos clássicos três poderes.

O modelo foi assimilado na Itália mediante a Constituição de 1947. Na década seguinte, assim que começa a funcionar, a Corte Constitucional italiana, às voltas com normas produzidas na era fascista, decide que seu papel não é meramente cassar leis inconstitucionais, mas também adaptá-las à nova constituição²⁰.

O Poder Judiciário tem a incumbência de proceder ao acerto da execução da lei em *ultima ratio*. Caso a magistratura se antecipe na cadeia de *enforcement* das normas jurídicas e interfira no procedimento legislativo em curso, haverá abortamento da deliberação democrática e estará excluída qualquer possibilidade de controle posterior.

1.3. Crise da democracia representativa

A partir da incorporação da natureza ao domínio da economia (BECK, 2011, p. 98 e ss.), o Século XXI assiste à confluência de todas as crises, à tempestade perfeita em cenário global.

O risco inerente ao espectro da indústria capitalista, especialmente a sua vanguarda financeira, passou a engendrar a integralidade da existência humana, sob a globalização de uma modernidade líquida (BAUMAN, 2001), em que se dissociam os projetos de vida individuais, a marcha da economia e as deliberações da política.

O critério típico de validação das experiências passa a ser a pós-verdade, em que se tornam permeáveis e arbitrárias as fronteiras entre fatos, conhecimento, opinião, crença e verdade (BIESECKER, 2018).

¹⁸ Sob a lógica da teoria democrática, a intervenção do Poder Judiciário no sentido de cassar legislação editada pelo Parlamento é uma medida que sinaliza estado de exceção, porque ou se exclui ato de soberania praticado em afronta à Constituição ou se afronta a Constituição para excluir ato de soberania legítimo. O excesso de jurisdição constitucional, de um lado, denota crise institucional e, de outro, o estado de aumentado risco de usurpação da função legislativa.

¹⁹ Sobre as bases, a defesa e a crítica desse modelo de constitucionalidade, veja-se, e.g., VINX, 2015.

²⁰Encontra-se uma visão geral do modelo de controle de constitucionalidade italiano em (2012). BIELLA, 2012, cap. I.

A universalização da crise geral da pós-modernidade compreendeu a desestruturação de instituições consolidadas no período anterior, inclusive a democracia constitucional republicana.

As três principais fontes de integração social da democracia alicerçada na Constituição da República de 1988 são a ordem política representativa de sufrágio universal, a ordem econômica de livre mercado e a ordem social redistributiva.

O Estado brasileiro fundamenta-se no compromisso político baseado na convergência possível entre democracia, capitalismo e justiça social, conforme a equação de direitos e deveres estabelecida na Assembleia Constituinte de 1987-1988 (SILVA, 2015).

Como já assinalado na seção 2, sob a plataforma do presidencialismo de coalizão, a partir do concerto que alicerçou o Plano Real, conquistou-se a estabilidade que levou o Brasil ao limiar do desenvolvimento, inclusive com a certificação de *investment grade* em 2008.

Ao reverso, a crise que se instala no país de meados de 2014 em diante, expõe rupturas e retrocessos no compromisso político que subjaz à ordem constitucional.

O desenvolvimento econômico sob o modelo capitalista tende a produzir a expansão da classe média, o que pressiona o sistema político para ajustá-lo à nova resultante de forças e interesses (ANSEL; SAMUELS, 2014).

Esse intrincamento de fenômenos ocorreu no Brasil ciclo de progresso²¹ do período 1993-2013. Contudo, após os desdobramentos da Lava Jato, ficou claro que a política no Brasil não evoluíra no mesmo ritmo da economia. O gigante do cone sul começou a mancar.

Então, a maior efervescência de conflitos e mobilizações sociais em meados nesse período (RICCI, 2018) é em parte função da complexificação da pirâmide de classes sociais, que fez aumentar os graus de demandas de políticas públicas e de reprovabilidade de maus feitos no sistema de governo.

Nota-se que transformações na esfera econômica têm o condão de reduzir os graus de democracia do sistema político, já que sua *accountability* não se estrutura exclusivamente na lógica equitativa do sufrágio, mas em relações concretas de poder (ANSEL; SAMUELS, 2014).

²¹ Sobre esse ciclo de progresso, citam-se, por exemplo, (KOPPER; DAMOE, 2018; FERRAZ, 2019).

Com a redistribuição de renda inerente ao desenvolvimento capitalista, o equilíbrio de forças determinantes do *status quo* anterior é alterado, e a nova resultante pressiona o sistema político para reajustá-lo à sua imagem e semelhança.

A ascensão da nova classe média (NERI, 2008; NERI, 2011) no contexto da crise fiscal e crescente disputa por recursos públicos cada vez mais escassos é fator de obstrução de políticas redistributivas, na medida em que a elite cresce em número e em poder em detrimento do extrato mais miserável da população²².

A crise brasileira compreende também a deslegitimação dos partidos políticos, especialmente dos que disputavam o protagonismo na cena política (PSDB-PT), a liquidação de lideranças em meio a escândalos de corrupção e ao avanço da Lava Jato.

O quadro de instabilidade emergente é conseqüência da ruptura do compromisso entre economia de mercado e justiça social subjacentes ao progresso dos 20 anos de prosperidade iniciados em 1993.

O presidencialismo de coalizão, da forma como se estabeleceu empiricamente, com progressiva subordinação do programa partidário do presidente da República eleito aos imperativos pragmáticos da coalizão cada vez mais fragmentada, perdeu com o passar do tempo os graus de representatividade democrática minimamente necessários à sincronização entre a ordem política, a ordem econômica e a ordem social delineadas na Constituição da República.

A exclusão da cláusula de barreira por força de decreto do Supremo Tribunal Federal (STF) manietou o presidencialismo de coalizão. Ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 1.351 e 1.354 em dezembro de 2006, a corte anulou os dispositivos da Lei 9.096 de 1995 que restringiam o funcionamento de partidos que não alcançassem, em todo o País, 5% dos votos nas eleições para deputado federal (artigo 13) (SILVA, 2015).

A cláusula de barreira seria o antídoto institucional a impedir o esvaziamento dos partidos políticos, cuja identidade programática continuou a se diluir no amálgama gelatinoso da base governista²³ até o nível de completa saturação.

²² Sobre a plausibilidade dessa hipótese, veja-se ANSEL; SAMUELS, 2014.

²³ Na literatura há boas referências que dissociam o presidencialismo de coalizão e a crise brasileira (*e.g.*, LIMONGI; CHEIBUB, 2017). Por vezes, atribuem-se os defeitos desse arranjo aos eleitores e/ou aos partidos. Temos, porém, que o presidencialismo de coalizão, como instituição e prática e sem cláusula de barreira, joga papel relevante na desestabilização do sistema político, devido aos incentivos à fragmentação partidária e ao enfraquecimento dos mecanismos de representação política.

A fórmula vetada pelo STF é similar ao regime de cláusula de barreira na Alemanha (*Sperrklausel*), instrumento essencial à efetividade da representação democrática²⁴ no sistema distrital misto do país.

No quadro em que os partidos não conseguem mais comunicar e distinguir seus programas em uma realidade de pluralidade política babilônica, expandem-se os incentivos à sua adesão ao pragmatismo.

O universo dos partidos políticos no plano teórico se bifurca nos seguintes tipos ideais puros: as legendas pragmáticas, que se projetam para ocupar cargos e influenciar o orçamento; e as ideológicas, que estruturam em torno de programas de governo (WEBER, 1993, p. 47).

No plano empírico, os partidos combinam essas duas características, com prevalência de uma, ou de outra, a depender de diversas variáveis, especialmente os incentivos distribuídos pelo sistema político.

Na período de ouro do presidencialismo de coalizão brasileiro, prevaleceu a alternância no comando do governo entre PSDB e PT – dois grandes partidos ideológicos – com coadjuvância de legendas pragmáticas coordenadas no interior da base aliada.

Para lidar com o escândalo do Mensalão²⁵, que eclodiu em maio de 2005, o PT rende-se às demandas pragmatismo da coalizão. O número de legendas e de parlamentares amalgamados na base governista se expande ao ritmo da fragmentação partidária, da multiplicação de ministérios e do inchaço do orçamento público. Consolida-se, assim, o presidencialismo de *broad church* [igreja genérica, em tradução livre] (ROBERTS, 2010).

²⁴ Designamos função de representação democrática a exercida por mandatários eleitos em um sistema político. A função política é titularizada por agentes eleitos e por agentes nomeados. Já a função de governo se cinge aos agentes a quem, com ou sem mandato eletivo, cabe a liderança política do Estado.

²⁵ O escândalo do Mensalão trouxe à lume em 2005 o repasse de dinheiro do PT a partidos aliados no primeiro Governo Lula (2003-2007-2007). Segundo a denúncia da Procuradoria-Geral da República, o esquema foi utilizado para estruturar a coalizão de governo. O Supremo Tribunal Federal começou a julgar o caso no bojo da Ação Penal nº 470 em 2 de agosto de 2012, instaurada a partir da denúncia contra 40 investigados, dos quais 48 se tornaram réus e 24 foram condenados (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013). O último dos 90 acórdãos do processo foi proferido na sessão plenária de 13 de fevereiro de 2018.

Congresso Nacional do Brasil, que ocorreu entre 2005 e 2006. O caso teve, como protagonistas, integrantes do governo do então presidente Luiz Inácio Lula da Silva e membros dos partidos dos Trabalhadores (PT), Popular Socialista (PPS), Trabalhista Brasileiro (PTB), da Social Democracia Brasileira (PSDB), Democratas (DEM), da República (PR), Socialista Brasileiro (PSB), Republicano Progressista (PRP), Progressista (PP), Trabalhista Cristão (PTC), Social Cristão (PSC) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB).[1][2] Foi objeto da ação penal de número 470, movida pelo Ministério Público (MP) no Supremo Tribunal Federal (STF).

No ápice da crise, a coalizão pragmática e genérica emancipou-se da regência de Dilma Rousseff e assumiu, após o impeachment da presidente, a chefia do governo, com Michel Temer.

Após essa troca de cabeças e a posse de Bolsonaro, a coalizão permanece ativa, sob a liderança do presidente da Câmara Rodrigo Maia, a respaldar o grosso da agenda econômica do novo governo em troca de cargos e emendas orçamentárias.

A falta de concatenação do presidencialismo de coalizão com as demandas prioritárias da sociedade civil acaba por deslocar o jogo político das esferas de governo para as ruas e para as redes sociais e por promover o surgimento de partidos de ideologias extremadas, mais articulados com as paixões que com interesses bem compreendidos.

O próprio Bolsonaro se elegeu pelo – até então minúsculo – PSL, maior beneficiário da conflagração política que levou à desarticulação do presidencialismo de coalizão.

Após tentativas frustradas de assumir o controle do PSL, Bolsonaro abandona a sigla e lança um novo partido, Aliança pelo Brasil, o que é mais um indicador da fragilidade do quadro político atual.

O esvaziamento ideológico dos partidos de centro, que se articulam estrategicamente em coalizão *broad church*, acaba por fortalecer a posição de legendas extremistas, que podem funcionar como *king-makers*²⁶ de políticos autoritários.

Na política tradicional, a moderação é o critério determinante para a construção de maiorias, porque o discurso dirige a opinião pública média, domesticada por uma imprensa ajustada ao *status quo*.

O sistema político tem sido pressionado pela revolução nas comunicações pelo crescente papel das redes sociais, que paradoxalmente aumentam os graus de transparência e os graus de desinformação do processo político.

Já está bem delineado na literatura, o *online disinhibition effect*²⁷ associado às redes sociais, que, assim como essas plataformas digitais, podem propagar efeitos positivos ou negativos (SULER, 2004).

Pelo lado positivo, as redes sociais constituíram relevante expansão da esfera pública que norteia a teoria da ação comunicativa de Habermas (1987^a, 1987b).

²⁶ A propósito de partidos *king-makers* e sua correlação com o extremismo, veja-se e.g. SANCHEZ, 2019.

²⁷ Efeito da desinibição online.

Twitter, WhatsApp, Facebook e Instagram tornaram-se ferramentas que fomentam o debate político-partidário entre os eleitores, e entre estes e os políticos.

Já pelo lado negativo, as redes sociais se tornaram veículos de notícias falsas (*fake news*) e de discursos de ódio (*hate speech*) (LAUB, 2019), com o condão de distorcer as eleições e, por consequência, a representação democrática (GOLDZWEIG, 2018).

Além disso, as condições estruturais dessas novas mídias favorecem a exacerbação das opiniões e dificultam a profusão da cultura de tolerância e diálogo, ínsitas ao processo democrático.

Com a proliferação das redes sociais e a consequente quebra do virtual monopólio da comunicação de massa imposto pela grande imprensa, subverteu-se a lógica do jogo político.

Agora, “não se trata mais de “unir eleitores em torno do denominador comum, mas, ao contrário, de inflamar as paixões do maior número possível de grupelhos para, em seguida, adicioná-los – mesmo à revelia deles” (EMPOLI, *apud*. MELO, 2019).

Weber preconizou que a alma do político ideal, que normalmente é forjada nas lutas intrapartidárias e na esfera do Parlamento, combinaria paixão ardente para cativar e convencer, e sangue frio para discernir e decidir (WEBER, 1994, p. 353).

Contudo, no cenário de crise e de hegemonia de Big Data algorítmica, a inteligência artificial projeta discursos de verdades manipuladas e inflama o ódio, do que resulta grande parte dos eleitores contaminada pelo que Georg Simmel chamou de “*sterile excitement*” (*ibid.*), aquele tipo de entusiasmo que não leva a lugar nenhum ou às barras do totalitarismo.

O estudo “Democracias sob Tensão”²⁸, realizado pela Fundação para a Inovação Política e pelo International Republican Institute, com a colaboração da República do Amanhã, aponta cenário preocupante.

Dentre os mais de 30 mil entrevistados no Brasil e em outros 41 países no final de 2018, 49% acreditam que a democracia funcional mal, 77% não confiam ou confiam pouco nos partidos políticos.

²⁸ Para dados do estudo em português, <http://republicadoamanha.org/dados-quantitativos-da-pesquisa-democracias-sob-tensao-excel-open-data/>.

O contexto brasileiro, com baixa confiança nas instituições, é propício à alavancagem de agendas populistas radicais que engrossem o discurso de intolerância permeado de *fake news* contra o *establishment*.

Em 2016, o Brasil apareceu em penúltimo lugar no ranking que mediu o respeito da população pelas respectivas instituições políticas em 26 países da América Latina (PEREIRA, 2016).

A confiança nas instituições se reduz quando os cidadãos se sentem desrespeitados por ilicitudes cometidas por agentes estatais, como a corrupção; se os serviços públicos não funcionam adequadamente; ou quando acreditam que os direitos civis, políticos e sociais não são adjudicados de forma universal e equitativa (MOISÉS, 2005).

Como a Lava Jato proporcionou desde 2014 uma overdose de noticiário sobre corrupção, o respeito dos brasileiros às instituições políticas chegou naquele ano a seu menor nível histórico (41%) (FARIA, 2019).

Mais de um terço dos brasileiros acredita que o golpe militar se justifica em situações de muita corrupção; 22% acham que é justificável o presidente fechar o Congresso; e quase 40% concordam com a dissolução do Supremo Tribunal Federal se o País enfrentar dificuldades (FARIA, 2019).

A qualidade da democracia é função da organicidade do sistema partidário *vis-à-vis* a adequada representação do espectro de pretensões políticas legítimas que circulam na sociedade.

No plano ideal, os partidos se estruturam também como agências formadoras de lideranças. Os políticos profissionais desenvolvem, principalmente no eixo partido-parlamento, as habilidades necessárias à mediação do interesse público primário²⁹.

No quadro de esvaziamento dos partidos tradicionais e de fragilização do governo, agentes estatais da esfera judiciária, como agências policiais, membros do Ministério Público e magistrados passam a jogar papel eminentemente político.

A hipertrofia da função judiciária, em vez de compensar, agrava as deficiências do sistema político, porque subverte ou anula os *check and balances* que estruturam o esquema de separação de poderes.

²⁹ “Exatamente nas condições em que são escolhidos os dirigentes atualmente, é pré-requisito básico para a existência de uma política consistente a existência de um parlamento forte e de partidos parlamentares responsáveis. Isso faz com que o parlamento seja a instância de recrutamento e aperfeiçoamento de líderes de massas, transformando-os em dirigentes de Estado.” (WEBER, 1993, p. 128).

Com a hegemonia da função judiciária, referências que deveriam ser arbitradas nas urnas ou no processo legislativo passam a ser reguladas em procedimentos jurisdicionais, impermeáveis à vontade democrática.

Retroage-se em direção ao estado de polícia, em que a vida privada é regulada de forma totalitária pela racionalidade da segurança obsessiva, com sobreposição da cidadania pela burocracia judiciária.

O ativismo judiciário³⁰ projeta-se como uma das causas e um dos sintomas da crise da democracia representativa. A par das inevitáveis e benéficas intervenções para destravar impasses na arena política, essa hipertrofia jurisdicional em situações pontuais usurpa poder do soberano popular inclusive para criminalizar a função parlamentar³¹.

Ademais, a jurisdição ubíqua e ativista afastou-se dos sólidos cânones processuais que lhe emprestavam legitimidade democrática e passa a balizar em movediços critérios da política. A sentença passa de ato de conhecimento a ato de vontade.

A jurisdição discricionária que perpetra a judicialização da política é elemento da pós-verdade. No Mensalão, a jurisdição derrotou a corrupção e a lavagem de dinheiro por meios ortodoxos. Contudo, a Laja Jato incorreu, em momentos extremos, em corrupção do direito para compensar a corrupção da política.

A reserva de legitimação do sistema de justiça está radicada na tecnicidade, na neutralidade e estabilidade da jurisprudência. A Lava Jato, por vezes, violentou as regras de imparcialidade, subverteu o regime jurídico da prisão provisória para torná-lo fonte discricionária de incentivos a delações premiadas e alargou à revelia da lei o campo dos tipos penais da corrupção e da lavagem de dinheiro.

A jurisdição que produz e aplica normas ao mesmo tempo é incompatível com a República, que se assenta sob o dogma da cisão profunda entre os poderes. O combate anônimo e invisível à corrupção não faz sentido, quando os atores judiciários se imbuem de pretensões políticas.

Uma das estratégias mais antigas do jogo político é criminalizar os adversários. O equilíbrio entre os poderes é rompido quando setores do Judiciário, do Ministério Público e da polícia se aliam para ampliar a própria competência

³⁰ Discuto alguns elementos da judicialização da política em SILVA, 2016 (<https://opinio.estado.com.br/noticias/geral,judicializacao-da-politica,10000048935>).

³¹ Alguns casos mais notáveis dessa anomalia serão analisados nos capítulos x, y e z...

institucional em detrimento da política por meio de estratégia de recrudescer a perseguição de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro *vis-à-vis* os políticos, de forma, discricionária e enviesada, em parte para se angariar popularidade e se promover ascensão profissional.

A Lava Jato se imiscuiu perigosamente na política. Sérgio Moro, juiz responsável por supervisionar a operação à época, divulgou conversa³² que poderia sugerir obstrução de justiça captada em grampo ilegal entre a então presidente da República Dilma Rousseff e o seu antecessor Luiz Inácio Lula da Silva³³.

Esse vazamento foi crucial para a desarticulação do governo Dilma e consequente *impeachment* da presidente, além de sinalizar a parcialidade da Lava Jato (BALTHAZAR; NEVES, 2019), tese que foi reforçada por publicação de conversas de integrantes da operação no bojo do escândalo Vaza Jato³⁴.

Ao se afastar da magistratura para assumir o cargo de ministro da Justiça e da Segurança Pública da Presidência de Jair Bolsonaro, maior beneficiário político de suas decisões à frente da Lava Jato, Sérgio Moro reforçou as suspeitas que recaiam sobre si.

Não se sabe exatamente a partir de que momento a ação judiciária do ex-juiz passou a se orientar à incursão formal na política de viés partidário, com incorporação de preferências incompatíveis com a magistratura.

A criminalização da política compreende a articulação de recursos do processo penal para interferência no jogo político em detrimento de partidos, opiniões ou atores específicos ou a subversão do processo penal em detrimento da política como

³² Eis o teor da conversa:

“Dilma: ‘Alô.’

Lula: ‘Alô.’

Dilma: ‘Lula, deixa eu te falar uma coisa.’

Lula: ‘Fala, querida. Ahn?’

Dilma: ‘Seguinte, eu tô mandando o Bessias junto com o papel pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o termo de posse, tá?!’

Lula: ‘Uhum. Tá bom, tá bom.’

Dilma: ‘Só isso, você espera aí que ele tá indo aí.’

Lula: ‘Tá bom, eu tô aqui, fico aguardando.’

Dilma: ‘Tá?!’

Lula: ‘Tá bom.’

Dilma: ‘Tchau.’

Lula: ‘Tchau, querida.’”

³³ Para mais detalhes sobre o episódio, (RODAS, 2016).

³⁴ Em 9 de junho de 2019, o portal de notícias The Intercept Brasil, protagonizado por seu cofundador, Glenn Greenwald, começou a publicar uma série de reportagens sobre conversas atribuídas ao procurador Deltan Dallagnol, coordenador da força-tarefa Lava Jato, e do atual ministro da Justiça, o ex-juiz federal Sergio Moro. Os diálogos teriam sido hackeados de contas das autoridades no aplicativo Telegram. Para resumo de reportagens sobre a Vaza Jato publicadas no mês de agosto de 2019, (CERIONI, 2019.).

um todo, de forma a torná-la arte maldita sob a roleta russa de um processo judicial discricionário.

A desagregação do estatuto da verdade produziu efeito devastador nas bases do Estado de Direito, cuja promessa primordial é a segurança jurídica. Assistiu-se nas últimas décadas ao esgarçamento do Direito e da jurisdição em tentativas de contenção e/ou compensação das incertezas inerente à pós-modernidade.

Na próxima seção, faremos uma breve abordagem desse fenômeno. Apresentaremos em linhas gerais a constituição, o apogeu e a crise do Estado Liberal e do seu sucedâneo, o Estado de Bem-Estar e, por fim, delinearemos os esforços para elaboração de um paradigma de Estado Pós-Moderno.

1.4. A crise do direito democrático

O Estado de Direito, que se consolida a partir da constitucionalização dos Estados Unidos (1787-1789) e sob o impulso da Revolução Francesa (1789), articula-se por meio da noção de cidadania que se aperfeiçoa em ciclos de expansão da ordem jurídica (MARSHALL, 1973; MARSHALL, 1992), que a doutrina tradicional designa primeira geração, segunda geração e terceira geração de direitos fundamentais.

Formou-se na maior parte do ocidente consenso sobreposto a validar a ordem capitalista com livre circulação de bens, respeitados os limites impostos pelo direito universal de cidadania, inerente à dignidade pessoa.

Aos poucos, constituía-se uma ordem de *status* fundada primeiro no direito de propriedade (primeira geração); depois nos direitos de participação política (segunda geração); por fim, nos direitos sociais (terceira geração), até o advento da cidadania que sintetiza na noção de dignidade humana um complexo transgeracional de direitos fundamentais ao pleno desenvolvimento da pessoa.

A cidadania de primeira geração, eminentemente burguesa, corresponde à matriz constitucional do Estado Liberal Clássico e preconiza a universalização formal da propriedade por meio da generalização de direitos civis³⁵ enquanto posições jurídicas exprimem a prerrogativa de pleno funcionamento do indivíduo na qualidade de pessoa em uma sociedade de mercado.

³⁵ Os direitos civis dizem respeito à liberdade pessoal, à liberdade de expressão, à pensamento e religiosa, ao direito de possuir propriedade, ao direito de contratar, ao direito de invocar o sistema de justiça (MARSHALL, 1973, p. 71)

A sobreposição noção de classe pela lógica da cidadania mediante a transversalização da propriedade começa a se delinear nos discursos que presidiriam a Revolução Francesa³⁶.

A cidadania burguesa implicou a universalização em tese do direito de propriedade – até então atávico à nobreza – mas apenas na medida necessária à legitimação da apropriação capitalista no mecanismo do livre mercado.

Em sua primeira geração, a cidadania preserva as barreiras de classe no que subordina os direitos políticos aos direitos civis por meio da imunização absoluta da propriedade *vis-à-vis* as deliberações democráticas.

A ordem política que se projeta nessa primeira geração de cidadania é exclusiva porque os elementos da classe operária, os indigentes e as mulheres foram interditados do jogo democrático. Titularizavam apenas os direitos civis, que, para Sieyès (2002), são direitos políticos passivos.

Os direitos políticos ativos ou *stricto sensu*, que asseguram participação efetiva na estrutura e no funcionamento do Estado, continuavam reservados às classes proprietárias, basicamente à burguesia e latifundiários.

Não se adjudicaram aos cidadãos desprovidos de propriedade prerrogativas de participação efetiva na ordem democrática, por meio do sufrágio e da elegibilidade, ao fundamento de que lhes faltava o necessário preparo³⁷.

Além disso, a ordem política configurava esquema de proteção da propriedade. Os cidadãos privados de posses não titularizam interesse, no sentido técnico, de participar da esferas pública e estatal.

A Constituição Francesa de 1791, grosso modo, apenas atualiza a correlação entre propriedade e sufrágio defasada pela expansão da burguesia em detrimento da nobreza.

Quando se coloca para funcionar esse modelo liberal de Estado, a discrepância empírica entre o proletariado e a burguesia em termos de riqueza e *status* se expande e a miséria dos “cidadãos” excluídos do sistema de mercado se avulta.

³⁶ On y (dans les journaux et les gazettes) lit que la noblesse se réserve les droits sacrés de la propriété... les prérogatives qui lui appartiennent... et les distinctions essentielles à une monarchie. Il est étonnant que le Tiers n'ait pas répondu d'abord à la réserve des droits sacrés de la propriété (...) (SIEYÈS, 2002, p. 47). (“Lemos (nos jornais e nos tabloides) que a nobreza se lhe reserva os direitos sagrados de propriedade.., as prerrogativas que titularizam... e as distinções essenciais a uma monarquia. É surpreendente que o terceiro estado não tenha respondido desde o início a essa reserva do direito de propriedade (...)” – tradução nossa).

³⁷ Há reminiscência desse critério autoritário na Constituição da República do Brasil de 1988

As promessas do projeto liberal de emancipação plena e geral dos indivíduos foi sendo paulatina e inexoravelmente falseada pela resiliência das crescentes desigualdade social e luta de classes.

Contudo, a decadência do Estado Liberal em função de sua negação empírica e da luta de classes em vez de ameaçar, fortaleceu o capitalismo. A extensão da cidadania aos operários, com relativa funcionalização dos direitos civis *vis-à-vis* a política de sufrágio universal tornou-se inevitável.

A ordem burguesa, que em última instância não reconhecia decisivamente o operário como cidadão, entrou em rota de colisão com a história. A clandestinidade do proletariado ameaçava a estabilidade do sistema, porque, sem canais institucionais, a insurgência operária só poderia assumir a forma de revolução.

A cidadania de segunda geração se impõe como consequência de conflitos decorrentes de mudança na estrutura de classes no contexto da marcha do capitalismo. A industrialização promoveu a ascensão econômica do proletariado, que gradativamente se transforma em classe média. Essa mudança estrutural na dimensão da economia pressiona por correspondentes ajustes na dimensão do sistema político (ANSELL; SAMUELS, 2014, p. 17 e ss).

Na Inglaterra, o marco da reação burguesa às ameaças de ruptura da ordem liberal foi o *Reform Act* de 1832. No início do Século XX, esse processo acelerou-se com a massificação da educação, compreendida como condição fundamental para que o direito de participação política não se reduzisse à prerrogativa *pro forma*.

A cisão entre Estado e propriedade superada no plano político pela promessa de universalização do sufrágio, preservou-se no plano do direito, haja vista a cláusula de intangibilidade do livre mercado.

Os cidadãos não proprietários foram admitidos nos processos deliberativos do Estado Liberal, mas a propriedade privada continuou absolutamente imune ao sistema político.

A cidadania evoluiu para contemplar os direitos sociais. A consequente incorporação do proletariado ao mercado de consumo, teve o condão de desarmar a luta de classes e ao mesmo tempo fomentar o crescimento e a regulação da economia. Nesse novo estágio, a cidadania e a estrutura de classes passam a se determinar reciprocamente.

Nas palavras de Thomas Marshall, as duas instâncias entram em uma guerra (MARSHALL, T., *ibid.*, p. 18), que se constitui o mecanismo de *check and balances* do

compromisso entre democracia, livre mercado e justiça social, que estrutura o Estado de bem-estar social.

Em equilíbrio sistêmico, o mercado opera livremente para e apenas na medida em que se assegure a todos os membros da comunidade política condições existenciais compatíveis com a promessa democrática.

Na Alemanha reordenada nas balizas da Constituição de Weimar (1919), assumiu-se que a emancipação do ser humano das coerções materiais da natureza por meio do acúmulo patrimonial passou a condição necessária à sua habilitação como membro pleno da comunidade política³⁸.

Após a derrota na Primeira Guerra Mundial (1914-1918), o Estado alemão de matriz liberal-capitalista enfrentava rumores e atos de revolução socialista nos moldes da que já havia derrubado o sistema da vizinha Rússia em 1917.

A Constituição do México de 1917 e a Constituição Weimar³⁹ de 1919, em consonância com as transformações que já ocorriam na Inglaterra, incorporam direitos sociais, que atendem parte da agenda de reivindicações dos movimentos socialistas.

Subjaz à cidadania social-democrática a parcial universalização da propriedade, de forma a garantir que todos os cidadãos participem minimamente do resultado da produção capitalista.

O sentido da função social⁴⁰ corresponde à socialização do *quantum* da propriedade necessário à adjudicação universal do mínimo existencial. O conceito clássico de propriedade foi em parte subvertido para incluir graus de redistributividade.

No direito alemão contemporâneo, essa subversão não se desvela apenas na dimensão material. Técnicas sedimentadas para tutelar, no âmbito do processo civil, a propriedade privada, foram estendidas aos direitos sociais⁴¹.

³⁸ Das Privateigentum, nämlich das Sacheigentum des Grundbesitzers, des Kaufmanns, des Handwerkers, des Manufakturbesitzers und des gebildeten und begüterten Bürgers, erscheint [zuerst im England des 17. Jahrhunderts] als das Ergebnis individueller Leistung und als notwendige Bedingung individueller Freiheit (BADURA, 2011, p. 332) (“A propriedade privada, nomeadamente a propriedade material dos latifundiários, dos comerciantes, dos trabalhadores, dos industriais e dos cidadãos educados e bem apossados apareceram [primeiramente na Inglaterra do Século XVII] como externalização da capacidade individual e como condição indispensável à liberdade individual” – tradução nossa).

³⁹ Martim Wolff propôs em artigo publicado em 1922 o conceito funcionalista da propriedade (WOLFF, 1923; BADURA, 1995, p. 347; Fikentscher, 1997, p. 111) que orienta o direito constitucional alemão.

⁴⁰ A Constituição da República Federativa do Brasil incorporou o princípio da função social (art. 5º, XXIII), mas que foi assimilado de forma bastante restritiva no direito pátrio. Basicamente é utilizado para condicionar a propriedade territorial.

⁴¹ O Tribunal Federal Constitucional [da Alemanha passou a entender que] (...) a proteção por meio da garantia de propriedade tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão, sem compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito, o que, especialmente

Os ciclos da expansão da cidadania se tornaram mais complexos, no período posterior à Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Incluída na Constituição da Alemanha de 1949 (art. 1º), a dignidade da pessoa impulsionou o empoderamento da pessoa em todas as suas dimensões existenciais, observado o núcleo essencial da economia de mercado.

O conflito de classes é o motor que impulsionou o crescimento do capitalismo por meio da gradativa universalização regulatória dos direitos fundamentais, mas esse mecanismo começou a se fundir já em meados do século passado.

Como consequência das consecutivas crises do petróleo a partir de 1956 e do descontrole do gasto público, a socialdemocracia passa a ser desmantelada no Reino Unido no governo de Margaret Thatcher (1979-1990).

A crise internacional que emerge em 2008 (SICSU, 2019) pressionou as finanças públicas e favoreceu a restrição de direitos sociais, com liberação de tensões e conflitos de classe até então controladas.

Observam-se, na realidade contemporânea, a verticalização da pirâmide social e a exacerbação dos riscos e das instabilidades, com revogação de direitos, progressiva submissão do estado e das eleições ao poder econômico e à corrupção. O modelo das gerações de direitos se esgotou.

No Brasil, a crise do modelo precedeu a sua consolidação. A simbiose entre a luta de classes, o desenvolvimento do capitalismo e o aperfeiçoamento do direito não se desenvolveu de forma consistente e linear na experiência brasileira⁴².

As instabilidades da Nova República, que só foram controladas de forma mais efetiva nas duas décadas iniciadas em 1993, refletem a escassez das condições estruturais no País para a experiência socialdemocrática, especialmente a falta de um sistema de direitos fundamentais bem enraizado.

O ciclo autocrático do período de 1964 a 1985 e o excesso de jurisdição, agravado desde o final dos anos 90, são processos contrapostos ao desenvolvimento de uma matriz sociocultural democrática.

pela inclusão no âmbito de proteção da garantia de propriedade de direitos patrimoniais na esfera da segurança social, acabou levando a uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, do qual o conceito constitucional de propriedade veio a se desprender quase que completamente (SARLET, 2007, pp. 452-453).

⁴² (...) De todas as formas de evasão da realidade, a crença mágica no poder das ideias pareceu-nos mais dignificante em nossa difícil adolescência política e social. Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e sem cogitar das mudanças que tais condições imporiam. Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. (...) A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido” (HOLANDA, 1995, p.160).

A cidadania no Brasil não opera necessariamente contra a lógica das classes, na medida em que há o sistema de direitos que, em certa medida, homologa privilégios e tem vigência graduada em função da posição social da pessoa.

Nos países que conseguiram concluir os ciclos de evolução da cidadania até o estágio da socialdemocracia, a unidade de referência do sistema social não é mais o indivíduo, mas a pessoa, no sentido em que compartilha com todos os membros da comunidade política o mesmo *status* jurídico.

Em sua trajetória de desenvolvimento, o Brasil ainda não universalizou sequer os direitos civis. Basta ver que o número de brasileiros que vivem na pobreza chegou em 2017 a 43,5 milhões (21% da população), 7,3 milhões a mais que em 2014 (BANCO..., 2019).

O mecanismo da cidadania, que requer a equiparação jurídica do universo das pessoas sujeitas ao sistema de direitos, está em processo de institucionalização no País.

A pergunta ainda muito comum na realidade brasileira “você sabe com quem está falando?” expõe o “esqueleto hierarquizante de nossa sociedade” (Da Matta, 1981, p. 142), que é incompatível com o imperativo de equidade da cidadania.

1.4.1. *Expansão do processo, restrição de direitos*

Nas duas primeiras gerações de direitos, a jurisdição só poderia ser suscitada de modo geral pelo indivíduo e para coibir ou reparar violação em sua esfera jurídica privada.

Além de não se reconhecerem direitos coletivos nesse estágio de desenvolvimento da ordem jurídica liberal, que se exaure no curso da Primeira Guerra Mundial, a dimensão dos direitos públicos era de competência exclusiva do próprio Estado, de modo que a única forma de o cidadão influenciar a adjudicação de direitos transindividuais⁴³ era por meio do jogo da política.

Posteriormente, com o surgimento dos direitos de terceira geração (sociais), que tipicamente passaram a ser atribuídos a coletividades, segundo a lógica de políticas de ações afirmativas a coletividades mais vulneráveis na ordem social, o processo individualístico tornou-se anacrônico.

⁴³ Os direitos transindividuais são classificados na doutrina majoritária (*e.g.*, GRINOVER, 2018) em 1) direitos difusos, 2) direitos coletivos em sentido estrito e 3) direitos individuais homogêneos.

O aperfeiçoamento e a universalização de direitos substantivos de cidadania exigiram uma profunda reformulação da jurisdição, para permeabilizá-la às demandas que refugiam ou transcendiam a lógica do interesse individual.

Assistiu-se a partir daí ao gradativo desenvolvimento do devido processo legal para assegurar a ubiquidade da jurisdição⁴⁴ e proporcionar tutela adequada a todo e qualquer direito material⁴⁵, inclusive nas situações em que seus titulares sejam indeterminados.

No contexto da luta por universalização de direitos civis nos Estados Unidos, admitiu-se a partir dos anos 60 a legitimação de pessoas ou grupo de pessoas para tutelar interesses comuns, a saber, que extrapolam a respectiva esfera jurídica (*class actions*).

No Brasil, a Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965 instituiu, nessa seara, a ação popular, que confere legitimidade a qualquer cidadão para suscitar jurisdição para tutela do patrimônio público, o que quebra a correlação processual entre a titularidade do direito material e a respectiva pretensão de adjudicação.

A expansão dos direitos coletivos tem como marcos fundamentais no Brasil a Lei Ação Civil Pública (7.347) editada em 24 de julho de 1985, e o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 199.

A elevação dos graus de ubiquidade do processo foi vendida como instrumento de efetivação de direitos fundamentais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Contudo, essa transindividualização do processo produziu efeitos deletérios para a esfera jurídica de pessoas, que se escamoteiam em dois pontos cegos das teorias da expansão dos direitos.

O primeiro ponto cego é o custo dos direitos, bem iluminado, por exemplo, por SUNSTEIN e HOLMES (1999). A ideia de que apenas os direitos sociais implicariam impacto financeiro foi completamente superada. Estabeleceu-se atualmente quase que um consenso sobreposto quanto ao rigor fiscal como elemento essencial do Estado do Século XXI, sob pena de os direitos não saírem do espectro das promessas.

⁴⁴ Essa diretriz está positivada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴⁵ Essa diretriz está positivada no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A *ratio* do dispositivo não é apenas a garantia da celeridade, mas também da efetividade do processo.

Já o segundo ponto cego é o efeito colateral da expansão dos direitos e da flexibilização do processo na esfera da liberdade do indivíduo e das coletividades, o que, se não explica, ao menos reforça cenário de mal-estar⁴⁶ da era da pós-verdade.

A responsabilidade civil de cepa individual mostrou-se inadequada à compensação dos crescentes riscos inerentes ao desenvolvimento capitalista industrial instalado desde o Século XVIII.

Na transição dos Século XIX para o Século XX, começam a ser esboçadas a Teoria do Risco-Proveito e suas variáveis⁴⁷. Aos poucos se estrutura uma tipologia de responsabilidade civilista que se dessubjetiva e se desindividualiza para compensar a objetivação, a transindividualização da típica empresa capitalista no que ameaçava direitos de terceiros ou de titularidade impessoal, inclusive no que concerne ao meio ambiente.

A *rationale* das diversas teorias do risco costura uma correlação jurídica entre danos e ameaças das atividades capitalistas e os respectivos lucros, uma fórmula bastante simples e convincente, que, contudo, restou superada pelos desdobramentos posteriores da economia de mercado.

Em grande medida, a crise global que amolda a realidade contemporânea se explica pela inexistência de um sistema de justiça que garanta um *tradeoff* ótimo entre eficiência e equidade, inclusive no direito penal.

A emergência de processo criminal com regime de responsabilidade difusa e que resulta em sanções excessivas contradiz os pressupostos básicos do Estado Liberal, cuja cláusula fundamental é a maximização da esfera de liberdade do cidadão.

No Estado de segurança liberal, a jurisdição configurava a composição dialética de conflitos de interesses individuais determinados e pontuais. Já no Estado de crise, o Poder Judiciário não julga apenas conflitos de interesses, mas até mesmo questões abstratas, que não opõem necessariamente partes, mas inclusive coletividades difusas.

Moveram-se as categorias que delimitavam a jurisdição (interesses, litígios e partes determinados), inclusive na interface com a política. Com isso, o leviatã está solto.

⁴⁶ Pode-se rastrear o mal-estar da civilização liberal pelo menos até o limiar do Século XX, como se depreende de FREUD ([1930]1996).

⁴⁷ Seminais contribuições nessa senda advieram de obras de juristas franceses como Étienne Louis Jossierand e Raymond Saleilles. A propósito do tema, veja-se MALAURIE, AYNÈS e STOFFEL-MUNCK, 2004.

O foco de nossa análise é apenas o atrofiamento da esfera da liberdade da agência política, em especial os membros do Congresso Nacional, em decorrência da expansão da jurisdição criminal.

Interessam-nos nesta obra primordialmente três grandes brechas no sistema de justiça de vanguarda, a saber: 1) a responsabilidade criminal dos titulares da função legislativa e 2) a responsabilidade criminal relativa a condutas que transcendem a pessoa do parlamentar e até mesmo a pessoa jurídica dos partidos; 3) as constrictões e as sanções inerentes ao processo criminal que extrapolam a respectiva responsabilidade individual ou transindividual.

O fenômeno da criminalização da política é de difícil observação, porque é em grande medida conseqüência de transformações do direito programadas para atualizar o regime de responsabilidade dos políticos no contexto do combate à corrupção e a outras formas de delinquência comuns entre titulares de função de representação democrática.

Muitos réus e condenados por crimes contra o erário e a moralidade pública esgrimem a tese da criminalização da política para escamotear sua responsabilidade, o que torna ainda mais difícil o estudo científico do problema.

Não existe tal dilema, criminalizar a política ou tolerar a impunidade. É preciso que se abstraia do calor das emoções que informam a tensão entre o combate à corrupção e as garantias institucionais inerentes ao sistema político, e se formular um algoritmo normativo que assegure uma coisa sem sacrificar a outra.

1.5. A democracia brasileira entre a impunidade e a criminalização da política

A crise da democracia contemporânea coincide com a ascensão do Poder Judiciário. Esgotou-se a ficção liberal do progresso inexorável engatado com a expansão indefinida dos direitos fundamentais sem quaisquer custos e externalidades.

Em situações de exaurimento de modelos de democracia na América Latina e em outras regiões em que o processo de implantação das bases da experiência republicana ficou pelo meio do caminho, a tendência no Século XX era delegar a política para a instituição com maior reserva de confiabilidade social, as forças armadas. No Século XXI, o delegatário típico é o Poder Judiciário.

A hipertrofia do sistema de justiça não aperfeiçoou a prometida ordem de segurança jurídica garantidora de adjudicação universal de direitos básicos. Em vez

disso, produziu uma tipologia de Estado excessivamente burocrático que contribui para o império do risco, na medida em que refoge ao controle da sociedade.

A judicialização da política é a transferência de competências de instâncias democráticas para o âmbito do sistema de justiça (TATE; VALLINDER, 1995), com subversão do aparato de *checks in balances* a partir do qual se estrutura o Estado de direito.

O critério que estrutura a função política é a discricionariedade, por imperativo da complexidade dos problemas e da multiplicidade e da gradação de soluções sob seu espectro de deliberação.

Já o critério que determina a função judiciária é a vinculação ao ordenamento normativo posto, já que a segurança jurídica e o princípio democrático da autonomia (o cidadão só se sujeita às regras que ajuda a produzir) restringe a deliberação judicial à binaridade do processo jurídico (*all-or-nothing fashion*).

Uma proposição de lei, que tipicamente deflagra a ação política, não é em regra rejeitada ou aprovada, mas reconstruída no curso do processo legislativo. Já uma ação judicial, que tipicamente deflagra a jurisdição, é procedente ou improcedente.

Até mesmo a procedência em parte da ação judicial não significa dissociação com as pretensões deduzida no processo, mas a mera rejeição de alguma(s) delas (princípio da correlação).

A absorção de competências de natureza política pelos órgãos que titularizam a função judiciária implica a discricionarização do processo e a quebra do dogma da separação dos Poderes que assegurava a estabilidade do Estado de direito.

A lógica que estrutura os *checks in balances* parte da premissa de que a discricionariedade é atrelada direta ou indiretamente ao controle político articulado pelo sistema de eleições democráticas.

O Judiciário discricionário é o retorno da ordem jurídica autorreferenciada ou heterônoma, com destituição política, não apenas dos mandatários, mas especialmente do cidadão.

Nos foros de jurisdição política, seja para processar e julgar crimes de responsabilidade ou quebra de ética e decoro parlamentar, não se julga a conduta do indivíduo – que é a pessoa destinatária de todo o sistema de direitos e garantias individuais radicado na Constituição da República –, mas o funcionamento político de um órgão.

O objeto e o processo da persecução política são completamente estranhos à função judiciária, em primeiro lugar, porque dizem respeito a órgãos – ontologias despersonalizadas –, e não a pessoas – entes dotados de capacidade de figurar no processo judicial; e em segundo lugar, porque o julgamento político inclui variáveis que potencialmente afetam o funcionamento do governo.

O *mainstream* da doutrina sobre a judicialização da política se projeta a partir da inferência de que o empoderamento dos titulares da função judiciária decorre da abdicação de competência política pelos próprios mandatários (VIANNA ET AL, 1999).

Temos, porém, que a causa final dessa anomalia institucional não é a abdicação de competências políticas pelos próprios políticos em favor do aparato judiciário, mas a renúncia desse poder político pelo cidadão.

É bem estabelecida na literatura a correlação entre a crise da democracia e o aumento da corrupção (DRAPALOVA, 2019). Os desvios no exercício da função política colocam em xeque os graus de controle do sistema de governo pelo cidadão, que racionalmente decide delegar seu poder político ao sistema de justiça.

Na conhecida fórmula de Robert Klittgaard (1988), a corrupção é função da discricionariedade e da concentração e função inversa da *accountability* ($C=D+C-A$, em que C é corrupção; M, monopólio; D, discricionariedade; e A, *accountability*). Para combater esse desvio seria necessário distribuir competências decisórias, restringir os graus de discricionariedade e melhorar os esquemas de responsabilização.

Diversos movimentos de combate à corrupção no sistema brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988 têm como denominador comum a flexibilização da imunidade parlamentar diretamente ou por meio da expansão das competências do sistema de justiça.

A imunidade parlamentar favorece o monopólio decisório e a discricionariedade relativamente à *accountability* dos membros dos membros do Poder Legislativo.

Antes do advento da república, o atributo fundamental do soberano era a concentração de poder e a discricionariedade infinita (arbitrariedade), ancorada na irresponsabilidade virtualmente absoluta do monarca (*The king can do no wrong*).

A imunidade parlamentar é desenvolvida na Inglaterra, especialmente a partir da Revolução Gloriosa (1689), para se contrapor à imunidade do rei de modo a garantir o livre exercício da função legislativa.

À medida que aumenta a percepção de que a discricionariedade garantida pela imunidade parlamentar se desviou de seu objetivo original e passou a configurar incentivo e garante à corrupção, intensifica a pressão social para seu desmantelamento, que vem se efetivando na via legislativa e na via jurisprudencial.

A intensificação da transferência de prerrogativas das instâncias de governo para o sistema de justiça exigiu a instalação e o fortalecimento de instâncias de controle⁴⁸ efetivo do Poder Judiciário e dos órgãos executivos que atuam em sua interface (polícia e Ministério Público), sob pena de se estabelecer uma ditadura de fardas e togas.

Caso a função judiciária se transmute de órgão técnico para órgão ambivalente, técnico e político, seria necessário recompor o sistema de *checks and balances* que reponha o aparato de controle técnico da emergente função discricionária.

O Poder Judiciário é o último estágio de controle do funcionamento do Estado, de maneira que não há no sistema nenhum mecanismo de controle de suas atividades *a posteriori*.

A transição para imbuir o sistema de justiça de competências políticas e aperfeiçoar o controle do Poder Executivo e do Poder Legislativo ficou no meio do caminho. Por consequência, a democracia brasileira, com sistema de justiça inflado sob escassa *accountability* e sistema de governo atrofiado sob excessiva *accountability*, torna-se disfuncional.

Na experiência recente, nota-se no País que diversos surtos de transferência na via legislativa de poder político à função judiciária coincidem com a eclosão de escândalos de corrupção⁴⁹.

Em maio de 1992, em entrevista à revista *Veja*, Pedro Collor de Mello revela meandros de corrupção de campanha eleitoral e do governo seu irmão, Fernando Collor de Mello, que levaria a abertura a abertura do primeiro processo de impeachment no País e a consequente renúncia do presidente no segundo semestre do mesmo ano (SALLUM JR.; CASAROE, 2011).

⁴⁸ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), até por não ser órgão de controle externo do Poder Judiciário, não é suficiente para a necessária fiscalização do robustecido sistema de justiça. O funcionamento do CNJ é examinada, por exemplo, em SILVA; HOCH; RIGHI, 2013 e FRAGALE FILHO, 2013.

⁴⁹ Essa correlação foi apontada pelo ministro Gilmar Mendes em evento realizado em 17 de outubro de 2019 por este Grupo de Pesquisa sobre Criminalização da Política (BRASIL, Senado Federal, 2019).

Com a crise política já instalada no Governo Collor, o presidente sanciona a Lei nº 8.429 em 2 de junho de 1992, que tipifica de forma muito ampla e pune severamente a improbidade administrativa⁵⁰.

Manejada contra os políticos, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) submeteu todas as esferas de governo, exceto o Presidente da República, à discricionariedade judicial. Ao mesmo tempo em que serviu de instrumento ao combate à corrupção, a LIA possibilitou a transferência de disputas e questões puramente políticas para a esfera do Poder Judiciário, especialmente no âmbito local.

Grande parte do controle que o Poder Legislativo deveria exercer sobre o Poder Executivo foi absorvido pela função judiciária como consectário da Lei de Improbidade Administrativa⁵¹.

O Supremo Tribunal Federal até adotou decisões para assegurar alguma distribuição de competência entre o Legislativo e o Judiciário nessa seara⁵², mas posteriormente recuou⁵³.

⁵⁰ A propósito do rigor excessivo da LIA, veja-se o seguinte excerto jurisprudencial: “(...) É pacífico o entendimento de que frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, ainda que esse prejuízo não possa ser quantificado em termos econômicos, para ressarcimento. Não se pode exigir a inequívoca comprovação do dano econômico causado pela conduta ímproba, pois nessas hipóteses específicas do artigo 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, o prejuízo é presumido (*in re ipsa*). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.499.706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 14/3/2017; RMS 54.262/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no REsp 1512393/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015. 6. A configuração da conduta do artigo 10 da LIA exige apenas a demonstração da culpa do agente, não sendo necessária a comprovação de dolo (AgRg no REsp 1167958/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017). (...) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019).

⁵¹ A ingerência do Judiciário no controle de atos típicos dos outros dois Poderes por meio da jurisdição de improbidade administrativa, com subversão da clássica separação dos Poderes, consolidou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça amostrada no seguinte excerto de ementa:

(...) 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (arts. 85 e 86 da CF/88), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de quaisquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4o. da Constituição Federal. Ressalva do ponto de vista do Relator. (...) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015).

Esse entendimento se coaduna com a Tese de Repercussão Geral nº 576 firmada pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2019 nos seguintes termos: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019c). Solução análoga fora aplicada pela corte a uma governadora ao julgar agravo regimental na Ação Cautelar nº 3585 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014).

⁵² Veja-se, por exemplo, decisão monocrática na Reclamação Constitucional nº 2038 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2002)

⁵³ A corte acabou por se posicionar no julgamento da Petição nº 3440, finalizado em maio de 2018, pela completa independência de instâncias entre as jurisdições de improbidade, penal e política, exceto quanto ao Presidente da República (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2018b). Além disso, firmou em setembro de 2019 a Tese de Repercussão Geral nº 576, no sentido de que os prefeitos estão sujeitos

A Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992 dá azo a que o Poder Judiciário exerça até mesmo controle de qualidade do exercício da função política, o qual tradicionalmente é inerente às eleições e às interações entre Executivo e Legislativo.

Com a interseção entre atos de improbidade administrativa e crimes de responsabilidade, tende-se ao esvaziamento da função de controle atávica à instância parlamentar.

Note-se que os chamados crimes de responsabilidade, transgressões de índole política, que importam quebra de confiança pública, são típicos do Presidente da República e de autoridades que exercem a função de governo⁵⁴.

Na doutrina americana, esses ilícitos aparecem inicialmente sob a rubrica *high crimes and misdemeanors*⁵⁵ e designam o mau comportamento, a má administração ou abusos de poder semelhantes por parte de autoridades públicas que atentem contra o regular funcionamento do Estado.

Já os atos de improbidade são desvios no exercício da função administrativa, a qual compreende competências dos Três Poderes da República relativas à gestão da máquina pública (legislativa, governo e judiciária).

A função administrativa é notadamente discricionária, mas estruturada pelos cinco princípios nomeados no caput do art. 37 da Constituição da República (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Mediante interpretação ampliativa do princípio da moralidade e da extrapolção da improbidade para além das fronteiras da função administrativa, o sistema de justiça se arvorou da prerrogativa de controlar, sob a jurisdição da LIA, o mérito de atos típicos de quaisquer esferas de poder, ressalvada apenas a expressa imunidade do Presidente da República.

simultaneamente à responsabilização em processo de impeachment e em processo de improbidade (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019c).

⁵⁴ Seção IV do art. III da Constituição dos Estados Unidos: “*The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.*” “O presidente, o vice-presidente e todos os servidores públicos dos Estados Unidos serão destituídos do cargo por meio de impeachment em caso de condenação por traição, propina e outros altos crimes e malversações” (tradução nossa).

⁵⁵ A expressão “high crimes” traduz-se por crimes extraordinários, transgressões que transcendem a lógica do direito penal, que tutela ordinária da ordem pública. A persecução dos crimes extraordinários visa à proteção estrutural ordem pública. Já o vocábulo *misdemeanors* significa malversação e se correlaciona com o abuso de poder. A palavra *demeanor* combina o prefixo *de* (pleno, completo) e o verbo *mener*, derivado do vocábulo latino *minare* (conduzir um rebanho de animais). Logo, *demeanor* alude a atos de liderança ou governo perfeito. *Misdemeanor* – *mis* (falta) + *demeanor* refere-se a atos que discrepam da liderança perfeita ou do bom governo.

Atos legislativos *stricto sensu*, como a deliberação sobre projetos de lei⁵⁶, tradicionalmente cometida aos respectivos conselhos de ética e decoreto parlamentar, passam a se submeter à jurisdição de improbidade.

A Lei de Improbidade Administrativa é um dos pontos culminantes do fenômeno de revogação de garantias do processo clássico, em especial o princípio da individualização das penas e o princípio da responsabilidade pessoal.

O princípio individualização da pena, positivado no inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República, determina que a sanção seja customizada em função das circunstâncias do concreto para que reflita da forma mais perfeita possível a responsabilidade do agente.

Por outro lado, do princípio da responsabilidade pessoal ou da intrascendência, estipulado no inciso XLV da Constituição, decorre a correlação entre a responsabilidade do agente e a respectiva sanção, o que exclui a condenação e a execução de determinada pessoa por fato que não decorra de sua exclusiva conduta.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que em ação de improbidade a condenação ao ressarcimento do dano independe de sua quantificação. Dessa forma, a responsabilidade do agente, nesse aspecto, não é individualizada, mas difusa⁵⁷.

Por outro lado, a responsabilidade de ressarcir erário é solidária. O grau de participação do réu no desfalque é irrelevante, na medida em que se obriga à sua recomposição integral⁵⁸.

⁵⁶ E.g., BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2017. Há também julgados que responsabilizam penalmente parlamentares por apresentação de emendas (e.g., BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017).

⁵⁷ “(...) É pacífico o entendimento de que frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, ainda que esse prejuízo não possa ser quantificado em termos econômicos, para ressarcimento. Não se pode exigir a inequívoca comprovação do dano econômico causado pela conduta ímproba, pois nessas hipóteses específicas do artigo 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, o prejuízo é presumido (*in re ipsa*). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.499.706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 14/3/2017; RMS 54.262/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no REsp 1512393/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015. 6. A configuração da conduta do artigo 10 da LIA exige apenas a demonstração da culpa do agente, não sendo necessária a comprovação de dolo (AgRg no REsp 1167958/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017). (...)” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019a).

⁵⁸ “(...) 5. O entendimento dominante no STJ é que a constrição patrimonial deve observar o valor da totalidade da lesão ao erário, acrescido do montante de possível multa civil, excluídos os bens impenhoráveis. Tal posicionamento se justifica na medida em que há solidariedade entre os responsáveis pelos atos reputados como ímprobos (REsp 1.637.831/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no REsp 1.460.621. BA. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/11/2016; AgInt no AREsp 913.481/MT. Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/9/2016). (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2019b).

Pode-se alegar que as garantias da individualização da pena e da responsabilidade pessoal se circunscrevem à esfera penal, e que, conforme a mais recente jurisprudência do STF⁵⁹, são de natureza civil as sanções por atos de improbidade. Contudo, tais sanções têm natureza evidentemente punitiva, à semelhança das típicas da jurisdição criminal⁶⁰.

A função política voltou a ser fortemente comprimida com o encadeamento de escândalos da Era PT na Presidência da República (2003-2016), a começar pelo Mensalão, que expôs o sistema eleitoral infiltrado de caixa dois, corrupção e lavagem de dinheiro.

⁵⁹ Veja-se, a esse respeito, ementa do julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 3240 em 10 de maio de 2018:

Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018b).

⁶⁰ A esse respeito, colaciona-se lição do saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal em trecho de voto vencido em julgamento da matéria: “Ora, a Lei de Improbidade foi editada visando, fundamentalmente, à aplicação das sanções de natureza punitiva, semelhantes às sanções penais, a saber: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5.º, XLVI, da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, consequência natural da ‘condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos’ (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda ‘do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso’ (CP, art. 91, II, b). A perda de ‘cargo, função pública ou mandato eletivo’ é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: ‘quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública’ e ‘quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.’” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014).

Em cenário de profundo descrédito da política e dos partidos, é que se apresenta ao Congresso em 29 de setembro de 2009 o projeto de lei com 1,3 milhão de assinaturas que deu origem à Lei da Ficha Limpa⁶¹, que excluiu das eleições, entre outros, os condenados por decisão judicial colegiada.

A proposição adveio do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE)⁶² e retoma Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 168/1993, a que foi apensado, que surgiu após o *impeachment* de Fernando Collor de Mello, sob o cenário de aumento da percepção da corrupção, energizado pelos protestos dos caras-pintadas que selaram a sorte do ex-presidente (SILVA; MATIAS, 2015).

A Lei da Ficha Limpa, de acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Luiz Fux, condicionou a vontade popular aferida nas urnas aos princípios constitucionais de moralidade e ética⁶³.

Em outras palavras, aumentou-se em detrimento do poder político do cidadão e do Legislador, a competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos que protagonizam a função judiciária.

Apesar de seus propósitos republicanos, o chamado Estatuto da Moralidade do Processo Eleitoral submeteu ainda mais a classe política ao Poder Judiciário, no que ampliou seu poder discricionário para filtrar candidaturas.

Por outro lado, a Lei das Organizações Criminosas (12.850, de 2 de agosto de 2013), que viabilizou o assalto decisivo ao sistema político partidário pelo Poder Judiciário e órgãos coadjuvantes não resultou de pressão popular sobre os poderes Legislativo e Executivo.

⁶¹ A propósito do processo de formulação da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 35 de 4 de junho de 2010, WHITAKER, 2016.

⁶² O coordenador do movimento, Marlon Jacinto Reis, relata que “A coleta de assinaturas teve início em maio de 2008, após a aprovação da campanha pela unanimidade dos presentes à Assembleia Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, uma das entidades integrantes do movimento. A partir daí, todas as demais organizações foram convidadas a refletir sobre o tema e difundir-lo entre suas bases de modo a alcançar-se a mobilização em rede necessária à geração da “energia política” da qual dependeria a conquista das 1,3 milhão de assinaturas necessárias à apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular. (REIS, 2010).”

⁶³ Assim se manifestou o ministro em voto-vista no julgamento do Recurso Extraordinário nº “Ao editar a LC nº 135/2010, e estabelecer critérios mais rigorosos para o exercício do *ius honorum*, o legislador ordinário não apenas prestigiou a vontade popular soberana, mas também [o legislador] deu concretude aos cânones constitucionais de moralidade e de ética, encartados no art. 14, § 9º, da Constituição de 1988 que devem presidir a competição eleitoral e pautar a conduta do agente político quando da gestão da *res publica*. Dito de outro modo, o Congresso Nacional, ancorado na legítima manifestação popular de 1,3 milhão de eleitores, erigiu um sólido Estatuto da Moralidade do Processo Eleitoral, na feliz expressão cunhada pelo eminente Ministro, e amigo, Joaquim Barbosa.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019a).

A norma originou-se do Projeto de Lei nº 150 apresentado pela Senadora Serys Slhessarenko (PT/MT) em 23 de maio de 2006, para melhorar a definição de organização criminosa e fortalecer seu enfrentamento e punição por meio da expansão dos poderes dos órgãos de investigação e do recrudescimento da persecução penal.

Pensada para coibir e punir organizações criminosas típicas, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), a Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013 abriu caminho para a Operação Lava Jato, deflagrada 179 dias após sua edição, e que desarticulou o então vigente presidencialismo de coalizão⁶⁴.

A lei institucionalizou a delação premiada – indispensável condenação de diversos políticos, inclusive do presidente Lula – e a ação controlada, que foi manejada para incriminar, por exemplo, presidente Temer, no caso JBS.

Além disso, no contexto da operação, exacerbou-se a utilização de prisões provisórias e de conduções coercitivas como estratégia de pressão para que investigados encetassem acordos de colaboração premiada (“LAVA JATO”, 2019).

Houve subversão da lógica do processo penal clássico, montado sobre a premissa do individualismo liberal. Com a persecução metaindividual instituída pela Lei de Organizações Criminosas a visar à criminalidade difusa, não é mais possível se especificar quais pessoas e quais fatos estão sob investigação.

Note-se que a Operação Lava Jato, deflagrada para investigação e persecução penal de operações de lavagem de dinheiro no Estado do Paraná praticadas por determinadas pessoas, amplia o próprio objeto e incorpora inclusive grande parte do sistema político, de modo a colocar em xeque o dogma do promotor e do juiz natural.

Se, de um lado a Lei de Organizações Criminosas tem instrumentalizado uma das maiores operações de combate à corrupção do mundo, de outro, abriu espaço para a proscricção da ação política, o que pode ser mensurado a partir de excessos já reconhecidos no âmbito do Poder Judiciário, como é o caso das conduções coercitivas⁶⁵.

⁶⁴ Um dos principais delatores a municiar a Operação Lava Jato, Joesley Batista, um dos donos do Grupo J&F, conta em conversa telefônica com interlocutor chamado em áudio que o Ministro da Justiça da presidente Dilma Rousseff na época, José Eduardo Cardozo, comemorou a edição da lei como grande feito do governo no combate ao crime organizado, mas se arrependeu após ser manejada contra o sistema político partidário. (TAVARES, 2017).

⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da condução coercitiva ao julgar as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) nº 444 e 395, em acórdão com ementa de que se extrai o seguinte excerto:

“(…) Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação

Até mesmo os membros do Supremo Tribunal Federal foram vítimas dessa exponencialização da jurisdição penal, basta ver a devassa de dados sigilosos de seus ministros por integrantes da Receita Federal do Brasil (RFB) (CANÁRIO; COELHO, 2019)⁶⁶ e o teor de conversas capturadas por *hackers* de celulares de integrantes da Lava Jato nesse sentido (ELY, 2019).

Também o STF contabiliza notáveis contribuições para a quebra da segurança jurídica garantida pelos princípios constitucionais que confinam o processo, como é o caso da instauração pelo presidente do STF Dias Tóffoli em 14 de março de 2019 o Inquérito nº 4781 para apurar

(...) notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares (NETTO, 2019).

Para presidir e relatar o inquérito foi designado sem sorteio o ministro Alexandre de Moraes, o que suscitou críticas da comunidade jurídica, já que o princípio da presunção de inocência e o princípio da inércia vedam, respectivamente, investigações criminais com objeto elástico e à revelia do Ministério Público.

Na hipertrofia da jurisdição criminal, ainda mais por meio do alargamento dos meios de investigação, do alcance do processo e das respectivas sanções, *praeter* ou *contra legem*, é clara a violação dos direitos individuais articulados nos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, consagrados, respectivamente, nos incisos XXXIX⁶⁷ e XL⁶⁸ do art. 5º da Constituição da República.

ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. (...) Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019b).

⁶⁶ A reação do STF a violações por parte de agências estatais e particulares foi a instauração do Inquérito 4.781 à revelia da Procuradoria-Geral da República e sem específico objeto de investigação, o que acabou por materializar-se como mais um caso de ativismo judicial.

⁶⁷ CRFB/88. Art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

⁶⁸ CRFB/88. Art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Alçado a Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro patrocinou o chamado pacote de medidas anticrime⁶⁹, que expandiria a investigação e a jurisdição penal para reduzir a criminalidade.

Tem apelo forte à opinião pública em contexto de crise de segurança pública a reforma da legislação penal para recrudescer o combate à impunidade por meio da sobreposição da perspectiva da defesa e dos direitos humanos pela perspectiva do aparato dos órgãos de persecução criminal.

Alexis de Tocqueville (2002, 41; 1848, p. 135-153) apontou os riscos em de distorção populista do direito penal como pressuposto da hipertrofia do Poder Judiciário em detrimento das liberdades públicas contexto de democracias populares – fenôconfigura uma das dimensões da ditadura da maioria.

Em sinal de rejeição à pauta punitivista de Moro, tendente a aumentar ainda mais os graus de criminalização da política, o Congresso Nacional aprovou um pacote de medidas alternativas, proposto pelo ministro da Justiça e Segurança Pública no governo Michel Temer, Alexandre Moraes, atualmente membro do STF.

A versão da proposta que prevaleceu após tramitação na Câmara e no Senado foi sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro com 22 vetos como Lei 13.964 de 24 de dezembro 2019.

Entre as principais alterações, citam-se a elevação do tempo máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos e a criação do juiz de garantias, responsável pela supervisão da fase de investigação criminal, que não terá competência para processar e o julgar a respectiva ação.

Esta última inovação inspira-se no modelo italiano, que cinde a jurisdição inquisitória da investigação e a jurisdição de julgamento. Claramente, é uma reação à estreita colaboração entre o então juiz Sérgio Moro, o Ministério Público e a Polícia Federal que provocou suspeitas sobre a isenção dos processos.

Outro contraponto do Poder Legislativo à expansão da função judiciária foi a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019), com a

⁶⁹ Entre as medidas propostas, destacam-se as seguintes: 1) cumprimento de pena de prisão imediatamente após condenação em 2º Instância; 2) ampliação de hipóteses de legítima defesa de policiais; agravamento de punições e da execução penal para crimes como roubo, corrupção e peculato; 3) confisco de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito em condenações por infrações com pena máxima superior a 6 anos de reclusão; possibilidade de negociação entre o Ministério Público e investigados para fixação de pena sem necessidade de abertura de uma ação penal no judiciário (*plea bargain*) para crimes com pena máxima inferior a 4 anos.

tipificação de condutas como “decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais” (art. 9º).

Os políticos, já há muito sujeitos à jurisdição penal de tipificação aberta, por meio da lei submeteram os órgãos judiciários ao estado de risco da judicialização excessiva.

Em ações diretas⁷⁰ ajuizadas perante o STF e sob relatoria do Ministro Celso de Mello, entidades questionam a lei. Na ADI 6.236, por exemplo, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), argumenta que a independência do Poder Judiciário prejudica o combate à corrupção e criminaliza a judicatura.

A verdade é que a hipertrofia da função judiciária solapa as liberdades públicas de todos, inclusive a dos próprios magistrados, no que libera o antigo leviatã das travas do contrato social, que agora se romperam por força da hermenêutica promíscua do ativismo judicial.

1.6. Três tipologias de criminalização da política

A expansão da jurisdição para regular o funcionamento da política no contexto do combate à corrupção e a outras mazelas semelhantes é conseqüência da crise do regime democrático associada ao déficit de confiança nos políticos e nos partidos.

Nos Estados Unidos, onde as instituições apresentam mais solidez, a Suprema Corte absolveu em julgamento unânime o ex-governador da Virgínia, Robert McDonnell, que havia sido condenado por corrupção nas instâncias inferiores.

Segundo a acusação, o ex-governador e sua família haviam recebido vantagens de mais de 170 mil dólares de um empresário do ramo farmacêutico em troca de audiências e outros expedientes para promoção de um novo produto.

A Suprema Corte americana concluiu que a atuação comprovada nos autos não chegou a desbordar o círculo de atividades legítimas do dia-a-dia de um governador, e o caso passou a ilustrar a literatura sobre criminalização da política (BROWN, 2007)⁷¹.

⁷⁰ Essas ações estão sob relatoria do Ministro Celso de Mello. Na ADI 6.236, por exemplo, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), argumenta que a independência do Poder Judiciário e prejudica o combate à corrupção e criminaliza a judicatura.

⁷¹ O caso McDonnell será abordado mais detidamente no próximo capítulo.

O abuso, o desvio e o excesso de jurisdição que impliquem disfuncionalidade da política configuram o fenômeno da criminalização da política, a qual se desdobra em três tipologias.

1.6.1 Primeira tipologia de criminalização da política: A redução da discricionariedade política pelo incremento da discricionariedade da jurisdição penal

Para coibir abusos no exercício da função política, cassam-se graus de sua discricionariedade por meio do alargamento do tipo penal da corrupção, da lavagem de dinheiro e de outras figuras próximas e por meio de mutações na estrutura e na dinâmica do processo e da jurisdição.

Corrupção passiva⁷², é nos termos da vigente redação do art. 317 do Código Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, é

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”.

§ 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.

No Código Penal introduzido pela Lei de 16 de dezembro de 1830 o crime de peita correspondia à conduta de “receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei” (art. 130).

Essa definição evolui no Código Penal de 1890 para

⁷² Corrupção passiva

Código Penal, 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.”

(...) receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.

Embora não tenha havido qualquer alteração legislativa no conceito de corrupção passiva desde a edição do Código Penal de 1940, o sistema de justiça o ampliou basicamente para 1) elastecer o campo semântico de “vantagem indevida”; 2) afastar a contrapartida de praticar ou prometer praticar ato de ofício,

No Código de 1890, a expressão era “vantagem não devida”, em que o qualificador “não devida” restringia mais o substantivo “vantagem” que o atual “indevida”. O que “não é devido” é o que não decorre de obrigação, o que é ilícito, mas o sentido de indevido se aproxima de “inconveniente”, ainda que decorra de obrigação.

Para se ter uma ideia mais clara da ampliação do campo de incidência do tipo penal de corrupção passiva a partir dessa alteração, note-se o seguinte preceito de São Paulo: “Tudo me é lícito, mas nem tudo convém” (BÍBLIA, 1984, p. 1253).

A abertura semântica da definição do crime de corrupção corresponde a parte o alargamento do espectro de poder discricionário do sistema de justiça, inclusive para incriminar agentes políticos por prática de atos típicos de governo ou de representação democrática.

Apesar do deslocamento da referência à contrapartida do ato de ofício do caput para o §1º, não é a solicitação ou o recebimento de qualquer vantagem indevida que configura a corrupção passiva, mas apenas a ultimação dessas condutas “em razão do cargo”.

Para configuração do crime de corrupção, a clássica jurisprudência dos tribunais superiores exigia 1) a prova da solicitação ou do recebimento da vantagem indevida em razão do cargo; 2) a promessa da prática de ato de ofício, cuja consecução passou a ser causa de aumento de pena.

No histórico julgamento do ex-Presidente Collor perante o Supremo Tribunal Federal, a corte confirmou a jurisprudência dominante acerca dessa controvérsia, nos seguintes termos:

(...) Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral

decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. (...) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1994).

Contudo, ao julgar a Ação Penal nº 470 (caso Mensalão), o Supremo Tribunal Federal flexibilizou o sentido de ato de ofício estipulado na lei como contraprestação inerente ao crime de corrupção:

O ato de ofício deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico, bastando, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal, que o ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013).

Esse entendimento foi utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região para corroborar as condenações do ex-presidente Lula no caso Tríplex⁷³ e, posteriormente confirmado em decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça (2018).

A tendência de subordinação da política à jurisdição é reforçada pela reestruturação do processo para tutelar novas posições jurídicas de titularidade transindividual.

Transpostas para o processo penal, as técnicas de coletivação do processo ampliam os graus de controle jurisdicional sobre o sistema político, que, por definição, coordena ações sob a lógica da representação de distritos e partidos.

A referência das operações judiciárias de combate à corrupção deixa de ser a ação individual de políticos e passa a ser a ação organizada das coalizões e das bancadas.

Cada vez mais, negociações políticas típicas, como as costuras inerentes à constituição e ao funcionamento do presidencialismo de coalizão para o compartilhamento de cargos e liberação de emendas, são aprioristicamente reprimidas e criminalizadas pelos órgãos judiciários.

⁷³ Apelação nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 2018).

É nesse contexto que Jair Bolsonaro se elegeu presidente mediante a promessa de não formar coalizão de governo, expediente que seria inerente à “velha política”.

Essa primeira tipologia de criminalização da política estabelece, a propósito do combate à corrupção, graves constrangimentos ao funcionamento do governo e da representação democrática.

1.6.2. Segunda tipologia de criminalização da política: a absorção da jurisdição política pela jurisdição penal

A responsabilidade dos políticos é tomada tradicionalmente em processos com amplos interstícios de discricionariedade, até porque o que está em jogo em última instância são categorias abertas, como a probidade do agente ou a governabilidade.

Além disso, o processo político não apura a conduta de cidadãos, mas o funcionamento de órgãos, seja o Presidente da República, sejam ministros do Supremo Tribunal Federal ou do Poder Executivo, sejam os membros do Poder Legislativo.

Haja vista essas peculiaridades, a jurisdição política exclui de certa forma as garantias do devido processo legal, as quais foram formatadas para proporcionar segurança jurídica a cidadãos *vis-à-vis* os órgãos do Estado, e não a órgãos do Estado submetidos a procedimentos políticos de apuração de desvio ou abuso de poder.

Diante da inércia dos tribunais políticos na persecução de gravíssimas transgressões perpetradas por titulares de funções de governo ou de representação democrática, a jurisdição comum se expande para cobrir essa lacuna.

Contudo, nos processos para apuração de responsabilidade de políticos, como nos que se compreendem no escopo da Lava Jato, incorpora-se a lógica de discricionariedade e de abertura semântica dos tipos.

A jurisdição comum não submete órgãos, como a jurisdição política, mas cidadãos, inclusive os que tenham exercido ou que exercem função de governo ou de representação democrática.

Por essa razão, a apuração de responsabilidade política sob a jurisdição comum mediante critérios discricionários e flexibilidade semântica relativamente a categorias penais é uma distorção que configura criminalização da política.

A discricionariedade judicial restringiu a esfera de autonomia da política por meio da revogação de garantias parlamentares através de julgamentos informados por hermenêutica frouxa e à revelia de qualquer alteração legislativa.

Cite-se, por exemplo, a restrição do foro por prerrogativa de função de parlamentares a crimes praticados no curso e no desempenho do mandato eletivo, decretada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937⁷⁴ (2018c).

Destaque-se também a submissão de parlamentares a medidas cautelares diversas da prisão, ressalvada a deliberação da respectiva casa legislativa nas hipóteses em que essas constrições afetem o pleno exercício do mandato, regra adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526⁷⁵ (2018c).

Somadas, essas duas alterações legislativas decretadas por sentença, submetem os parlamentares à jurisdição de primeiro grau até mesmo em sede de tutelas de urgência.

Como não se define o que seja a medida cautelar que afeta o pleno exercício do mandato, os membros do Poder Legislativo se sujeitarão ao poder discricionário do sistema de justiça.

A premissa de que o sistema de justiça pode alargar, na via hermenêutica, os tipos definidores de direitos ou que podem restringir as garantias dos que exercem

⁷⁴ A ementa do respectivo acórdão ficou assim redigida: “(...) Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2018c).

⁷⁵ Extrai-se o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no caso, que ainda pende de julgamento de embargos de declaração: “(...) 4. O Poder Judiciário dispõe de competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstâncias de excepcional gravidade. 5. Os autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou a decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas a Casa respectiva, nos termos do §2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão ou a medida cautelar. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2018a).

poderes democráticos não leva em consideração os efeitos colaterais desse expediente para terceiros e para a ordem jurídica como um todo.

Essa subversão do princípio da legalidade e do princípio da Separação dos Poderes, quando manejada para coarctar penalmente o livre exercício do mandato democrático, configura criminalização da política.

1.6.3. Terceira tipologia de criminalização da política: a violação do princípio da proporcionalidade na jurisdição penal relativa a mandatários

Em muitos casos, os cânones materiais e processuais do Direito Penal são rigorosamente observados, até o momento da prolação da sentença. Contudo, condenam-se os políticos e absolvem-se outros réus em situação idêntica, ou se aplica aos políticos penas mais severas.

Antes, a jurisdição penal incidente sobre titulares da função de representação democrática violava o princípio da proporcionalidade, sob suas três dimensões, necessidade, adequação e justa medida (*Verhältnismässigkeit*, ALEXY, 2002, pp. 66-71) na medida em que assegura a impunidade como regra. Atualmente, passou-se para o extremo oposto em certos casos, com manutenção de ilhas de impunidade.

A criminalização da política como violação do princípio da proporcionalidade se manifesta mediante 1) abuso 2) desvio de e 3) excesso de jurisdição penal relativamente à representação democrática.

O abuso da jurisdição penal ocorre, por exemplo, quando se deflagram operações judiciárias contra titulares de representação política sem a devida necessidade, com efeitos colaterais desnecessários para a dignidade e o funcionamento da política.

Configura desvio de jurisdição penal o exercício da função judiciária com vistas a objetivos que lhe são estranhos, como para reduzir as chances eleitorais de determinados candidatos, partidos ou correntes políticas.

Já o excesso de jurisdição se substancia quando se aplica a titulares da representação democrática incursos em crimes penas acima do que prescreve o Direito Penal.

Na realidade empírica, o fenômeno da criminalização da política corresponde a combinações desses três tipos ideais, e projeta uma regulação de direito

penal que constrange o exercício e exclui a necessária independência da função política no desenho teórico da soberania democrática sob o esquema da separação dos Poderes.

1.7. Considerações finais

Neste capítulo, buscamos demonstrar que a criminalização da política se circunscreve ao contexto da crise do presidencialismo de coalizção, da democracia representativa e do direito democrático.

Articulamos uma primeira linha de argumentação para evidenciar a deterioração – a partir de 2014 – do presidencialismo de coalizção e da estabilidade econômica que ele ancorava desde o segundo terço da década de 1990.

Apontamos esse processo de reconstrução, que culminou com o impeachment de Dilma Rousseff em agosto de 2016 e com a eleição de Jair Bolsonaro em outubro de 2018 sob discurso de condenação ao *establishment* político – inclusive o presidencialismo de coalizção – como efeito dos escândalos de corrupção e, simultaneamente, dos excessos da operação Lava Jato.

Em uma segunda linha de argumentação, indicamos pontos de contato entre, de um lado, a crise brasileira e, de um lado, as crises globais da pós-verdade e das transições incompletas, malsucedidas e mal compreendidas do direito democrático de linhagem liberal.

Salientamos como a transindividualização da responsabilidade e o escancaramento da hermenêutica, processos iniciados na esfera do Direito Civil, implicou a atrofia da liberdade privada e, quando transposta para a dimensão do Direito Penal, aprofundou os efeitos deletérios anteriores e inaugurou uma vertente de crise, denominada criminalização da política, que obstrui o funcionamento da democracia.

Por fim, esboçamos um modelo teórico simples em que se distinguem três tipos ideais de criminalização da política, que, evidenciam a hipertrofia patológica da jurisdição penal em detrimento da representação democrática.

O primeiro decorre da introdução de técnicas e estratégias processuais para abarcar condutas difusas e indeterminadas e da abertura semântica de tipos penais, como o da corrupção passiva, em um caso e no outro para incriminar comportamentos políticos legítimos.

Já o segundo tipo ideal de criminalização da política representa a absorção de (elementos e critérios de) jurisdição política pela jurisdição penal, com imposição de restrições que dificultam ou inviabilizam o exercício da função política.

Por fim, o terceiro tipo ideal de criminalização da política corresponde à malversação da jurisdição que configure violação do princípio da proporcionalidade na persecução penal de titulares da representação democrática.

Concluimos que não existe nem dilema, nem um *tradeof* entre impunidade e criminalização da política. É possível articular uma jurisdição proporcional (parcimoniosa, adequada e eficiente) *vis-à-vis* a impunidade sem se incorrer em criminalização da política.

Nos próximos capítulos, serão apresentadas evidências empíricas do fenômeno da criminalização da política na história recente do Brasil e propostas para prevenção e reversão do problema.

1.8. Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, 31(1), 1988, pp. 5-33.

_____. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AIETA, Vânia Siciliano. *Criminalização da política: a falácia da “judicialização da política como instrumento democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. trad. Aacher Assis Mendonça. rev. Bonn Urbano Cavelli. Berlim: Deutscher Bundestag, 2011. entrada em vigor: 23 de Maio de 1949. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford, 2002.

ANSELL, Ben W.; SAMUELS. *David J. Inequality and democratization: an elite-competition approach*. New York: Cambridge University Press, 2014.

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. 1 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BADURA, Peter. Eigentum. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans Jochen (Hrsg.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Teil 1. Berlin; New York: de Gruyter, 1995, pp. 327-390.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. Identidade partidária e instituições políticas no Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 26, p. 133-165, ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 ago. 2019.

Balthazar, Ricardo; Neves, Rafael. *Folha de S. Paulo; The Intercept Brasil*, São Paulo e Rio de Janeiro, 2 de nov. 2019. Moro contrariou padrão da Lava Jato ao divulgar grampo de Lula, indicam mensagens. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/moro-contrariou-padrao-da-lava-jato-ao-divulgar-grampo-de-lula-indicam-mensagens.shtml>

BANCO Mundial alerta para aumento da pobreza no Brasil. *G1; Deutsche Welle*, Rio de Janeiro, 5 abril, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/05/banco-mundial-alerta-para-aumento-da-pobreza-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BATISTA, Mariana. O Poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 24, n. 57, p. 127-155, Mar. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0104-44782016000100127&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 ago. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BÍBLIA, N.T. *I Coríntios*. In: BÍBLIA. *Bíblia Sagrada*. Trad. Matos Soares. 40. ed. Edições Paulinas: São Paulo, 1984.

BIELLA, Daniela. *Manipolazione e interpretazione della Corte costituzionale in due settori emblematici del diritto penale: la giustizia minorile e la giustizia militare*. (Tese de Doutorado). Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2012.

BIESECKER, Barbara A. Guest Editor's Introduction: Toward an Archaeogenealogy of Post-truth. *Philosophy and Rhetoric*, v. 51, n. 4, Special Issue: Post-Truth (2018), pp. 329-341, 2018.

BORGES, J.; TOLENTINO BARBOSA, S. Ministérios como 'barganha': coalizão de governo e organização do Poder Executivo. *Revista do Serviço Público*, v. 70, n. 2, p. 267 - 296, 28 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil, [2019], Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 1890. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 307*. Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, jul. 13 dez. 1994, DJ 13 out. 1995, p. 34247, Ement, v. 1804-11, p. 2104, RTJ, v. 162-01, p. 3).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação nº 2038*. Rel. Min. Ellen Gracie, jul. 8 fev. 2002, DJ 25 fev. 2002, p. 19).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, jul. 17 dez. 2012, DJe-074, 22 abr. 2013, RTJ, v. 225-01, p. 11, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 24, dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3585*. Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, jul. 2 set. 2014, DJe-211, 28 out. 2014).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto Vencido do Relator no Agravo Regimental na Petição nº 3240*. Ata nº 34, de 19 nov. 2014, DJE nº 238, 4 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1197469/RJ*. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, jul. 24 nov. 2015,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Penal nº 644*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, jul. 7 fev. 2017, DJe-041, 6 mar. 2017).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Ação Civil por Improbidade nº 50050622720144047006*. Rel. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, Quarta Turma, jul. 21 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. *Apelação nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Rel. João Pedro Gebran Neto, DJe 6 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 443.941 - PR (2018/0077613-5)*. Rel. Félix Fischer. DJe 16 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526*. Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão: Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, jul. 11 out. 2017, DJe-159, 7 ago. 2018a)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição nº 3440*. Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, jul. 10 mai. 2018, DJe-171, 22 ago. 2018b).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Penal nº 937*. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, jul. 3 mai. 2018, DJe-265, 11 dez. 2018c).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1786219/SP*. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, jul. 6 jun. 2019, DJe 18 jun. 2019a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2019. *Recurso Especial nº 1820375/SP*. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, jul. 20 ago. 2019, DJe 13 set. 2019b.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 929670. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, jul. 1º mar. 2018, DJe-076, 12 abr. 2019a).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, jul. 14 jun. 2018, DJe-107, 22 mai. 2019b.

BRASIL. *Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 31 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Gilmar Mendes defende revisão de leis ‘oportunistas’ em palestra no Senado. *Agência Senado*, Brasília, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/17/gilmar-mendes-defende-revisao-de-leis-oportunistas-em-palestra-no-senado>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 31 dez. 2019.

BROWN, George D.. McDonnell and the Criminalization of Politics. *Virginia Journal of Criminal Law*, v. 5:1; Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 441, 1º fev. 2017. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909928>. Acesso em 31 dez. 2019.

CANÁRIO, Pedro; COELHO, Gabriela. Alexandre manda Receita suspender investigações secretas de autoridades. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1º agosto, 2019.

Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/alexandre-manda-receita-sus-pender-investigacoes-secretas>. Acesso em 12 ago. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 50.

CARVALHO, Mario Cesar. Sem acordo com os partidos, Bolsonaro não vai governar. *Folha de S. Paulo*, 20 mar. 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/sem-acordo-com-os-partidos-bolsonaro-nao-vai-governar-afirma-cientista-politico.shtml>. Acesso em 8 dez. 2019.

CASTANHO, M. A. F. S. *O processo eleitoral na era da internet: as novas tecnologias e o exercício da cidadania*. São Paulo, 2014. 337f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CERIONI, Clara. Veja um resumo das 21 reportagens da Vaza Jato publicadas em agosto. *Exame*, São Paulo, 1º set. 2019, disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/vaza-jato-um-resumo-das-reportagens-sobre-lava-jato-publicadas-em-agosto/>. Acesso em 15 dez. 2019.

DOMINGUES, José Maurício. Crise da república e possibilidades de futuro. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 6, p. 1747-1758, Junho 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002601747&lng=en&nrm=isso. Acesso em: 10 ago. 2019.

DRAPALOVA, Eliska. *Corruption and the crisis of democracy: the link between corruption and the weakening of democratic institutions*. Transparency International Anti-Corruption Helpdesk Answer: Berlin, 2019. Disponível em: https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Corruption-and-Crisis-of-Democracy_2019.pdf. Acesso em 20 dez. 2019.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. In: Coleção Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp. 201-245.

ELY, Débora. Entenda o vazamento de diálogos da Lava-Jato. NSC Total, Florianópolis, 6 agosto, 2019. Disponível em: <https://www.nscototal.com.br/noticias/entenda-o-vazamento-de-dialogos-da-lava-jato>. Acesso em: 12 ago 2019.

EMPOLI, *Os engenheiros do caos*. Como as *fake news*, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. Trad. Arnaldo Bloch. Belo Horizonte e São Paulo, Editora Vestígio, 2019.

FARIA, Flávia. Confiança na democracia sobe, mas insatisfação com seu funcionamento é de 58%. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 junho 2019.

FERRAZ, Ana Targina Rodrigues. Movimentos sociais no Brasil contemporâneo: crise econômica e crise política. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 135, p. 346-363, agosto 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282019000200346&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2019.

FIKENTSCHER, Wolfgang. *Freiheit als Aufgabe. Freedom as a Task*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1997.

FRAGALE FILHO, Roberto. *Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório*. Dados, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 975-1007, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582013000400008&lng=en&nrm=iso. Acesso em 25 dez. 2019.

FREITAS, Andréa. *O presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

FREUD, Sigmund. O Mal-Estar na Civilização. Trad. Jayme Salomão (coord.). In: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Rio de Janeiro: Imago, [1930] 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal Alemão vigente. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 565-582, dez. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000200011>.

GOLDZWEIG, Rafael. Por que devemos nos preocupar com a influência das redes sociais nas eleições 2018? *El País*, Madri, 22 setembro 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/21/opinion/1537557693_143615.html. Acesso em: 12 ago. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel – Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*. Tome 1 - La acción y racionalización social. Trad. Jean-Marc Ferry. Paris: Fayard, 1987a.

_____. *Théorie de l'agir communicationnel – Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*. Tome 2 - Critique de la raison fonctionnaliste. Trad. Jean-Marc Ferry. Paris: Fayard, 1987b.

HARRIS, H. S. Hegel's System of Ethical Life. An Interpretation. In: HARRIS, H. S.; KNOX, T. M.. (ed.). *System of Ethical Life (1802/3) and First Philosophy of Spirit (Part III of the System of Speculative Philosophy 1803/4)*. Trad. H. S. Harris T.M. Knox. Albany: State University of New York Press, 1979, pp. 3-96.

HARRIS, H. S.; KNOX, T. M. (ed.). *System of Ethical Life (1802/3) and First Philosophy of Spirit (Part III of the System of Speculative Philosophy 1803/4)*. Trad. H. S. Harris e T.M. Knox. Albany: State University of New York Press, 1979.

HEGEL, G. W. F. *System der Sittlichkeit*. Ed. Georg Lasson. Hamburg: Meiner, 1967.

_____. *Phenomenology of Spirit*. Trad. A. V. Miller. Oxford: Oxford University Press, 1972.

_____. *The Difference Between Fichte's and Schelling's System of Philosophy: An English Translation of G. W. F. Hegel's Differenz des Fichte'schen Und Schelling'schen Systems der Philosophie*. Trad. H. S. Harris and Walter Cerf. Albany: State University of New York Press, 1977.

_____. *Methodology of Social Sciences: Max Weber*. Trad. Eduard A. Shils e Henry A. Finch. Glencoe: Free Press, [1949] 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

KLITGAARD, Robert. *Controlling corruption*. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1988.

KOPPER, Moisés; DAMO, Arlei Sander. A emergência e evanescência da nova classe média brasileira. *Horizontes Antropológicos* [Online], 50 | 2018, posto 3 abril 2018, Disponível em: <http://journals.openedition.org/horizontes/1951>. Acesso em: 10 agosto 2019.

LAUB, Zachary. Hate Speech on Social Media: Global Comparisons. *Council on Foreign Relations*. Nova Iorque, 7 junho de 2019. Disponível em: <https://www.cfr.org/backgrounder/hate-speech-social-media-global-comparisons>. Acesso em 12 ago, 2019.

"LAVA JATO" usava prisão provisória como elemento de tortura, diz Gilmar. *Conjur*, São Paulo, 2 out. 2019.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. A crise atual e o debate institucional. *Novos estud. CEBRAP*, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 79-97, Nov. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002017000300079&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 Aug. 2019.

MARSHALL A. (1873), *The Future of the Working Classes*. In Pigou, A. C. (ed), *Memorials of Alfred Marshall*. London: Macmillan, 1925 [1873], pp. 101-118.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Citizenship and Social Class*. In: MARSHALL, Thomas Humphrey. *Class, Citizenship and Social Development*. Westport: Greenwood Press, 1973.

_____. *Citizenship and Social Class*. In: Marshall, Thomas Humphrey e Tom Bottomore. *Citizenship and Social Class*. London: Pluto Press, 1992.

MOISES, José Álvaro. A desconfiança nas instituições democráticas. *Opin. Publica*, Campinas, v. 11, n. 1, p. 33-63, Mar. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762005000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 ago. 2019.

MARTINS, Anna Clara Lehmann. Discurso de ódio em redes sociais e reconhecimento do outro: o caso M. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 1, e1905, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000100203&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 ago. 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Trad. Álvaro Pina, São Paulo: Boitempo Editorial, 1998.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da; MATIAS, Antônio Everardo Lopes. *A Lei da Ficha Limpa e sua conexão com a Lei de Improbidade Administrativa*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza*, v.36, n.2, p.85-110, jul./dez., 2015.

MATTA, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

MELO, Patrícia Campos. Com big data, político de centro corre risco de sumir, afirma especialista. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 dez. 2019.

MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. *Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois*. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 610-629, ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122018000400610&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 dez. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *De l'esprit des lois*. Edição de Laurent Versini. Paris, Éditions Gallimard, [1758] 1995.

NAGEL, Robert. *Marbury v. Madison and modern judicial review*. Wake Forest Law Review, v. 38, p. 613-633, 2003.

NELSON, William Edward. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

NERI, M. *A nova classe média: o lado brilhante dos pobres*. Rio de Janeiro: CPS/FGV, 2008.

_____. *A nova classe média: o lado brilhante da base da pirâmide*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Octavio Amorim. *A crise política brasileira de 2015-2016: Diagnóstico, sequelas e profilaxia*. Relações Internacionais, Lisboa, n. 52, p. 43-54, dez. 2016. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000400004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 ago. 2019.

NETTO, Paulo Roberto. *Entenda o inquérito das 'fake news' contra o STF*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 18 abr. 2019.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

NOHLEN, D. *Sistemas electorales del mundo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

PADULA, Ana Julia Akaishi; ALBUQUERQUE, Pedro Henrique Melo. Corrupção governamental no mercado de capitais: um estudo acerca da operação Lava Jato. *Rev. adm. empres.*, São Paulo, v. 58, n. 4, p. 405-417, ago. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902018000400405&lng=en&nrm=isso. Acesso em: 10 ago. 2019.

PEREIRA, Vinícius. *Brasileiros estão entre os mais céticos com política na região, diz estudo*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 5 abril 2016.

RETROSPECTIVA 2011: Faxina ministerial abre espaço para reforma na Esplanada. *Estado de S. Paulo*, São Paulo, 18 dezembro, 2011. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,retrospectiva-2011-faxina-ministerial-abre-espaco-para-reforma-na-esplanada,812647>. Acesso em: 12 ago. 2019.

RICCI, Rudá Guedes. *Movimentos e mobilizações sociais no Brasil: de 2013 aos dias atuais*. Saúde debate, Rio de Janeiro, v. 42, n. spe3, p. 90-107, Nov. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042018000700090&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 Aug. 2019.

ROBERTS, Iain. *People in broad church parties should think twice before attacking coalitions*. Liberal Democrat Voice, Londres, 29 jun 2010.

RUSSO, Guilherme A.; AZZI, Roberta Gurgel; FAVERI, Charlene. Confiança nas instituições políticas: diferenças e interdependência nas opiniões de jovens e população brasileira. *Opin. Publica*, Campinas, v. 24, n. 2, p. 365-404, ago. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762018000200365&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2019.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. 10, n. 1, p. 1-62, maio. 2004.

SADI, Andréia, 2015. *Leia a íntegra da carta enviada pelo vice Michel Temer a Dilma*.

G1, Rio de Janeiro, 17 dez. 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/leia-integra-da-carta-enviada-pelo-vice-michel-temer-dilma.html>. Acesso em 7 dez. 2019.

SALLUM JR., Brasílio; CASAROEES, Guilherme Stolle Paixão e. O impeachment do presidente Collor: a literatura e o processo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 82, p. 163-200, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 dez. 2019.

SAMUELS, David. As bases do petismo. *Opin. Publica*, Campinas, v. 10, n. 2, p. 221-241, Out. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-6276-2004000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 ago. 2019.

SANCHEZ, Raf. Netanyahu's political survival in the hands of 'kingmaker' Avigdor Lieberman. *Daily Telegraph*, Londres, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2019/09/18/netanyahus-political-survival-hands-kingmaker-avigdor-lieberman/>. Acesso em: 14 dez. 2019.

SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. *Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão*. 1 ed., Curitiba: Appris, 2011.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SIEYES, Emmanuel Joseph. *Préliminaire de la constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'homme et du Citoyen*. Discurso lido em 20 e 21 de julho de 1789 na Comissão da Constituição da Assembleia Nacional. Paris, 1789.

_____. Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen. In: FRANÇOIS FURET; RAM HALÉVI (Org). *Orateurs de la Révolution française*. Paris: Gallimard, 1989, p. 1004-1018.

SICSU, João. BRASIL: É UMA DEPRESSÃO, NÃO FOI APENAS UMA RECESSÃO. *Rev. econ. contemp.*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, e192312, 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000100205&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Aug. 2019. Epub Apr 15, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/198055272312>.

SILVA, Edvaldo Fernandes da. *Fundamentos do compromisso interclasses na sociedade moderna: análise da determinação recíproca entre capitalismo e cidadania a partir do conflito de classes na Usiminas*. 2015. 486 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

_____. STF tem falhado no controle de constitucionalidade da reforma política. *Conjur*, São Paulo, 15 mai. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mai-05/edvaldo-fernandes-stf-falhado-controle-reforma-politica>. Acesso em 14 dez. 2019.

_____. Judicialização da política. *Estado de S. Paulo*, São Paulo, 4 mai. 2016. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,judicializacao-da-politica,10000048935>. Acesso em 15 dez. 2019.

SILVA, Rosane Leal da; HOCH, Patrícia Adriani; RIGHI, Lucas Martins. *Transparência pública e a atuação normativa do CNJ*. *Rev. Fireito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 489-514, dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 dez. 2019.

SOUZA, Jessé. A sociologia dual de Roberto Da Matta: descobrindo nossos mistérios ou sistematizando nossos auto-enganos?. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 47-67, fev. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 Aug. 2019. .

SULER, John. *The Online Disinhibition Effect*. *Cyberpsychology & behavior: the impact of the Internet, multimedia and virtual reality on behavior and society*. 7. 321-6. 10.1089/1094931041291295, 2004.

SUNSTEIN, Cass & Holmes, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. In: C. Neal Tate; Torbjörn Vallinder. (Ed.) *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Joelmir. *Joesley diz que Cardozo se arrependeu de lei contra organizações criminosas*. *Folha de S. Paulo, São Paulo, 29 set. 2017*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1922878-joesley-diz-que-cardozo-se-arrependeu-de-lei-contra-organizacoes-criminosas.shtml>. Acesso em: 25 dez. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis. *De la Democratie em Amérique*. Tome Deuxième. Paris: Pagnerre, 1948.

_____. *De la Democratie em Amérique*. Première Partie. Une édition électronique réalisée à partir de la 13e édition parue du vivant d'Alexis de Tocqueville du livre d'Alexis de Tocqueville. [1835], 2002. Disponível em: <http://fsp-scpo.ulb.ac.be/sites/default/files/Contenu/Cours/democratie-en-amerique-1-11.pdf>. Acesso em 31 dez. 2019.

VASCONCELOS, Jorge. Após Previdência, parlamentares aguardam liberação de recursos de emendas. *Correio Braziliense*, 14 nov. 2019. Disponível em https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/11/14/interna_politica,806512/apos-previdencia-parlamentares-aguardam-liberacao-de-recursos-de-emen.shtml. Acesso em 8 dez. 2019.

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

VINX, L. (ed.). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

WAINWRIGHT, Hilary. *Poder popular no século XXI*. Trad. e adap. José Corrêa Leite. São Paulo: Xamã, 2005.

WEBER, Max. *Parlamento e governo na Alemanha reordenada: crítica política do funcionalismo e da natureza dos partidos*. Trad. Karin Bakker de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993.

WHITAKER, CHICO. *Ficha Limpa - uma lei a defender?* Estud. av., São Paulo, v. 30, n. 88, p. 231-245, dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000300231&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 dez. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142016.30880015>.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM TEMPOS DE CRISE

Tairone Messias⁷⁶

2.1. Introdução

A visão de que as instituições brasileiras foram historicamente condescendentes ou ineficientes no combate à corrupção sedimentou o caminho histórico para que as operações contemporâneas de combate aos crimes atribuídos a membros das elites políticas sejam hoje um sucesso perante a opinião pública. O apoio maciço da população aparece nos resultados dos institutos de pesquisa (FOLHA DE S. PAULO, 2019)⁷⁷, nas manifestações e passeatas públicas e até mesmo na forma de propaganda paga, como no caso dos *outdoors*⁷⁸ espalhados em várias cidades do país para enaltecer o trabalho do ex-juiz e do procurador considerados símbolos da atual investigação da *Lava Jato* (KONCHINSKI, 2019).

Para uma parte significativa da sociedade, o maior legado das condenações produzidas pelo *Mensalão* e pela *Lava Jato* está no fato de se estar conseguindo romper com um ciclo histórico de impunidade sistêmica no Brasil no que tange aos crimes de corrupção, notadamente aqueles ditos de *colarinho branco*⁷⁹. De maneira inédita,

⁷⁶ Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em análise política e políticas públicas (UnB). Mestrando em Poder Legislativo (Cefor/CD). Servidor concursado do Senado Federal desde 2009. Advogado.

⁷⁷ Pesquisa realizada pelo Instituto DataFolha mostrou que 81% dos entrevistados defendem a continuidade da investigação *Lava Jato*, mesmo depois da divulgação de conversas que mostraram excessos e condutas questionáveis dos agentes públicos durante as apurações e julgamentos. Para 81%, Lava Jato ainda não cumpriu seu objetivo e deve continuar, diz Datafolha. Folha de S. Paulo. São Paulo, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/12/para-81-lava-jato-ainda-nao-cumpriu-seu-objetivo-e-deve-continuar-diz-datafolha.shtml>. Acesso em 15 de dezembro de 2019.

⁷⁸ Ver também: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/07/19/grupos-arrecadam-r-30-mil-para-outdoors-de-apoio-a-lava-jato-em-curitiba.htm> Acesso em 31 de dezembro de 2019.

⁷⁹ A dificuldade de punir os crimes cometidos por poderosos é, a bem da verdade, muito mais do que uma simples impressão do imaginário popular. A seletividade do sistema penal é um dado de realidade, já constatado empiricamente em múltiplas pesquisas sobre o tema. Na clássica obra *White Collar Crime*, o sociólogo Edwin H. Sutherland conceituou o termo “criminalidade de colarinho branco”, definindo-o como as infrações penais praticadas por “pessoa de respeitabilidade e alto *status* social” e “no curso de sua atividade”. No estudo sobre a sociedade norte-americana, Sutherland descreve a longa estratégia de poder que exclui o colarinho branco da etiqueta penal. O autor argumenta que o sistema como um todo

“caciques” políticos e grandes empresários estariam sendo efetivamente alcançados pelo direito penal. Pessoas de grande proeminência política e econômica são finalmente presas, processadas e condenadas⁸⁰.

A reflexão que este capítulo pretende desenvolver envolve o fenômeno chamado de *criminalização da política* e parte exatamente das acusações que se produziram contra políticos⁸¹ no âmbito do *Mensalão* e da *Lava Jato*. A razão para focar nessas duas megaoperações é, em primeiro lugar, o caráter emblemático dessas investigações. Ambas formam, indubitavelmente, um marco no processo institucional de repressão aos crimes ocorridos nos altos estratos do aparato estatal e trazem, por conseguinte, uma singular riqueza em termos de elementos de análise.

No episódio do *Mensalão*, que eclodiu em 2005, diversos parlamentares foram acusados de participarem de um esquema de pagamento de vantagem indevida para formação da “base aliada” do governo federal na Câmara dos Deputados. Em troca de dinheiro, – que, segundo algumas defesas era usado para quitar dívidas de campanhas e outros compromissos políticos - deputados ofereciam apoio político a projetos de lei de interesse do Executivo (BRASIL, 2019). O julgamento só terminou em 2012.

O caso *Mensalão* ficou em julgamento por mais de um ano e meio e consumiu 53 sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal - todas elas transmitidas ao vivo pela televisão e amplamente noticiadas pela imprensa. Ao final do processo, a

estava organizado para tratar de forma completamente diferente o crime da *high society*. Segundo ele, os atos criminosos cometidos pelas classes mais altas não eram objeto de censura social e formal do aparato penal do Estado, o que podia ser constatado a partir da forma como as leis eram feitas, passando pela leniência das autoridades policiais e culminando com a interpretação diferenciada que era dada pelo Poder Judiciário nesses casos. Cf. SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes; tradução Clécio Lemos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁸⁰ A atenção pública recebida pela Força-Tarefa de investigação denominada “Lava Jato” é, em grande medida, reflexo da simbologia e do prestígio das pessoas implicadas nas revelações narradas (grandes empresários, líderes políticos expressivos, ex-presidentes da República etc.). John Thompson analisa o papel da mídia em escândalos políticos e conclui que a visibilidade destes eventos está diretamente ligada à reputação dos indivíduos envolvidos. Para um aprofundamento sobre a influência dos enquadramentos midiáticos na produção de um discurso sobre a realidade e sobre o papel dos veículos de imprensa na produção e amplificação de escândalos políticos, cf. THOMPSON, John. *O Escândalo Político: poder e visibilidade na era da mídia*. Ed. Vozes, 2002.

⁸¹ Dada a polissemia do termo *político*, convém esclarecer o sentido concreto empregado nesse trabalho. Ao se utilizar a expressão *político*, está a se referir ao agente que desempenha atividade partidária e representativa, por meio do exercício do mandato eletivo, notadamente nas Casas Legislativas, ou seja, deputados, senadores, vereadores, governadores, presidentes da república, etc.

Suprema Corte condenou 24 dos 38 réus (Ação Penal 470), dentre eles vários parlamentares e líderes partidários.⁸²

Pouco tempo depois, em março de 2014, emergiu a tão conhecida operação *Lava Jato*. Segundo a narrativa apresentada nas denúncias, atores políticos e empresários se consorciaram em práticas de corrupção. De acordo com o Ministério Público, as empresas propiciavam a partidos e a políticos tomadores de decisão os recursos financeiros indispensáveis ao sucesso na competição política (eleições) e recebiam, em troca, “boa vontade”, “influência” e, especialmente, o acesso privilegiado a vultosos contratos com estatais.

Basicamente, líderes partidários faziam indicações de gerentes, executivos e chefes em empresas e órgãos públicos responsáveis por grandes contratos e, em troca, recebiam vantagens pessoais e recursos para campanhas eleitorais. O dinheiro era arrecadado por meio de conluíus entre agentes públicos e empresariado feitos com o objetivo de fraudar as licitações e direcionar contratos⁸³.

A operação *Lava Jato* representa, segundo o Ministério Público Federal, “**a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil**”⁸⁴, tanto que já dura mais de cinco anos ininterruptos. O volume de recursos que a *Lava Jato* descobriu ter sido desviado dos cofres da maior empresa estatal do país - a Petrobrás está, literalmente, na casa dos bilhões de reais. Para se ter uma dimensão da

⁸² O julgamento foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal como um dos mais relevantes ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição de 1988. Em reportagem divulgada em 8 de outubro de 2018 no site do Tribunal, consta o seguinte excerto: “*Um dos julgamentos mais marcantes nesse período foi o da Ação Penal (AP) 470, sobre a denúncia de compra de votos no escândalo conhecido como “mensalão”, que teve 53 sessões plenárias inteiramente dedicadas à sua análise em 2012, sem contar a análise de recursos apresentados por alguns dos condenados. No total, a ação com 38 réus chegou a 315 volumes, 501 apensos em um total de 72.234 páginas.*” Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=392162&caixaBusca=N>]. Acesso em 29 de novembro de 2019.

⁸³ Nas palavras do Coordenador da Lava Jato: “Com base na lógica partidária do esquema e naquilo que se comprovou, é razoável afirmar que há um esquema-padrão de corrupção no país que pode ser assim sintetizado: políticos e partidos desonestos escolhem para chefiar órgãos federais, estaduais e municipais pessoas incumbidas de arrecadar propinas. Uma vez nos cargos, essas pessoas fraudam licitações em benefício de empresas que concordam em pagar subornos em troca de lucros extraordinários. Além de contratos, provou-se na própria Lava Jato que se vende muito mais: apoio parlamentar, empréstimos baratos em bancos públicos, proteção contra investigações, conteúdo de legislação, etc.” (DALLAGNOL; POZZOBON, 2018, p. 138)

⁸⁴ Extraído de texto explicativo publicado no site oficial da Operação LavaJato. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato>. Acesso em 11 de julho de 2019.

magnitude dos fatos, a Petrobrás admitiu em seu balanço um prejuízo de R\$ 6,4 bilhões, valor este que corresponde a mais do que o dobro do total de recursos que o governo federal pretende empregar em 2020 com o programa social *Minha Casa Minha Vida*, que é uma importante política pública voltada à redução do déficit habitacional no país (PUPO; RESENDE, 2019).⁸⁵

O Coordenador da “Força-Tarefa da Lava Jato”, procurador Deltan Dallagnol, assim descreveu o que ele denominou de “um terremoto que abalou a impunidade brasileira”:

“Pela primeira vez na história, um presidente brasileiro enfrenta acusações formais de corrupção ao longo de seu mandato. Contudo, não é só ele. Seis pessoas muito próximas do presidente Michel Temer foram acusadas e três foram presas. Um ex-presidente brasileiro muito popular, Luiz Inácio Lula da Silva, foi condenado em duas instâncias por corrupção e está cumprindo pena de prisão. (DALLAGNOL; POZZOBON, 2018, p. 129)

E continua o representante do Ministério Público:

“Outros dois ex-presidentes, Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff, foram acusados por corrupção ou formação de organização criminosa, e dois ex-chefes da Casa Civil – segundo posto do Executivo federal brasileiro – foram condenados e presos por corrupção. (...)

As investigações também implicaram seis presidentes do Senado e cinco da Câmara dos Deputados, incluindo os dois em exercício. Dois ex-presidentes da Câmara foram presos – um deles já foi condenado por corrupção e o outro por lavagem. Uma única empresa que fez acordo de leniência com o Ministério Público – a Odebrecht – mencionou 415 políticos de 26 partidos. Dentre eles estavam quase um terço dos senadores e dos então ministros e quase metade dos governadores.” (DALLAGNOL; POZZOBON, 2018, p. 130)

O número de políticos investigados por suspeita de envolvimento no tal “macroesquema de corrupção” é um dado bastante inquietante. A quantidade de políticos citados (415) corresponde a mais de 80% da totalidade de assentos da Câmara

⁸⁵ O projeto de lei orçamentária para 2020, encaminhado pelo Executivo, prevê uma projeção de gasto de R\$ 2,7 bilhões para o programa Minha Casa Minha Vida. Segundo o Jornal Folha de S. Paulo, é o menor orçamento da história do programa.

dos Deputados (513 vagas). Já o volume de 26 partidos mencionados é superior ao número total de agremiações representadas atualmente no Senado da República (em dezembro de 2019, são ao todo 16 legendas). A título de comparação, tem-se que, no caso italiano (operação *Mãos Limpas*⁸⁶), houve o indiciamento de 338 ex-deputados e 100 ex-senadores. Chegou-se até mesmo a se ter a extinção de vários partidos políticos na Itália (BRAGA, CONTRERA; CASSOTA, 2018).

A segunda razão para a pesquisa focar o *Mensalão* e a *Lava Jato* é que essas investigações produziram casos paradigmáticos para a discussão do problema da *criminalização da política* e do exercício (i)legítimo da atividade parlamentar. Isso porque em várias das denúncias ofertadas nos casos contra membros do Parlamento ou do mundo político-partidário, o ato de corrupção imputado estava ligado a condutas diretamente relacionadas à função legislativa ou a atividade representativa de defesa de interesses desses atores políticos, tais como:

1. apresentar emendas a matérias em tramitação nas Casas Legislativas⁸⁷;
2. votar favoravelmente em projetos que beneficiavam o Poder Executivo⁸⁸ ou grupos econômicos específicos⁸⁹;
3. apoiar ou obstruir a votação de matérias legislativas como estratégia política⁹⁰;

⁸⁶ A operação *Mani Pulite* ocorrida na Itália entre 1992 e 1999 foi uma ampla investigação judicial que acarretou a prisão de inúmeros políticos expoentes da época, atingindo quase todos os partidos políticos e impactando diretamente a correlação de forças e o sistema eleitoral e partidário do país europeu. Para um estudo comparativo entre a *Mãos Limpas* e a *Lava Jato*, cf. CHEMIN, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato. A corrupção se olha no espelho**. 1ª ed. Editora Citadel, 2017.

⁸⁷ É o caso do Inquérito 4334-STF, em que um ex-Senador é acusado de propor emendas para modificar o texto de uma medida provisória, com o intuito de beneficiar a construtora Odebrecht, em troca de doação eleitoral da empresa para a campanha do filho do ex-Senador em uma eleição local do estado.

⁸⁸ É o caso do capítulo VI da AP 470 (Mensalão), em que dois deputados federais foram acusados de receberem, “no período compreendido entre os anos de 2003 e 2004, (...) R\$ 2.905.000,00 (dois milhões, novecentos e cinco mil reais) para votarem a favor de matérias do interesse do Governo Federal” (AP 470, fls. 45.385).

⁸⁹ É o caso da Petição 6798 – STF, em que ex-deputado é acusado de ter votado para alterar alguns pontos da Medida Provisória 544/2011, que trazia um regime tributário especial para a indústria da defesa, recebendo depois doação para sua campanha a uma Prefeitura de uma das empresas beneficiadas. Na ótica do Ministério Público, “*houve tratativas com o deputado para mudanças na redação da MP 544/2011, em contrapartida*”.

⁹⁰ É o caso do Inquérito 4506-STF, em que um ex-Senador é acusado de atuar “*intensamente nos bastidores*” do Congresso Nacional, no sentido de aprovar medidas legislativas para impedir ou embarçar a apuração e a efetiva punição de infrações penais que envolvam a organização criminosa, tais como a lei da anistia do chamado caixa dois eleitoral (Código Eleitoral, art. 350), para inviabilizar qualquer investigação desses crimes, bem como o projeto de lei de abuso de autoridade (PLS 85/2017), com notório viés retaliatório contra autoridades judiciais e agentes públicos de fiscalização e controle,

4. (des)convocar autoridades para depor em Comissões Parlamentares de Inquérito como estratégia de negociação política⁹¹;
5. Pressionar pela liberação de emendas parlamentares do orçamento ou empregá-las em situações de conflitos de interesse;
6. usar da influência política de parlamentar para articular serviços e bens públicos em favor de determinados grupos de eleitores;
7. oferecer apoio e sustentação política para nomeação ou permanência de indicados em cargos de direção de empresas estatais⁹²
8. Defender pleitos e projetos de empresas junto aos órgãos do governo federal⁹³

Apesar de as condutas citadas acima imbricarem, em muitos pontos, com funções ínsitas de um mandato eletivo, o impacto dessas iniciativas punitivas no funcionamento da democracia ainda não foi objeto de suficiente problematização. Iniciar essa reflexão crítica é precisamente o objetivo central desta obra.

Um ponto relevante de discussão é saber os limites aceitáveis do mandato e da atividade político-partidária, já que, em grande medida, é inerente a uma democracia representativa, aberta e plural, que cidadãos e grupos de interesse busquem “acesso”, “influência” e “boas relações” com os representantes políticos, a fim de avançar seus pleitos, inclusive apoiando financeiramente os candidatos e os representantes de sua predileção.

No *Mensalão* e na *Lava Jato*, multiplicaram-se investigações em que as lideranças partidárias foram colocadas como integrantes do “núcleo político” de organizações criminosas. Práticas típicas da atividade de representação política e tratativas políticas ordinárias para formação de maiorias para a tomada de decisões

visando a inibir as investigações e processos da "Operação Lava Jato". (BRASIL, STF, denúncia do Procurador-Geral da República, p. 4).

⁹¹ É o caso do Inquérito 5047925-79.2015.4.04.7000 (13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba), em que um ex-Senador é acusado de ter solicitado contribuição eleitoral para articular politicamente para evitar a convocação de empreiteiros para prestar depoimento na Comissão Parlamentar de Inquérito da Petrobrás (CPI).

⁹² É o caso do Inquérito 3989 – STF, em que um grupo de parlamentares do Partido Progressista é acusado de sustentar a nomeação e a manutenção de Paulo Roberto Costa no cargo de Diretor da Petrobrás como forma de captar e repassar recursos financeiros em benefício dos integrantes do partido.

⁹³ É o caso da denúncia formulada contra dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados que teriam recebido recursos para “aparar” arestas políticas das empresas Furnas e Odebrecht com o governo federal.

democráticas foram enquadradas em certas denúncias como atos de ofício de *apoio político* a ilegalidades, mormente do crime de corrupção⁹⁴.

A apresentação de denúncias com conotações substancialmente “moralistas”, eivadas de provas da ilicitude ou com ilações cavalares, fizeram soar o alarme das críticas, inclusive com o emprego recorrente da expressão *criminalização da política*. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, é talvez uma das vozes mais conhecidas dessa corrente de repreensão pública aos excessos cometidos⁹⁵. Muito embora o Ministro e todos os críticos reconheçam os méritos e os inegáveis resultados alcançados pelas investigações contra ilícitos na política, nas entrevistas que concede, o integrante da Suprema Corte sempre adverte que o combate à corrupção não pode redundar em *criminalização da política*, nem em suspeição geral sobre parlamentares e sobre a política (ALENCAR, 2017).

Apesar de a expressão *criminalização da política* ser cada vez mais usada para criticar excessos, as nuances desse fenômeno não chegaram a ser objeto de teorizações mais profundas no meio acadêmico brasileiro.

Essa é uma tarefa urgente no Brasil contemporâneo, dada a necessidade de se averiguar as principais características desse fenômeno e como ele interfere no funcionamento de nossa democracia representativa e na independência dos integrantes dos corpos legislativos da nação.

Urge promover um melhor esclarecimento das tênues fronteiras entre o que é próprio da atividade parlamentar – função que evidentemente inclui a defesa de

⁹⁴ É o caso, por exemplo, da Ação Penal nº 1026137-89.2018.4.01.3400, em que o Ministério Público denunciou os dois ex-presidentes da República Lula e Dilma, além de outros, por organização criminosa, argumentando que eles se compunham a cúpula política de uma estrutura ilícita voltada ao cometimento de crimes contra a Administração Pública. O Juízo da 12ª Vara Federal, ao sentenciar o feito, em 4 de dezembro de 2019, absolveu sumariamente os réus, entendendo que “a denúncia apresentada, em verdade, traduz tentativa de criminalizar a atividade política.” (BRASIL, sentença proferida pela 12ª Vara Federal do DF, Ação Penal nº 1026137-89.2018.4.01.3400, p. 9)

⁹⁵ “(...) **Tenho reiteradamente afirmado que não se deve banalizar a persecução criminal**, pois tal atitude está a afrontar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição Federal. **Como consabido, na acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado vincula-se ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.** Destaco que a questão atinente à técnica da denúncia tem merecido, no âmbito deste Tribunal, reflexão no plano da dogmática constitucional, especialmente ao direito de defesa. É que o tema tem sérias implicações no campo dos direitos fundamentais. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito.” (HC 158.319, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26.06.2018).

interesses e a responsividade aos eleitores - e o que configura, de fato, mercancia da função pública, ou seja, uma degeneração da nobre missão de representação política.

O objetivo deste capítulo é contribuir para esse debate teórico, a partir de uma perspectiva exploratória do tema. A primeira parte será dedicada a discutir possíveis conceituações para o fenômeno da *criminalização da política*. Na sequência, analisam-se alguns aportes sobre a discussão pública do tema nos Estados Unidos (EUA), para então se seguir ao exame do fenômeno no Brasil, momento em que serão examinados mais detidamente casos concretos ocorridos no âmbito do *Mensalão* e da *Lava Jato*.

2.2. Elementos conceituais da criminalização da política: proposta de caracterização do fenômeno

Neste tópico, pretende-se oferecer uma proposta de conceito para a ideia de *criminalização da política*, bem como apresentar elementos gerais caracterizadores do fenômeno.

Inicialmente, cabe frisar que a noção de *criminalização da política* (no inglês, *criminalization of politics*) é mais comum no discurso político e jornalístico dos Estados Unidos. Porém, depois da repercussão causada pelas várias denúncias contra políticos produzidas nos processos do *Mensalão* (2005-2006) e da *Lava Jato* (2014 – atual), a expressão tornou-se usual também no debate público nacional. O “problema” chegou, inclusive, a ser abordado no discurso de um dos candidatos à Presidência do Senado Federal, durante o processo de eleição da Mesa para o primeiro biênio da 56ª Legislatura (2019-2023).⁹⁶

⁹⁶ Na sessão preparatória do dia 2 de fevereiro de 2019, destinada à eleição dos integrantes da Mesa, o Senador Fernando Collor de Mello, na condição de candidato à Presidência do Senado, manifestou-se nos seguintes termos:

“(...) O Presidente deverá conduzir os trabalhos com firmeza, capacidade de diálogo e de articulação política conciliadora. Terá de demonstrar maturidade, serenidade, sensibilidade e determinação para a construção das melhores soluções para os grandes temas nacionais.

Enfrentar essas questões exige coragem. Temos o compromisso moral de contribuir para o restabelecimento da confiança nas instituições, em especial nesta Casa e no Congresso Nacional. No entanto, a crescente judicialização da política vem prejudicando a capacidade de o Parlamento exercer suas funções e minando a credibilidade desta instituição fundamental para o exercício da democracia representativa.

O Congresso Nacional não pode apequenar-se. Não podemos aceitar a criminalização da política, tampouco ter receio de expressar nossas ideias. Precisamos fazer uma defesa enérgica das

A prova incontestável de que o tema realmente se popularizou no Brasil pode ser vista na própria quantidade de pronunciamentos parlamentares que mencionaram a ideia em algum trecho da fala. Uma pesquisa nos sistemas de informação do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com a palavra-chave “*criminalização da política*”, permite ver claramente como o tema ganhou a atenção crescente dos deputados e senadores, notadamente depois do início da operação *Lava Jato* em março de 2014. A tabela abaixo é inequívoca em demonstrar quantitativamente a assertiva:

Tabela 1 - Número de pronunciamentos parlamentares nas Casas do Legislativo Federal contendo a expressão "criminalização da política".

ANO	CÂMARA DOS DEPUTADOS	SENADO FEDERAL
2001	0	1
2002	0	0
2003	0	0
2004	0	1
2005	1	0
2006	1	0
2007	2	1
ANO	CÂMARA DOS DEPUTADOS	SENADO FEDERAL
2008	0	0
2009	4	0
2010	1	0
2011	2	0
2012	4	0
2013	1	1
2014	8	0
2015	11	4

prerrogativas do Poder Legislativo perante os demais Poderes da República, prerrogativas essas afirmadas e reafirmadas em várias e importantes ocasiões pelo Constituinte brasileiro. (...).”

Destaque nosso. Íntegra das notas taquigráficas disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/450491>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

2016	19	20
2017	35	5
2018	4	9
2019(*)	6	7
Total	99	49
Geral		

Fonte: Elaboração do autor, a partir de dados dos sistemas de notas taquigráficas da Câmara e do Senado. (*) Informações contabilizadas até 18 de novembro de 2019.

De partida, propõe-se definir *criminalização da política* como uma tendência de alargamento interpretativo das categorias sancionatórias do Direito, especialmente no campo investigativo-persecutório do Estado (Polícia e MP), que se dá em detrimento dos instrumentos próprios da *responsabilização política* (v.g. *accountability* eleitoral), dirigido prioritariamente a mandatários eleitos pelo voto popular (classe política), e que vem acompanhada de um processo de flexibilização de garantias fundamentais, o qual é considerado como aceitável sob o pretexto de que atores políticos são mais vocacionados a práticas ilícitas do que os demais cidadãos e, portanto, merecem tratamento jurídico diferenciado para melhor proteção da sociedade (inimigo).

Por alargamento interpretativo das categorias sancionatórias do Direito, entende-se exegeses jurídicas expansivas que tratam como ilícitos práticas tidas como ínsitas ao sistema da política, ou, no mínimo, como aceitas à luz do nosso modelo de presidencialismo de coalizão e de democracia representativa.

Criminalizar a política, nessa ótica, seria amplificar demasiada e seletivamente a atividade persecutória do Estado de modo a enquadrar atividades inerentes ao exercício da função legislativa ou de representação política como postura ilegítima à luz do Direito. Em outras palavras, significa tratar interações normais da política, inseparáveis do cotidiano de qualquer mandatário no regime democrático, como condutas não só impróprias, mas criminosas/ilícitas.

Nesse sentido, *práticas e interações* entre representantes e cidadãos/eleitores/empresas, outrora consideradas típicas formas de exercício legítimo do jogo da política, são enquadradas como graves desvios jurídicos, ou seja, como condutas dotadas de máximo grau de reprovabilidade social e que reclamam a intervenção punitiva do Estado pelo sistema do Direito.

O termo *criminalização da política* implica, portanto, um discurso de crítica contra o que se entende ser uma atuação judiciária indevida de alargamento das categorias punitivas do Direito, que conduz a considerar comportamentos essencialmente políticos, a exemplo das relações de confiança e de influências recíprocas entre políticos e agentes privados, como violadores da lei e passíveis de perseguição pelo Estado.

O aspecto acima ainda voltará a ser melhor examinado. Antes disso, importa realçar um outro componente da *criminalização da política*: o superdimensionamento da responsabilidade jurídico-penal em prejuízo ao espaço da responsabilização *política* dos representantes eleitos. Com efeito, a responsabilização penal é uma espécie de censura estatal máxima do Estado contra condutas ofensivas a bens jurídicos especialmente relevantes, que se dá por meio da pena, inclusive a de prisão. Já a responsabilidade política concretiza-se, em essência, por meio da submissão dos agentes políticos ao escrutínio público, via o julgamento das urnas (ZAMPIERI, 2014).

Discorrendo sobre a diferença entre os dois tipos de responsabilização, PALMA (1993) afirma:

A pura violação de deveres éticos-sociais — ou éticos-políticos — só é verdadeiramente sancionada, em democracia, através da punição eleitoral, à disposição dos cidadãos eleitores, uma vez que a penalização criminal não deve servir para —[...] satisfazer desejo de vingança ou para educar eticamente os cidadãos, utilizando o delinquente como um meio. (PALMA, 1993, p. 6)

A responsabilização penal visa reprimir condutas descritas como crimes. Refoge ao seu escopo censurar maus comportamentos éticos dos políticos ou desempenho insuficiente na resolução dos problemas sociais e econômicos da comunidade (v.g desemprego, insegurança pública, saúde precária). Também não é papel do direito penal facilitar o caminho para a destituição de representantes eleitos indesejados (*removal from office*), quando a via política estiver se revelando obstruída pelas maiorias de momento.

ZAMPIERI alerta para o risco de se buscar fatos típicos na esfera penal como alternativa para situações em que o afastamento de maus governantes se mostra inviável na via política. Ela descreve o fenômeno do aproveitamento político da responsabilidade penal, pelo qual se persegue “judicialmente um político pela acusação

da prática de ilícito, quando na verdade a intenção da acusação pode ser unicamente afastá-lo do poder.” (ZAMPIERI, 2014, p. 377).

BRAND alerta para a necessidade de redobrada cautela na análise criminal de condutas no campo da ação política. Não raro, existe a perigosa tentação de retaliar interesses políticos contrariados na arena democrática, valendo-se do direito, notadamente de enquadramentos criminais heterodoxos, construídos para atingir pessoas indesejadas, e não condutas propriamente desviantes (BRAND, 2004, p. 850).

Para o mesmo autor, a liberdade típica dos comportamentos inerentes à atividade política propicia a procuradores um terreno de oportunidades muito férteis para satisfazer o desejo de expandir o alcance da norma penal incriminadora. (BRAND, 2004, p. 850).

A *criminalização da política* ignora as diferenças de escopo e as necessárias fronteiras entre as duas searas de responsabilização referidas acima, e acaba por fazer incidir a responsabilidade jurídica quando o caso é simplesmente de aplicação dos mecanismos de responsabilização política.

Nessa dimensão, poderiam ser citados como exemplos abarcados pelo conceito as tentativas de caracterizar como crime, improbidade administrativa ou corrupção *lato sensu* os seguintes comportamentos realizados no exercício do mandato, quando ausentes provas diretas do *quid pro quo* (nexo causal entre o ato e uma vantagem; “pacto do injusto”):

- 1) a indicação de aliados políticos para ocupar funções públicas dentro da máquina estatal como forma de incrementar poder político ou de angariar influência no processo decisório desses entes estatais;

Aqui, o conceito de *criminalização da política* critica a tentativa de qualificar como ilegal o uso do mandato para conseguir emplacar o preenchimento de postos públicos. Em democracias pluripartidárias, é natural que os parlamentares e as forças políticas de modo geral busquem participar do governo e influenciar as políticas públicas, por meio da indicação de nomes de sua confiança para ocupar os cargos de primeiro e segundo escalões e até mesmo funções burocráticas dentro do aparato estatal. A nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, de juízes e do Procurador-Geral da República também se submete a esse processo. Obviamente que quando a indicação se presta a fins ilícitos, isso se torna um desvio. Nesse caso, é fundamental provar que o político que indicou estava ciente do propósito concertado de uso do cargo

para prática de crimes em tempo futuro. Para a responsabilização do parlamentar, não basta a simples demonstração de que ele fez pressão política por sua nomeação ou, ainda, que, pela sua inércia, ofereceu *sustentação política* para a permanência da função e, conseqüentemente, para a continuidade delitiva. Ausente prova robusta nesse sentido, apenas o malfeitor indicado deve ser responsabilizado, sob pena de *criminalizar a política*.

- 2) condutas para obstruir ou acelerar o processo de elaboração legislativa em apoio ou oposição a certos grupos políticos (v.g apresentação de requerimento de urgência ou de requerimento de adiamento de votação ao projeto de lei de abuso de autoridade ou à proposta de emenda à constituição que permite a execução antecipada da pena a partir da condenação em segunda instância);

Estratégias de direcionamento do processo legislativo em direção a apressar ou atrasar matérias em tramitação configuram práticas próprias do jogo parlamentar e são recursos legítimos nas disputas entre as forças políticas dentro do Parlamento.

Não raro, parlamentares da própria base do governo se valem de técnicas de obstrução⁹⁷ da pauta de votações, a fim de forçar o Executivo a rever determinadas decisões ou mesmo forçar os representantes do governo a dialogar melhor com os congressistas.

A pura e simples pressuposição de que o manejo de estratégias regimentais para obstruir ou alavancar projetos está contaminada de interesses escusos também é uma forma de *criminalizar a política*.

- 3) a realização de encontros/reuniões/jantares, em que parlamentares relatores de matérias negociam com grupos de interesse ou com atores diretamente sujeitos à futura regulação legislativa⁹⁸;

⁹⁷ O glossário legislativo da Câmara dos Deputados, define **obstrução** como um “recurso utilizado por parlamentares em determinadas ocasiões para impedir o prosseguimento dos trabalhos e ganhar tempo. Em geral, os mecanismos utilizados são pronunciamentos, pedidos de adiamento da discussão e da votação, formulação de questões de ordem, saída do plenário para evitar quórum ou a simples manifestação de obstrução, pelo líder, o que faz com que a presença dos seus liderados deixe de ser computada para efeito de quórum”.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/69889.html>. Acesso em 5 de janeiro de 2020.

⁹⁸ Um exemplo nesse sentido foi citado pelo Deputado Federal Lafayette de Andrada no **Seminário Política, Democracia e Justiça**, realizado pela Câmara dos Deputados em 26 de novembro de 2019.

Legislar é, essencialmente, uma atividade de mediação de interesses, visando a uma convivência comum harmônica. Esse trabalho requer um diálogo incessante com atores sociais relevantes, procurando, na máxima extensão possível, conciliar visões antagônicas sobre o bem comum. Em sociedades complexas e plurais como as atuais, interesses destoantes e visões de mundo divergentes são cada vez mais a regra. Em tal contexto, não é apenas desejável, mas sim necessário que os parlamentares se reúnam com grupos de interesse, inclusive empresários, e se abram para ouvir suas demandas e opiniões, de modo a produzir a melhor legislação possível. Aliás, isso é um dever constitucional, na medida em que cabe aos atores políticos fazer também a interlocução entre o setor público e o setor privado, com vistas ao atingimento dos objetivos da República (garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza,

Conforme áudio do evento, disponível no sítio eletrônico da Câmara [<http://imagem.camara.leg.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=339264>], o parlamentar bem ilustrou o tema da criminalização da política nos seguintes termos:

“(…) Eu acho que vai também na linha do que o que as pessoas costumam falar do ‘politicamente correto’, que, **de certa forma também, é uma criminalização de atitudes do dia-a-dia, que, muitas vezes, inocentes são criminalizadas por alguns grupos**, que, talvez, buscam muito mais a dissensão do que a ordem. Da mesma forma, a criminalização da política, quero insistir, é um tema sempre atual. (...) **Mas nesses episódios mais recentes, em que vários parlamentares têm sido acusados e processados; estão respondendo na Justiça... diante de várias acusações... algumas dessas acusações... é [sic] realmente causam espanto. O Ministério Público Federal, em algumas dessas acusações; em alguns desses processos, estão acusando parlamentares por terem trabalhado a favor desta ou daquela Medida Provisória... O que é uma Medida Provisória? É um projeto de lei que vem do Executivo, com eficácia imediata..., mas nada mais é do que um projeto de lei. E qual é o escopo da atividade parlamentar? Votar leis! E aí, determinado parlamentar está sendo acusado porque trabalhou para aquela lei ser votada; ser aprovada... ou trabalhou contrário a lei... É o que se faz todo dia aqui. É o que todos parlamentares fazem todos os dias! Eu participo... eu sou o relator da Comissão Especial do Código Brasileiro de Energia Elétrica. Estamos fazendo um documento... estamos organizando a normatização da energia elétrica no Brasil, que é uma legislação muito difusa, muito esparsa... estamos organizando essa legislação. Todos os dias eu me reúno com agentes desse setor. É para eles que eu estou legislando. Estou legislando para a sociedade, mas para atuação deles... Se eu não for ouvir o setor competente, quem que eu vou ouvir? E aí é que tá a criminalização da política... oooh, o deputado Lafayette reuniu ontem com o setor da energia solar... Reuni sim! Olha! Ele reuniu ontem com o setor de energia eólica... É lógico! Com quem que eu iria me reunir? Então, está é a criminalização da política perigosa.** E aí entra a questão das *fake news* (...). Vou criar aqui um exemplo. (...) Deputado Lafayette de Andrada, relator do Código Brasileiro de Energia Elétrica reuniu-se ontem a noite com os membros do setor de energia eólica... Pum... eles fazem aí um *fake News*, pegam uma foto minha com uma careta, põem reticências; o que pode estar saindo disso daí? Tá saindo disso uma reunião duradoura, uma reunião importante, cheia de técnicos explicando como é que o setor funciona, quais são as suas dificuldades, quais são as suas peculiaridades... É óbvio que o relator precisa conhecer isso tudo.

Não foram identificadas as notas taquigráficas do evento, razão pela qual se procedeu à simples transcrição do áudio disponível no site da Câmara dos Deputados. Destaques em negrito são nossos.

promover o bem de todos). Para tanto, é fundamental uma boa comunicação com todos os setores da sociedade sobre questões de interesse do país.

Lançar olhares de suspeição sobre esse movimento de aproximação, ou, ainda, presumir como não-republicanos ou ilícitos tais encontros, à mingua de outras provas, implica *criminalizar a política*.

- 4) a aceitação de patrocínios indiretos, apoios e suportes logísticos para a atividade política cotidiana do representante (v.g. custeio de jantares em restaurantes requintados e oferta de horas de voo em jatos privados para deslocamentos no extenso território nacional);
- 5) a defesa de pautas ideológicas em favor de instituições empresariais, sindicais ou outros grupos de pressão junto às diversas instâncias e órgãos que compõem o Poder Público (v.g. uso da influência parlamentar para articular a aprovação de medicamentos à base de *canabidiol* junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); encaminhamento de expediente a órgão competente, pugnando pela emissão de passaporte diplomático para determinado cidadão, dentre outros atos *políticos*);
- 6) a atuação para aproximar empresários interessados em oferecer serviços e projetos para o Poder Público junto a interlocutores importantes dentro da Administração Pública;
- 7) o agendamento e a intermediação de reuniões para dirigentes de organizações interessadas em aprovações ou serviços do Estado (ex: licença, alvará, autorização);
- 8) iniciativas legislativas do agente político com potencial de beneficiar doadores de campanha ou a base de eleitores;
- 9) exercer influências “de bastidores” em benefício de pessoas ou empresas que contribuam com doações para a campanha eleitoral ou para a agremiação do político.

Todos esses comportamentos, desde que desprovidos de venalidade com o cargo, integram a essência da atividade legislativa e representativa e não podem ser *criminalizados*. Exercer o mandato visando obter benefícios em prol das respectivas bases políticas não é, por si só, um ilícito. Em outras palavras, agir em prol de grupos apoiadores é um dever do representante, que, ao se habilitar para a função pelo voto popular, deve buscar, tanto quanto possível, concretizar suas promessas de campanhas e atender as expectativas de seu eleitorado.

De acordo com as premissas da teoria da escolha racional e do modelo distributivista, políticos estão sujeitos a eleições periódicas e, por isso, possuem um forte incentivo para agirem de modo a maximizar suas chances de reprodução eleitoral (fenômeno chamado na ciência política de *conexão eleitoral*). Dificilmente um representante é reeleito (premiado pelas urnas) sem atribuir importância especial às

visões e às demandas daqueles que empregaram esforços e recursos financeiros para sua ascensão ao poder (CARVALHO, 2003, p. 20).

É indiscutível que todo cidadão tem direito a um governo honesto, em que as decisões são tomadas em vista do interesse público, e não somente em benefício de grupos privados ou de segmentos com acesso privilegiado às instâncias deliberativas do Estado, muito embora tal influência também faça parte de um regime democrático.

Todavia, dependendo da forma como se aplica a legislação anticorrupção, existe o risco de se afetar a pluralidade do espaço de atuação democrática de representantes eleitos. É esse o principal alerta imbuído no conceito de *criminalização da política*. Os grupos de interesse, incluindo-se aqueles ligados aos setores produtivos da economia, também possuem o legítimo direito de participar ativamente das decisões públicas e de buscar influenciar os parlamentares na arena legislativa. Na democracia, nenhum segmento político deve ser excluído *a priori* do espaço público.

No caso específico dos parlamentares, estes, ao representarem a “vontade do povo”, não substituem seus eleitores. É ilusório retratar o representante como alguém que *substitui* os eleitores, agindo no espaço público como eles [eleitores] agiriam se estivessem presentes.

É inviável uma única pessoa apresentar-se no lugar de muitas outras, numa relação de identidade plena. O representante, geralmente, tem um eleitorado amplo e diversificado, cujos interesses, experiências, valores e ideias variam substancialmente entre si.

Grande estudiosa do tema da *representação democrática*, YOUNG trabalha com a ideia de representação política não como “uma relação de identidade ou substituição, mas como um processo que envolve uma relação mediada dos eleitores entre si e com um representante.” (YOUNG, 2006, p. 148)

Segundo ela, é inevitável que os representantes se afastem dos eleitores, mas a legitimidade do mandato depende de que os mandatários estejam continuamente *conectados* com os eleitores.

O alerta que a ideia de *criminalização da política* propicia é que o necessário combate a desvios no seio da política não deve engendrar resultados que levem ao extremo de uma dissociação entre o representante e seus eleitores, dentre os quais se incluem obviamente também os empresários e outros grupos de interesse. Escreve YOUNG:

O principal problema normativo da representação é a ameaça de desconexão entre o representante único e os muitos que ele ou ela representa. **Quando os representantes se tornam muito afastados, os eleitores perdem a percepção de que exercem influência sobre a produção de políticas, desafeiçam-se e se abstêm da participação.** Estabelecer e manter processos de representação legítimos e inclusivos impõe responsabilidades tanto para os representantes como para os cidadãos. Estes precisam estar dispostos e aptos a mobilizar uns aos outros para participar ativamente tanto do processo de autorização quanto do de prestação de contas. **Os representantes devem ouvir essas discussões públicas e as diversas demandas, permanecer conectados com os eleitores e expor as razões de suas ações e avaliações em termos que retomem aquelas discussões.** Essa mobilização e essa conectividade podem ser promovidas ou obstadas pelo desenho das instituições representativas. (YOUNG, 2006, p. 156)

Portanto, é parte do processo democrático que as pessoas e empresas tenham “liberdade de pressionar, politicamente, por políticas que atendam a seus interesses e de se organizar com outras pessoas que tenham interesses similares a fim de obter influência política.” (YOUNG, 2006, p. 159).

Para evitar a *criminalização da política*, a interpretação das categorias sancionatórias em relação aos comportamentos políticos deve ser equilibrada e prudente para não se degenerar em excessos e, com isso, comprometer essa liberdade democrática.

Assim, para tomar o exemplo do financiamento da atividade política, não basta haver, de um lado, um mero interesse do agente privado de influenciar o agente público (*intent to influence*), e, de outro, a identificação de que o político recebera algum retorno ou favor, inclusive, doações para campanhas eleitorais. Inspiram cautela exegeses ampliativas punitivistas que pretendem considerar como “propina” ou “vantagem indevida” qualquer tipo de “fluxo de benefícios” (*stream of benefits*) direcionados a agentes políticos, bastando que não estejam respaldados em uma contraprestação contratual ou alguma outra causa jurídica legítima. O fluxo de dinheiro para a atividade política segue, obviamente, critérios pragmáticos, e, naturalmente, também se presta a conquistas “boas relações” com representantes. Nesse caso, o elemento chave caracterizador da ilicitude não é simplesmente constatar que houve o recebimento de vantagem sem causa lícita aparente, mas sim verificar a presença ou não do *quid pro quo*, isto é, da contrapartida, consistente na efetiva ou potencial prática de ato de ofício que esteja no âmbito de atribuições relacionadas à função pública de parlamentar ou de representante político.

CASTRO e FREIRIA (2018), ao empregarem a expressão *criminalização da política*, o fazem para criticar o uso do direito penal para promover suspeitas e

acusações infundadas, bem como generalizações grosseiras contra o exercício da atividade parlamentar. Segundo eles, esse desvirtuamento termina por aprofundar ainda mais o indesejado distanciamento entre representantes populares e aqueles que os elegeram. Escrevem os autores que, por esse fenômeno da *criminalização da política*,

(...) imputam-se crimes de corrupção a parlamentares da República pelo simples fato de exercerem legitimamente seu papel de representantes da sociedade e dos cidadãos que os elegeram, de abrir as portas de seus gabinetes e de suas assessorias parlamentares para o debate com a sociedade civil (CASTRO; FREIRIA, 2018).

Seguindo nesse mesmo raciocínio, referidos autores sustentam que mereciam maior ponderação as imputações penais em que o Ministério Público qualifica como corrupção passiva⁹⁹ a conduta de parlamentares que tenham conduzido atos legislativos para aprovação de medidas provisórias no Congresso Nacional, quando provado que estas MPs resultaram em benefícios para certa empresa, posteriormente identificada como tendo feito doações eleitorais para esses mesmos congressistas. A uma, porque, como regra, o ato legislativo não costuma beneficiar exclusivamente a empresa doadora, mas sim todo um setor produtivo da economia, ou seja, um conjunto de empresas. Segundo, porque seria legítimo que empresários defendam seus interesses perante o Congresso Nacional, inclusive, financiando candidatos alinhados com suas pautas políticas (observado que, depois da decisão tomada na ADI 4650, o STF proibiu a doação eleitoral pelas corporações). Identificar tais doações como vantagem indevida dada em contrapartida pode levar à obstrução de canais autênticos de representação democrática. Os autores concluem esse argumento, fazendo a seguinte reflexão:

(...) talvez se pudesse a instituição Ministério Público realizar doações eleitorais a determinados candidatos que a representam, certamente o faria. E, institucionalmente, certamente procuraria tais representantes eleitos para solicitar audiências, encaminhar demandas, ofícios, trocar e-mails debatendo, sugerindo, cobrando legitimamente a apresentação, alteração ou supressão de trechos de proposições legislativas, não o faria? Sim, sem dúvidas (CASTRO; FREIRIA, 2018).

⁹⁹ Crime descrito no art. 317 do Código Penal:

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. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Aliás, a literatura científica mostra que a influência de grupos de interesse no comportamento parlamentar não é uma realidade apenas no Brasil, mas em todo o mundo democrático (SANTOS *et al*, 2015).

Várias teorias explicam a correlação positiva entre o *lobby* e os parlamentares. Uma delas é a Teoria da Regulação. Formulada inicialmente por STINGLER (1971) para o campo da economia, a teoria foi apropriada pelos teóricos da ciência política.

A teoria parte de duas premissas básicas. A primeira é a de que os indivíduos são racionais e buscam maximizar seus interesses. O segundo postulado é o de que o Estado é um ator econômico fundamental, pois ele detém prerrogativas legítimas centrais para qualquer segmento produtivo, tais como taxar, subsidiar, proibir e permitir condutas.

RIBEIRO explica esse modelo teórico em um artigo em que trata do instigante tema do apoio eleitoral e da confiança parlamentar nos grupos empresariais no Brasil:

No âmbito das instituições políticas, os representantes são organizados em partidos políticos, os quais não são agentes econômicos, isto é, não participam do mercado e, por isso, dependem de fontes alternativas de receitas. Naturalmente, partidos são estruturas burocráticas custosas que operam em contexto de recursos escassos. Portanto, o objetivo de um partido é garantir sua manutenção e, para isso, precisa perseguir fontes de financiamento (Stigler 1971).

Enfim, políticos e partidos dependem de recursos financeiros os quais não podem auto prover de forma suficiente, mas são responsáveis por elaborar regulações econômicas. Por outro lado, as empresas e grupos empresariais são capazes de extrair recursos financeiros através da participação na economia, mas não regulações. Consequentemente, é possível modelar a relação entre políticos e empresas. Os primeiros ofertam regulação e demandam financiamento eleitoral e partidário, os últimos ofertam recursos financeiros e demandam regulação. Portanto, a regulação feita pelo Estado será dirigida não por interesse público, mas por benefício privado (Stigler 1971). (RIBEIRO, 2018, p. 36-37)

Desde o clássico *Coronelismo, enxada e voto* (LEAL, 1948), muitas pesquisas etnográficas têm mostrado como a atividade política não prescinde das trocas

e das concessões mútuas para funcionar. Esse elemento é bem retratado pela antropóloga USCHNIR no trecho abaixo:

A política é entendida, aqui, principalmente como um meio de acesso aos recursos públicos, no qual o político atua como mediador entre comunidades locais e diversos níveis de poder. Esse fluxo de trocas é regulado pelas obrigações de dar, receber e retribuir, o que o antropólogo Marcel Mauss ([1924] 1974) chamou de “lógica da dádiva”, e cujo princípio fundamental está no comprometimento social daqueles que trocam para além das coisas trocadas.

As pessoas que participam dessas redes, seja como eleitores, seja como políticos, nunca concordariam com os acadêmicos que consideram suas ações um mero “clientelismo”. **Do ponto de vista “nativo”, os políticos não estão “privatizando bens públicos” (para usar uma definição clássica de clientelismo); ao contrário, os políticos estão dando acesso a bens e serviços públicos a pessoas que não os teriam de outra forma.** Nesse contexto, a palavra “público” não significa “recursos que pertencem a todos”, mas “recursos monopolizados pelas elites políticas e econômicas”. Ou seja, pessoas “ordinárias” – de estratos inferiores da sociedade – não participariam dessa definição de “público”. Por isso mesmo, **o acesso às fontes públicas de bens e serviços precisa ser intermediado pelo político e é visto como um bem extraordinário, “que não tem preço”.**

No entanto, essa rede não se constitui apenas pelo acesso e intermediação de recursos públicos. **A distribuição de bens e serviços em locais de “atendimento”, como centros de assistência social ou escritórios políticos, é prática corrente. Para manter esse tipo de serviço, o político precisa manter fortes laços com empresários ou grupos economicamente favorecidos que lhe forneçam dinheiro ou mercadorias demandados pela comunidade.** Essa ajuda externa é retribuída, por sua vez, na forma de alvarás, licenças, anistia de multas e outros benefícios diversos. Pode também, sem dúvida, em certos casos, caracterizar-se como corrupção pura e simples. (USCHNIR, 2007)

Não se está aqui a defender a permissão de uma total captura dos interesses do Estado por corporações privadas. Evidentemente, a defesa de interesses por qualquer grupo da sociedade civil (*lobby*) deve ser bem disciplinada para evitar distorções, especialmente a influência demasiada de certos atores, associada a uma sub-representação de grupos mais vulneráveis e menos mobilizados politicamente.

O que também não convém é a *criminalização da política*, que cria uma dinâmica nefasta de cerceamento do espaço da política, com potencial de comprometer o ideal de uma representação democrática, a qual pressupõe sempre um “agir no interesse dos representados, de uma maneira responsiva a eles” (PITKIN, 1967, p. 209).

Se é certo e inevitável que o parlamentar deve buscar ativar uma corrente comunicativa contínua entre a sociedade civil e os grupos de interesse que o elegeram, mediando as vontades desses atores com o Estado, a tentativa de caracterizar as ações do representante como atos criminosos inviabiliza o exercício da função legislativa e cria um paradoxo insolúvel, do qual somente poderemos sair com a eliminação da política.

Assim, interpretações judiciais que pretendem aniquilar por completo esse espaço da política, tornando todo tipo de acomodação de interesses, de “distribuição de cargos” ou quaisquer outras formas de “troca” ou de “estreitamento de laços com políticos” em comportamento proibido pelo Direito fatalmente incorrerá, em alguma medida, no fenômeno da *criminalização da política*.

2.2.1. *Criminalização da política: o protagonismo do sistema de justiça e a flexibilização de garantias para políticos*

Quando se fala em *criminalização da política* também se está a vocalizar uma crítica a dois fenômenos correlacionados: 1) a ampliação da função judiciária em detrimento da função política (ativismo judiciário) e 2) o crescente protagonismo político dos atores do sistema de justiça (procuradores, juízes, delegados), muitos deles imbuídos de postura moralista e messiânica.

Com efeito, em contexto de baixa confiança nas instituições representativas, de fato cresce a influência de estamentos estatais vistos como “técnicos” e, portanto, habilitados na gramática do “correto” e do “incorreto” no plano das ações políticas (ENGELMANN, 2016).

Ao refletir sobre os casos da *Lava Jato*, ENGELMANN entende que essa influência exacerbada dos agentes do sistema judicial

se deve a um processo de crescente autonomização em relação ao espaço da política e das relações econômicas”, facilitado por um leque de “garantias

funcionais, prerrogativas de exercício de função e a grande estrutura burocrática dessas instituições. (ENGELMANN, 2016, p. 10)

Sob o pálio da “moralização da política”, essas categorias de profissionais do direito deteriam a “isenção” necessária para articular a técnica jurídica contra os escândalos da política.

Em artigo intitulado *Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil*, ENGELMANN (2016) escreve:

Essa forma de ativismo posiciona simbolicamente os magistrados e promotores de justiça (representantes do *Rule of Law*) contra os políticos eleitos e extrapola o mero controle da legalidade de atos ilícitos ampliando-se para uma cruzada pela “moralização da política” que inclui o apoio de ONGs, da Imprensa e de setores sociais deslegitimados eleitoralmente. (ENGELMANN, 2016, p. 10)

KERCHE e FERES JÚNIOR (2018) fazem a mesma crítica e alertam para o risco de um protagonismo desmesurado de atores não conectados com as urnas. Na visão desses pesquisadores, na busca por se manterem como heróis de uma sociedade historicamente calejada pela chaga da corrupção, as investigações recentes ocorridas no Brasil teriam promovido prisões cinematográficas, coletivas heterodoxas para a imprensa e vazamentos sistemáticos de depoimentos de réus e de interceptações telefônicas (KERCHE e FERES JÚNIOR, 2018, p. 2).

Na introdução da obra *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*, referidos autores descrevem, em tom crítico, o que entendem ser um perigo das distorções do combate à corrupção a todo custo:

O problema é que assistimos nos últimos anos, e em especial na Operação Lava Jato, a hipertrofia de burocracias de Estado que tem uma conexão fraca com a legitimidade do voto, combinada com seu insulamento. Instituições como o Ministério Público, a Polícia Federal e, de maneira mais complexa, pelo menos do ponto de vista da teoria política, o Poder Judiciário ganham a arena pública, definindo prioridades e escolhendo seus alvos sem, contudo, prestar contas e sem serem passíveis de punição pelos cidadãos – aquilo que a Ciência Política chama de *accountability*. O empoderamento exorbitante dessas instituições redundava em disfunções de vários tipos e no enfraquecimento justamente dos Poderes com conexão eleitoral direta,

Executivo e Legislativo. Esse enfraquecimento naturaliza o que deveria ser excepcional: *impeachment* presidencial, deposição de presidentes de Casas legislativas, prisão de políticos em pleno mandato, cassação dos direitos de políticos sem mandato, arresto e congelamento de finanças de partidos etc. o número de ações empreendidas pelas “instituições de controle” distante do voto contra os Poderes baseados no voto é impressionante.” (KERCHE; FERES JÚNIOR, 2018, p. 3)

A ideia de *criminalização da política* representa, portanto, um contraponto ao uso distorcido do aparato persecutório do Estado para “criminalizar” o exercício da política. O conceito denuncia a falta de cautela no emprego da prerrogativa persecutória do Estado em face dos atores políticos. Ele se relaciona a situações em que o poder investigatório e punitivo do Direito é instrumentalizado por agentes estatais dotados de alto grau de independência com fins meramente “moralistas” ou não propriamente republicanos, redundando em consequências preocupantes para o regime democrático no longo prazo¹⁰⁰.

A configuração polissêmica da atividade política, que é marcada por elevada dose de discricionariedade, aliada a leis que descrevem as condutas ilícitas com alto grau de vagueza e de ambiguidade textual, são fatores que facilitam uma “colonização” do sistema da Política pelo sistema do Direito, com o enfraquecimento daquele e o fortalecimento deste.

No caso específico do crime de corrupção, a abertura semântica do tipo penal oferece fatalmente um convite à discricionariedade dos procuradores, tomados como “guardiães da moralidade política”, à revelia do princípio da legalidade. A falta de parâmetros seguros dá vazão também a uma tentação para construir interpretações heterodoxas, ampliativas e até abusivas do crime de corrupção, com o fim inconfessável de “expurgar da vida públicas aquelas pessoas tidas como indesejáveis e indignas do mandato popular” (AIETA, 2017, p. 4).

O simples ato de acusar um político notório de haver cometido um ilícito já gera holofotes e chama a atenção da opinião pública; conseqüentemente projeta o nome do responsável pela investigação. Isso é ainda mais verdadeiro no caso do crime de corrupção. Este é um tipo penal para o qual o eleitorado é bastante sensível. A acusação de ser “corrupto” é extremamente estigmatizante para um político, podendo

¹⁰⁰ No *Mercador de Veneza*, William Shakespeare alerta-nos que “o demônio pode citar as Escrituras para justificar seus fins”.

comprometer severamente a carreira daquele representante político associado com essas práticas ilícitas. Nesse caso, a simples investigação já pode produzir a ruína de uma carreira político, sendo, na maior parte das vezes, irrelevante se, ao final, advenha a absolvição.

No caso do Brasil, a massiva cobertura midiática das investigações do *Mensalão* e da *Lava Jato* serviu como estímulo a que procuradores e outros agentes da lei se aproveitassem da atenção pública para construir uma reputação de “caçadores de políticos corruptos”, inclusive usando a visibilidade de grandes expoentes da política nacional para galgar posições de maior relevo¹⁰¹. Porém, não custa lembrar que a Constituição de 1988 proibiu aos procuradores o exercício de atividade político-partidária exatamente para que a prerrogativa privativa dos membros do Ministério Público de iniciar a ação penal pública não se degenerasse em partidarismo e em escolha seletiva de réus. Apesar da solar clareza dessa regra constitucional, uma associação de procuradores chegou a ingressar, em 2018, com ação no Supremo Tribunal Federal para que membros da carreira pudessem disputar as eleições sem deixarem seus cargos. A liminar foi indeferida à época pelo relator, Ministro Marco Aurélio (ADI 5985).

Muitas das críticas dirigidas atualmente ao ex-juiz Sergio Moro, que foi o principal magistrado responsável por julgar os casos da *Lava Jato* e que chegou a ser referenciado pela imprensa como herói nacional¹⁰², situam-se nesse campo. Como se sabe, o julgador deixou, em fins de 2018, a judicatura para assumir um cargo de Ministro de Estado no governo do Presidente Jair Bolsonaro, candidato declaradamente inimigo de vários políticos expoentes condenados pelo ex-magistrado.

A preocupação com um processo penal politicamente motivado, evidentemente, não visa justificar malfeitos nem imunizar a classe política, dificultando

¹⁰¹ Aliás, é inegável o crescimento no número de delegados, policiais, (ex) juízes e (ex) membros do Ministério Público ligados à *Lava Jato* eleitos na última eleição de 2018. A rápida ascensão da chamada “bancada da *Lava Jato*” fez com que o Congresso Nacional iniciasse até mesmo discussões sobre a necessidade de criação de um período de quarentena para que esses agentes públicos pudessem se candidatar. Cf. <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/11/25/camara-quer-ampliar-quarentena-contra-bancada-da-lava-jato.ghtml>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.

¹⁰² “Desse modo, o mito do ‘bom juiz’ vai sendo paulatinamente construído nas mentalidades tal como se fosse um grande herói, de modo que, quando o momento demandado se fizer ‘necessário’, o grande herói poderá desconsiderar direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, pois eles serão considerados pela *mass media* tão somente óbices indesejáveis à luta do magistrado pela ‘moralização do país’.” (AIETA, 2017, p. 13)

a punição dos desvios cometidos na nobre missão de representação democrática. Novamente, ENGELMANN pontua com acerto que:

Obviamente o problema não está no “combate a corrupção” em si mesmo e nos processos de *accountability* que se intensificam no Brasil na última década (ver Araújo e Sanchez (2005), Pereira (2005), Filgueiras & Aranha (2011), Praça (2011) e Praça & Taylor (2014)). A questão está nos usos do combate a corrupção e na versão de Estado de Direito que essas diferentes burocracias públicas promovem ou são induzidas a promover. Uma modalidade que, ao se associar a uma cruzada simbólica contra a política, promove uma versão punitiva do Estado de Direito que inclui a criminalização crescente da atividade política com custos altos especialmente para o sistema representativo. (ENGELMANN 2016, p. 12)

Por fim, cabe tratar de um derradeiro aspecto conceitual que compõe a *criminalização da política*. Diz respeito ao fenômeno da flexibilização de garantias processuais dos políticos nos processos contra eles instaurados.

Com o apoio de setores da grande mídia, reforçou-se um sentimento de ódio aos parlamentares e aos políticos de modo geral, retratados como uma classe perniciosa à sociedade, merecedora de menos direitos que os demais cidadãos. Veículos de informação de massa alimentaram uma visão *negativa* sobre políticos. Isso fortaleceu um sentimento de desdém com a política e seus atores. Os reflexos diretos disso já foram notados nas últimas eleições. No pleito de 2018, houve um aumento expressivo no número de eleitores que se abstiveram de votar. O índice de abstenção passou de 11,7%, em 2014, para 20,3% em 2018¹⁰³.

Engendrou-se no imaginário popular que todos os políticos ocupantes de mandatos devem ser presumidos corruptos, cabendo-lhes o ônus de demonstrar o contrário. Nesse particular, oportuna é a observação de BATISTA:

A desqualificação da Política, principalmente no registro paroxístico que poderíamos caracterizar como antipolítica, encontrou na criminalização o mais poderoso dos instrumentos, na dependência contudo da publicidade

¹⁰³ Para uma discussão sobre a influência das mídias nesse fenômeno, cf. CARDOSO, Enio; MORAIS, Jennifer Azambuja de. A Narrativa sobre a Corrupção e a Criminalização da Política: o impacto dos meios de comunicação no primeiro turno das eleições de 2018. *Revista de Ciências Humanas e Sociais*, v. 4, n. 3. 2018.

espetaculosa dos procedimentos concretos.[...] os patíbulo operísticos do antigo regime foram substituídos pelo pelourinho virtual, atado ao qual o padecente já não vê desfilar diante de sua vergonha os curiosos da praça, mas é sua própria imagem que desfila, angustiada e impotente, por dezenas de milhares de lares. (BATISTA, 2012, p. 226)

O apelo pela responsabilização criminal dos políticos no Brasil chegou ao ponto de até mesmo juristas aceitarem abertamente que alguns direitos fundamentais e determinadas garantias do devido processo legal poderiam ser flexibilizados, no caso desses indivíduos, a bem do enfrentamento à “chaga da corrupção”, sempre realçada como algo que prejudica a vida de milhões de brasileiros.

É como se, com os graves fatos revelados desde o *Mensalão*, os políticos em geral devessem ser vistos como os novos inimigos da sociedade. Por serem uma espécie de “cidadãos de segunda categoria”, que causam mais males do que bem à comunidade, seria justificável suprimir-lhes alguns direitos e garantias, e até mesmo admitir condenações em contextos probatórios dúbios.

Já se partem das premissas de que, se uma pessoa se dedica à política, e se há indícios de uma corrupção sistêmica, há altíssimo risco de aderir às práticas de corrupção. Assim, para proteger a sociedade e prevenir o risco, seria legítimo inverter o princípio da não-culpabilidade e flexibilizar as garantias do devido processo legal para os políticos, tratando-os menos como um sujeitos de direito e mais como inimigos que, fatalmente, se amoldaram ao sistema desviante e que precisam ser eliminados da esfera pública, ainda que mediante processos penais excepcionais.

O fenômeno da *criminalização da política* tem, portanto, significativa relação com a postura dos veículos de comunicação. A forma de retratar o *parlamentar* ou o *político* pela grande mídia quase sempre o enquadra como membro de uma classe de privilegiados que ocupa os palácios do poder com o principal propósito de praticar atos de corrupção e de desvio de verbas públicas.

Nesse quadro, naturaliza-se a ideia de tratar o político como um *inimigo da sociedade*, na exata linha do que propugna o JAKOBS:

Como acaba de citar-se, em Kant, não se trata como pessoa quem me ‘ameaça constantemente’, quem não se deixa coagir ao estado de civilidade. De modo absolutamente similar, Hobbes despersonaliza o alto traidor; pois este também nega por princípio a constituição existente. Hobbes e Kant conhecem, portanto, **um Direito Penal do Cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo contumaz por princípio – e um Direito Penal do**

Inimigo contra aqueles que se desviam por princípio/ este exclui, enquanto aquele deixa intocado o *status* de pessoa. (...) O *Direito Penal do Cidadão* mantém a vigência da norma, o *Direito Penal do Inimigo* combate perigos. (JAKOBS, 2008, p. 7-8)

O jurista alemão defende a necessidade de exclusão de alguns direitos do inimigo, a fim de gerir o Estado de Direito de maneira mais inteligente. Escreve o autor alemão (JAKOBS, 2009, p. 38):

Portanto, quase não surpreende o fato de o legislador alemão ter orientado as leis – que ele mesmo chamou de ‘leis de combate’-, dentre outros, contra a ‘criminalidade econômica’, que, em suas formas mais graves, é uma criminalidade amplamente organizada, contra o ‘terrorismo’ e contra o ‘tráfico ilegal de entorpecentes e outras formas de criminalidade organizada’: **para aquele que orienta sua vida por estruturas criminosas de modo imputável e relativamente duradouro desmantela-se (...) a presunção de um comportamento fiel ao Direito e, por conseguinte, uma condição de seu *status* de sujeito de direito.** O criminoso organizado pode até ser um pai de família tranquilo e um motorista cuidados, odiar a violência e amar os animais, mas seria meramente estúpido simplesmente esperar para ver tudo que sua organização pode produzir como crime. (...) **O mesmo se aplica a agentes, em relação aos quais se pode suspeitar que se afastaram do Direito não apenas de forma passageira, mas sim de modo *postural*, ou, mais precisamente, por falta de compostura.**

Abandona-se, assim, o paradigma do direito penal do fato e passa-se a atribuir culpabilidade por uma posição social (ser *político*) ou um contexto criminoso (ambiente político promíscuo).

Analisando esse fenômeno, BRITO (2018) argumenta que:

A atuação das agências punitivas nos últimos anos tem demonstrado um movimento aparentemente diferente. As políticas e ações das instituições que compõem o sistema de justiça criminal têm-se mostrado enérgicas em casos que envolvem pessoas de considerável visibilidade política e econômica no cenário nacional. A cobertura midiática dos casos é intensa. Os discursos de repressão em alguns setores da sociedade são inflamados, emocionados e impregnados de conteúdo moralizante. Instrumentos legais passaram a permitir uma eficiente incidência da repressão penal sobre os grupos de poder, notadamente por meio dos procedimentos previstos na Lei nº 12.850/2013, e os agentes encarregados da aplicação da lei demonstram

publicamente forte comprometimento com o combate aos crimes praticados por esses grupos, ainda que com eles mantenham alguma homogeneidade cultural. O apoio popular às ações voltadas para o combate à corrupção e aos demais delitos de colarinho branco soa uníssono, a despeito do reconhecimento da estima social e/ou da influência econômica e política dos mais novos alvos do sistema. (BRITO, 2018, p. 14)

Depois do caso *Mensalão* e da *Lava Jato*, estamos diante de uma espécie de virada punitiva, um *point of no return*, em que a criminalização dos grupos de poder parece configurar uma nova forma de fortalecimento do controle punitivo do Estado. A ojeriza aos políticos tem levado frequentemente a um excesso acusatório (*overcharging*), cujos exatos contornos e consequências para a crise da democracia ainda estão por ser revelados.

2.2.2. Outros sentidos de criminalização da política

A ideia de *criminalização da política* como reprovação jurídica de comportamentos tipicamente políticos de mandatários eleitos, tal como discutido nos tópicos anteriores, é, sem dúvida, o uso mais corrente do termo no Brasil.

A par das referências durante os processos judiciais do *Mensalão* e da *Lava Jato*, esse também foi o sentido adotado quando a locução foi empregada no processamento do impedimento da Presidente de República Dilma Rousseff. Com efeito, ao longo de todo o julgamento do *impeachment* da ex-Presidente, no Senado Federal, parlamentares do seu partido falaram em 1) “*uma criminalização de quem está no Poder*”¹⁰⁴ (BRASIL, 2016, p. 107); 2) “*uma criminalização do exercício da política econômica*”¹⁰⁵ (BRASIL, 2016, p. 174), e 3) “*criminalização de um governo legitimamente eleito*”¹⁰⁶ (BRASIL, 2016, p. 107). A sua defesa repetiu essa perspectiva inúmeras vezes, denunciando, em suas manifestações orais e escritas, o que considerava ser uma *criminalização da política fiscal*.

Entretanto, cumpre frisar que a expressão também é empregada em contextos semânticos relativamente distintos. No Brasil, uma das vertentes de uso do termo *criminalização da política* está associada a uma ideia de criminalização da

¹⁰⁴ Senador Paulo Rocha – PT/PA

¹⁰⁵ Senador Humberto Costa – PT/PE

¹⁰⁶ Senador Angela Portela – PT/RR

pobreza e dos movimentos sociais capitaneados pelos extratos mais marginalizados da população. Assim, ao se falar em *criminalização da política*, nesse sentido específico, está a se criticar a utilização do arsenal do sistema repressivo-penal para lidar com a ação política de grupos vulneráveis da sociedade (sindicalistas, sem-terra, LGBTs, ambientalistas, negros, feministas) em sua luta por direitos.

É essa a ótica adotada no artigo *Politização da criminalidade e vulnerabilidade social: entre os paradigmas da justiça criminal e da seletividade penal*. No estudo, os autores TOURINHO *et al* (2016) analisam o enquadramento feito nas decisões judiciais que trataram da repressão aos movimentos sociais de protesto, tais como as ações do Movimento dos Sem Terra (MST) e as manifestações populares de junho de 2013.

Segundo SANTOS (2016), o referido artigo analisa como o sistema penal foi utilizado como “estratégia de criminalização e de desarticulação seletivas das forças sociais de esquerda”, responsabilizadas criminalmente pela “perturbação da ordem” (SANTOS, 2016, p. 138-139).

Nos dois sentidos, porém, o contexto de uso está predominantemente ligado à seara criminal. Porém, ao contrário do que indica uma leitura literal, a expressão também pode ser empregada em contextos extrapenais, sempre que se pretende censurar tentativas ilegítimas de responsabilizar atores políticos por condutas vinculadas ao exercício do mandato. Exemplos de enquadramento do conceito a situações fora da esfera penal são vistos principalmente em demandas de improbidade administrativa contra políticos, matéria que será tratada mais detalhadamente em outro capítulo desta obra.

2.3. Criminalização da política: o debate nos EUA

Traçados alguns contornos gerais sobre o fenômeno da *criminalização da política*, mostra-se proveitoso, para fins conceituais, avaliar como a ideia é compreendida no direito comparado. Para esse fim, este tópico pretende discorrer brevemente sobre a realidade dos Estados Unidos da América (EUA), país onde o termo já vem sendo discutido há algum tempo.

Com efeito, nos EUA, o debate sobre a *criminalização da política* vem desde a década de 90. Entretanto, em 2016, o tema ganhou novamente destaque quando

a Suprema Corte analisou, sob a perspectiva da criminalização de interações políticas ordinárias (“criminalization of normal political interactions”), o caso *McDonnell v. United States*.

Ao apreciar o caso McDonnell, a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou uma condenação por “corrupção política”. Os fatos envolviam o ex-governador do estado da Virgínia, Robert McDonnell, que havia sido considerado culpado da acusação de receber propina (*bribery offenses*). O crime estaria no fato de McDonnell ter aceitado fazer favores políticos para um empresário bem-sucedido, que, em troca, irrigou o político e membros de sua família com generosas quantias de dinheiro e presentes, somando ao todo U\$ 170.000,00.

Na descrição do caso fica claro que McDonnell e seus familiares aceitaram vários presentes de um empresário do ramo farmacêutico, interessado em fechar contratos com o poder público. McDonnell e seus parentes eram “agraciados” com produtos de luxo (relógios da marca Rolex, compras na grife *Louis Vuitton*, dentre outros) por um empresário que buscava ajuda para que a universidade pública realizasse testes de seu produto farmacêutico e também o incluísse na lista do plano de saúde dos funcionários públicos do estado.

O doador nunca chegou a obter o ato público que buscava. No entanto, o governador, na prática, atuou para viabilizar reuniões com interlocutores importantes e apresentou o empresário para agentes públicos com competência para agir em favor de seu objetivo.

Vale a pena adentrar no interior das argumentações desenvolvidas nesse precedente. De um lado, a defesa sustentou que as condutas concretas de McDonnell – apresentação do empresário para funcionários estatais e intermediação de reuniões com representantes de instituições públicas -, são ações típicas de qualquer mandato eletivo, de modo que se estaria tentando criminalizar ações que todos os políticos *fariam* ou *deveriam fazer* para seus eleitores. Pelo prisma da promotoria, porém, o político infringiu as legislações anticorrupção do país, mais especificamente o *honest services fraud statute*¹⁰⁷ e o *Hobbs Act exterosion*¹⁰⁸ as quais, de modo uníssono, proíbem o suborno de funcionários públicos. Para a acusação, o Governador McDonnell tinha recebido ou aceitado receber algo de valor em troca de ser influenciado para a prática de

¹⁰⁷ The honest services fraud statute criminalizes “fraudulent schemes to deprive another of honest services through bribes or kickbacks.”

¹⁰⁸ The Hobbs Act prohibits obtaining property “under color of official right,” 18 U.S.C. § 1951, and the Court has interpreted the statute to encompass “taking a bribe.”

um ato de ofício, o que configuraria o comportamento proibido na norma penal. De acordo com os procuradores, a lei que pune o crime de corrupção nos EUA considera um ato de ofício como “any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may be law be brought before any public official, in such official’s official capacity, or in such official’s place of trust or profit”. Para os procuradores, as condutas de agendar encontros e reuniões, claramente, constituíam atos de ofício, hábeis a atrair a aplicação da lei penal.

Antes do julgamento, diversos *amici curiae* apresentaram memoriais e advogaram a tese da *criminalização da política*. Nas manifestações no processo, as ações do Governador foram descritas pelos “amigos da corte” como 1) “parte e parcela do processo político”; 2) “atividade política rotineira que agentes públicos desempenham no dia-a-dia em nome de seus apoiadores”; 3) conduta inocente que ocorre cotidianamente”; 4) ações que, em essência, são indistintas daquelas que praticamente todo representante eleito realiza nos Estados Unidos todos os dias” (*Apud BROWN*, 2015, p. 228).

Por unanimidade, os membros da Suprema Corte entenderam que os favores de McDonnell não constituíram “atos de ofício” para os fins de atrair a responsabilização criminal. Escreveu a Corte naquela ocasião:

Agentes públicos sérios articulam reuniões para seus eleitores, contatam outros funcionários públicos em nome deles, e os incluem em eventos o tempo todo. O componente básico de um governo representativo assume que agentes públicos irão ouvir os seus eleitores e agir apropriadamente em face de suas preocupações... (McDonnell v. United States, 136 S. Ct 2355) (*apud ALSCHULER*, 2015, p. 472)

O caso é interessante para se debater a tênue e difícil fronteira entre a “venda” da nobre função parlamentar e a legítima defesa de interesses de eleitores e de grupos que integram a base eleitoral do representante, mediante o emprego do mandato eletivo. Um ponto claro na decisão da Corte americana é que não basta o mero recebimento de dinheiro para que haja o crime. Ainda que não exista lastro econômico embasando o pagamento feito ao representante (ex: contrato), só haverá ilicitude se a vantagem estiver em conexão direta com a prática de um ato de ofício.

A Suprema Corte norte-americana, na análise desse caso, conferiu uma interpretação restritiva ao crime de “corrupção”. Entendeu que não basta um político falar com alguém sobre uma questão ou encorajar encontros sobre esse mesmo ponto. Para tornar criminosa a vantagem recebida, esta deve estar ligada à prática de um ato concreto sobre a questão (ato de ofício). Logo, não é suficiente apenas aceitar vantagens em troca de influência. É fundamental a prova do *quid pro quo*, ou seja, a intenção específica de dar ou receber algo de valor em troca de um ato de ofício.

Prevaleceu a ideia de que as trocas e as negociações são inerentes ao processo de tomada de decisões nas arenas políticas e, não se pode generalizar toda uma pluralidade de comportamentos voltados à produção de consensos e de decisões por meio da política, tachando-os de corrupção.

A chamada doutrina do “direito a um governo honesto” (*honest services*) não venceu nesse julgamento. Embora reconheça tratar-se de uma importante ferramenta para o trabalho de combate à corrupção levado a cabo por procuradores, BROWN adverte que a ideia é um convite perigoso para abusos na persecução penal, dado o alto grau de ambiguidade dessa noção, o que dá margem a padrões interpretativos totalmente subjetivos. A doutrina do “direito a um governo honesto” tomada sem os devidos temperamentos apresenta, segundo BROWN, dois problemas clássicos de vagueza e indefinição: falha em orientar o cidadão sobre *que* conduta está proibida e ainda encoraja procuradores a aplicações arbitrárias da lei penal (BROWN, 2015, p. 203).

Na mesma linha de entendimento, a Suprema Corte norte-americana entendeu, no caso *McCormick v. United States*, que um acordo de troca explícito (*explicit quid pro quo*) era necessário para configuração do crime de corrupção. Segundo ela, “campaign contributions may be treat as bribes only when “the payments are made in return for an explicit promise or undertaking by the official to perform or not to perform an official act.” (*apud* ALSCHULER, 2015, p. 475)

Em outro caso emblemático julgado pela Suprema Corte norte-americana - *Citizens United* -, que tratava especificamente de doações eleitorais, o membro da Corte, *Justice Kennedy*, defendeu uma posição bastante permissiva das interações e trocas recíprocas na política. Escreveu ele:

Favoritismo e influência são inevitáveis na democracia representativa. É intrínseco ao representante eleito apoiar certas políticas e, por

corolário lógico, favorecer os eleitores e doadores que apoiam essas políticas. É bem compreendido que uma razão legítima e substantiva, se não for a única, para que alguém vote ou faça uma doação para um candidato em vez de outro é que esse candidato irá responder por meio da produção de resultados políticos que o apoiador comunga. Democracia está ancorada em ser responsiva. (*Citizens United*, 558 US. At 359, *apud* BROWN, 2017, p. 16)

Já no caso *United States v. Blagojevich*, julgado pelo 7º Circuito em 2015, o ex-governador de Illinois havia sido processado e condenado por corrupção, dentre outras razões, por ter tentado um acordo político com o então Presidente Barack Obama. Na proposta, o Governador usaria seu poder e sua influência para preencher uma vaga em aberto no Senado por meio da indicação de um aliado próximo do Presidente. Em contrapartida, Obama o nomearia para um cargo em seu Ministério.

A Corte reverteu a condenação, novamente por entender que esse tipo de compromisso político é parte do repertório de práticas da política americana e diferia substancialmente da barganha de um agente público por um pagamento. Concluiu afirmando que “governance would hardly be possible without these accommodations”¹⁰⁹, e que não se poderia produzir um precedente que tornasse atos da política ordinária em crimes.

O jurista ASCHULER (2015) considera acertada essa compreensão. Em seu artigo *Why broad definitions of bribery make things worse*¹¹⁰, o autor é crítico da abordagem que procura caracterizar a corrupção como uma simples intenção de influenciar, por meio de qualquer vantagem. Afirma o professor que essa leitura exageradamente larga da corrupção como uma intenção de influenciar torna, em tese, criminosa a conduta de todo aquele que pagar um almoço para um parlamentar. Também seria típica toda a conduta daquele que doasse para campanhas políticas com a esperança de que sua oferta torne o beneficiado mais simpático a seus interesses. A chamada “compra de boas relações” não configuram, por si só, crime. (ASCHULER, 2015)

MILLS e WEISBERG reconhecem a dificuldade para se decidir quando interações dos agentes políticos são atos de corrupção e quando são parte do dia-a-dia da política, que pressupõe contato direto e frequente dos representantes eleitos com seus eleitores. Os professores defendem que “qualquer definição de corrupção vai partilhar

¹⁰⁹ Tradução livre: “a governabilidade dificilmente seria possível sem esse tipo de acomodação”.

¹¹⁰ Tradução livre: “Por que definições amplas de corrupção tornam as coisas mais difíceis.” o

noções imprecisas de como identificamos quando uma influência de fora distorce tanto estruturas governamentais, processos, ou sistemas econômicos que passam a merecer o qualificativo ‘corrupção’” (MILLS; WEISBERG *apud* BROWN, 2017, p. 13).

Como se pode notar desse pequeno inventário de casos e da discussão entre os autores citados, a reflexão sobre o conceito de *criminalização da política* está longe de um ponto consensual na literatura norte-americana, o que revela a própria complexidade do tema e as múltiplas nuances que ele levanta em termos de liberdade na representação democrática e de combate à corrupção na seara da política.

2.3. Criminalização da política no Brasil

O *Mensalão* e a *Lava Jato* avançaram a agenda anticorrupção no Brasil, trazendo ganhos institucionais importantes, sem falar no alento para a sociedade no que tange a sua legítima aspiração por um “governo honesto”.

Nota-se, contudo, que, na ânsia de se promover limpeza nas instituições, notadamente no Congresso Nacional, que representaria o *locus* por excelência do fenômeno da corrupção (BRAGA; CONTRERA; CASSOTTA, 2018), o Brasil flertou com uma nova forma de populismo penal que pretende transformar condutas mais afeitas ao plano da *responsabilidade política*¹¹¹ de mandatários eleitos em *responsabilidade jurídico-penal*, no que CANOTILHO (2007) designou de *criminalização da responsabilidade política*.

Nesse caminho, é possível identificar algumas características do fenômeno da *criminalização da política* nas investigações recentes envolvendo políticos. Em primeiro lugar, observa-se uma certa tentativa do sistema jurídico de exercer controle total da política, mediante interpretações expansivas das categorias sancionatórias do direito, inclusive como método de punir comportamentos políticos indubitavelmente impróprios, mas de duvidosa tipicidade penal.

¹¹¹ A responsabilidade política envolve a ideia de um representante relativamente livre para atuar no espaço público, mas com o dever de prestar contas das suas escolhas e dos resultados que elas produzirem na vida dos cidadãos. Nesse tipo de responsabilidade pesa o elemento da fíducia, e os atos dos representantes são julgados por meio de eleições periódicas (*accountability* eleitoral). Aqui, não entram as noções de culpa e de dano, que são típicas da responsabilidade jurídica. Para um estudo mais detalhado sobre a distinção, cf. PALMA, Maria Fernanda. Responsabilidade política e responsabilidade penal: três casos controversos. *In*: Sub Judice. n. 6, Mai/Ago/1993.

Em alguns julgamentos da *Lava Jato*, por exemplo, considerou-se como típica a conduta de parlamentares que deram *sustentação política* para a manutenção de determinado agente – participe de atos de corrupção - em cargo público, vindo, posteriormente, a se beneficiar com as “doações” que eles obtinham junto às empresas em favor de suas respectivas campanhas políticas. Ocorre que, nas situações apuradas, os valores indevidamente percebidos, a rigor, não se traduziam em contraprestação configuradora de corrupção passiva. Isso porque a nomeação e a exoneração do titular do cargo não se inseriam na esfera das atribuições dos parlamentares condenados, sendo prerrogativa do Poder Executivo.

O Relator, Ministro Edson Fachin, porém, preferiu adotar interpretação extremamente dilatada, defendendo que, mesmo não sendo o responsável formal pelo ato de designação do agente público, poderia ser imputado o crime de corrupção passiva ao parlamentar, quando a vantagem indevida é solicitada, recebida ou aceita pelo congressista é feita em troca da manifestação da força política que este detém para a condução ou sustentação de determinado agente em cargo que demanda tal apoio. Sustentou o Ministro que:

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 parlamentar, ao menos nos moldes em que organizado o sistema constitucional político-partidário brasileiro. Assim, a singela assertiva de que não compete ao parlamentar nomear nem exonerar alguém de cargos públicos vinculados ao poder executivo desconsidera a organização constitucional do sistema presidencialista brasileiro. (BRASIL, Voto do Ministro Edson Fachin, Ação Penal nº 1003 - STF, p. 65)

Apesar disso, a doutrina tradicional considera indispensável à configuração do delito que a vantagem indevida solicitada, recebida ou prometida e aceita pelo agente público se preste a retribuir a possibilidade de sua atuação viciada no âmbito de atribuições da função pública que exerce ou venha a exercer.

Cezar Bittencourt, por exemplo, defende que o crime de corrupção passiva exige ser “(...) necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É

indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de ‘vender’, isto é, de ‘comercializar’ a função pública” (BITENCOURT, 2015, p. 114).

O Ministro Gilmar Mendes bem expressou a perplexidade de condenar um parlamentar por ato de ofício de outro funcionário público, ao se manifestar na Ação Penal nº 1003. Naqueles autos, apurava-se possível corrupção envolvendo o recebimento de vantagem indevida, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), destinada à campanha eleitoral de uma candidata ao Senado Federal, em troca de sustentação política para a manutenção de um diretor responsável por um esquema criminoso no âmbito da Petrobrás. Escreveu o Ministro naquela ocasião:

Sobre o ato de ofício de terceiro, venho fazendo ressalvas quanto à tipicidade de imputações de corrupção, quando o acusado não é o responsável pelo ato buscado em troca da vantagem indevida. No Inq 3.982, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 7.3.2017, expressei dúvidas quanto à acusação de Senador da República por ato de responsabilidade do Presidente da República – indicar e manter diretor de empresa pública federal. Tratava-se da situação do Senador Valdir Raupp.

No caso Nelson Meurer, acompanhei a maioria, mas registrei minhas ressalvas quanto à condenação de parlamentar por ato de competência do Poder Executivo. Ainda não supero a perplexidade de se condenar funcionário público por corrupção em relação a atos de ofício que são da competência de outro funcionário público. A corrupção é um crime próprio, visto que “exige uma qualidade ou condição especial dos sujeitos ativos” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral Vol. I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017). No caso, a condição de funcionário público. Rui Stoco leciona que o ato de ofício deve “ser de competência do agente ou estar relacionado com o exercício de sua função”. (Rui Stoco, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, RT, 4ª edição, p. 1647). (BRASIL, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Ação Penal nº 1003 - STF, p. 216-217)

Uma exegese mais alargada também ocorreu no julgamento do *Mensalão* (AO 470). Nesta ação penal, o Supremo Tribunal Federal considerou que relações de patronagem entre o Governo e membros do Congresso Nacional configuravam crime de corrupção passiva. No julgamento, a Corte entendeu que os parlamentares que aceitaram oferecer *apoio político* às proposições legislativas de interesse do Poder Executivo, sendo, posteriormente, beneficiados com acesso a recursos financeiros, seja

para campanhas eleitorais, seja para fomento da própria atividade política nas respectivas bases, estavam mercadejando a função pública.

A exegese causa certa perplexidade, dada a realidade nacional de altíssima fragmentação política (atualmente são quase 30 partidos representados no Congresso Nacional). O atual Presidente da República eleito não dispõe de mais do que 10% da composição do Congresso Nacional. No chamado presidencialismo de coalizão brasileiro, o compartilhamento de espaços no governo, mediante a distribuição de cargos e a negociações políticas com os líderes partidários da base aliada, são condições de governabilidade, embora determinadas interpretações judiciais pretendam qualificar tal prática como tentativa de perpetuação criminosa no poder. Qualificar a montagem de bases políticas no Congresso Nacional, mediante a concessão de cargos, mesmo com partidos não estritamente afinados ideologicamente, como corrupção passiva incide no risco de criminalizar a atividade política. O simples compartilhar poder com partidos e parlamentares aliados não pode ser visto como “compra do apoio político”, sendo imprescindível demonstrar, de maneira inequívoca, a venalidade da função pública, ou seja, o nexo de causalidade direto entre a vantagem e a prática de um ato legislativo.

Na ocasião, os líderes partidários acusados se defenderam afirmando que apoiaram politicamente o Governo Federal, inclusive votando favoravelmente às reformas da previdência e tributária, por convicção ideológica ou política, e não em função dos acordos políticos para repasse de recursos eleitorais, oferecidos pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não se sensibilizou com o argumento. A Corte considerou que estava provado o recebimento da vantagem indevida *em razão do mandato*, sendo irrelevante apurar se esse repasse feito aos parlamentares para obter o apoio político era o único elemento determinante da realização do ato de ofício (voto).

Claramente, o STF dispensou a necessidade de delimitação precisa do ato de ofício, visto que não exigiu, para a condenação, a demonstração de correlação entre a oferta de dinheiro e a votação em determinado sentido em um escrutínio específico.

Na sentença condenatória proferida pelo ex-juiz Sérgio Moro no processo contra o ex-Presidente Lula (caso do apartamento *tríplex*), ações e omissões essencialmente políticas foram consideradas penalmente relevantes. Primeiro, o juízo entendeu como fato reprovável, apto a comprovar leniência com corrupção, o fato de o governo Lula não ter agido legislativamente para modificar a Constituição e, assim,

propiciar o cumprimento provisório da pena, antes do trânsito em julgado. Confira-se o seguinte excerto:

793. É forçoso reconhecer o mérito do Governo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no fortalecimento dos mecanismos de controle, abrangendo a prevenção e repressão, do crime de corrupção (...)

795. Algumas medidas cruciais, porém, foram deixadas de lado, como a necessária alteração da exigência do trânsito em julgado da condenação criminal para início da execução da pena, algo fundamental para a efetividade da Justiça Criminal e que só proveio, mais recentemente, da alteração da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal (no HC 126.292, julgado em 17/02/2016, e nas ADCs 43 e 44, julgadas em 05/10/2016). **Isso poderia ter sido promovido pelo Governo Federal por emenda à Constituição ou ele poderia ter agido para tentar antes reverter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** (BRASIL, Sentença proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, p. 187)

A sentença também entendeu culpável a conduta do ex-Presidente porque ele não fizera juízo de reprovação contundente contra os políticos que, durante o seu governo, participaram do esquema criminoso que atingiu a Petrobrás:

804. Usualmente, se um subordinado pratica um crime com a ignorância do superior, quando o crime é revelado, o comportamento esperado do superior é a reprovação da conduta e a exigência de que malfeito seja punido. **Não se verificou essa espécie de comportamento por parte do ex-Presidente, pelo menos nada além de afirmações genéricas de que os culpados deveriam ser punidos,** mas sem qualquer designação específica, como se não houvesse culpados cuja responsabilidade já não houvesse sido determinada, como, no caso, aliás, da Ação Penal 470, com trânsito em julgado. **Trata-se de um indício relevante de conivência em relação ao comportamento criminoso dos subordinados e que pode ser considerado como elemento de prova.** (BRASIL, Sentença proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, p. 188)

Relacionamento e encontros com pessoas posteriormente condenadas por corrupção, ou diálogos com representantes de empresas, foram igualmente considerados elementos de prova contra políticos, ajudando a corroborar as teses acusatórias.

No julgamento da Ação Penal 470 (caso *Mensalão*), o Supremo Tribunal Federal condenou o ex-Presidente da Câmara dos Deputados João Paulo Cunha por corrupção passiva, considerando como elementos de prova do acerto corruptivo fatos como a existência de vários encontros pessoais pretéritos entre o Presidente da Câmara e o empresário Marcos Valério, sócio de uma das empresas responsáveis pela campanha eleitoral de João Paulo Cunha, a DNA Propaganda.

Na sentença do ex-Presidente Lula, a relação que este manteve com Emílio Odebrecht, embora considerada espúria, não destoou da que o ex-presidente da Odebrecht manteve com Presidentes anteriores, como demonstra o excerto do depoimento extraído do processo:

Defesa:- (...) o senhor disse que o senhor tinha contato pessoal com o ex-presidente Lula e levava, conversava com ele sobre os assuntos do país, eu pergunto ao senhor, o senhor também tinha esse relacionamento com presidentes da república que antecederam Lula?

Emílio Odebrecht:- Todos
(BRASIL, Alegações finais, Ação Penal nº Ação Penal nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, p. 687)

Sobre a reprovação atinente aos encontros com pessoas condenadas, eis o que escreveu a sentença condenatória:

805. Outro elemento probatório a ser destacado é o inusitado encontro havido entre o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o ex-Diretor da Petrobrás Renato de Souza Duque no ano de 2014. Renato de Souza Duque já foi condenado por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro em várias ações penais, entre elas a já referida ação penal 5012331-04.2015.4.04.7000 (BRASIL, Sentença proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, p. 189)

Um segundo indicativo de incidência do fenômeno da *criminalização da política* entre nós pode ser visto no movimento de flexibilização de certas garantias processuais dos políticos nos processos contra eles instaurados, como consequência da visão de se tratar de uma classe perniciosa à sociedade, merecedora de menos direitos que os demais cidadãos.

A operação *Lava Jato*, sem sombra de dúvidas, reforçou um sentimento de ódio aos parlamentares e aos políticos de modo geral. Veículos de informação de massa alimentaram uma visão *negativa* sobre políticos. Isso fortaleceu um sentimento de desdém com a política. Os reflexos diretos disso já foram notados nas últimas eleições. No pleito de 2018, houve um aumento expressivo no número de eleitores que se abstiveram de votar. O índice de abstenção passou de 11,7%, em 2014, para 20,3% em 2018¹¹².

Provado o recebimento de alguma vantagem sem causa jurídica aparente e, presente uma conjuntura de “corrupção sistêmica” no ambiente frequentado pelo político (Parlamento, empresa estatal, etc.), praticamente confirmado já estaria o crime de corrupção, independentemente de prova do liame causal entre a vantagem indevida e o âmbito de atribuições da função pública ocupada.

Um exemplo concreto dessa flexibilização de direitos parece ter sido estampado na sentença condenatória do ex-Presidente Lula no caso *triplex*. Naquele caso, o julgador considerou ser desnecessário apontar o ato de ofício que teria sido praticado em correspondência à vantagem indevida recebida (posse e reforma do apartamento).

A justificativa dada pelo juízo para superar o entendimento majoritário, até então prevalecente na doutrina e na jurisprudência pátrias acerca da indispensabilidade de prova da mercancia da função pública, baseou-se nas qualidades pessoais do acusado (*elevada autoridade pública/político*) e em razões de contexto (*macrocorrupção*). Escreveu a sentença que a dispensa do ato de ofício, nos crimes de corrupção, é “*essencial em casos de macrocorrupção envolvendo elevadas autoridades públicas*” (BRASIL, sentença proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, p. 197).

Essa parece ter sido a perspectiva adotada na sentença condenatória do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, precisamente quando se afirma que o recebimento de um benefício não contraprestacional (tríplice) por uma pessoa politicamente importante, somado a um contexto de *corrupção sistêmica*, seria o suficiente para caracterizar o crime de corrupção:

¹¹² Para uma discussão sobre a influência das mídias nesse fenômeno, cf. CARDOSO, Enio; MORAIS, Jennifer Azambuja de. A Narrativa sobre a Corrupção e a Criminalização da Política: o impacto dos meios de comunicação no primeiro turno das eleições de 2018. *Revista de Ciências Humanas e Sociais*, v. 4, n. 3. 2018.

301. Já a Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva afirma que o apartamento 164-A, conseqüentemente, jamais lhe pertenceu e, embora tivesse sido a ele oferecido no ano de 2014, não houve interesse na aquisição e, portanto, não houve a compra.

302. **Essa é a questão crucial neste processo, pois, se determinado que o apartamento foi de fato concedido ao ex-Presidente pelo Grupo OAS, sem pagamento do preço correspondente, sequer das reformas, haverá prova da concessão pelo Grupo OAS a ele de um benefício patrimonial considerável, estimado em R\$ 2.424.991,00 e para o qual não haveria uma causa ou explicação lícita.**

303. Ao contrário, se determinado que isso não ocorreu, ou seja, que o apartamento jamais foi concedido ao ex-Presidente, a acusação deverá ser julgada improcedente. (destacou-se) (BRASIL, sentença proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, p. 51).

Na compreensão abraçada pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, estaria configurado o crime de corrupção passiva com o recebimento da *vantagem indevida*, assim entendida como aquela sem causa lícita aparente, o que permitiria presumir ser prova de um acerto de corrupção. Há clara inversão do ônus da prova no processo penal, porque, segundo o raciocínio adotado, o órgão acusatório estaria dispensado de provar a origem ilícita e, de outro lado, caberia ao acusado provar a licitude da origem.

A conduta do ex-presidente, por sua vez, seria a seguinte, de acordo com a sentença:

837. Executivos-chaves dentro da Petrobrás, como no caso Paulo Roberto Costa e Renato de Souza Duque, eram mantidos na estatal como Diretores com a obrigação de, além de desempenhar suas funções normais, arrecadar recursos para agentes políticos e partidos políticos, que, por sua vez, os garantiam nos cargos. No processo, também arrecadaram recursos em benefício próprio.

838. **O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tinha um papel relevante no esquema criminoso, pois cabia a ele indicar os nomes dos Diretores ao Conselho de Administração da Petrobrás e a palavra do Governo Federal era atendida. Ele, aliás, admitiu, em seu interrogatório, que era o responsável por dar a última palavra sobre as indicações, ainda que elas não fossem consequência de sua escolha pessoal e ainda que elas passassem por mecanismos de controle.** (BRASIL, sentença proferida pela

13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, p. 192).

O contexto degradante da política, revelado pelo *Mensalão* e pela *Lava Jato*, também produziu reações no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso de Mello endureceu o discurso por ocasião do julgamento da AP 996-DF. Nessa ação penal originária, a 2ª Turma do STF condenou um deputado do Partido Progressista, a 13 anos, 9 meses e 10 dias, por crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Na ocasião, escreveu o decano da Suprema Corte brasileira:

Estamos a julgar, portanto, Senhor Presidente, não atores políticos, mas, sim, protagonistas de sórdidas tramas criminosas. Em uma palavra: processam-se não atores ou dirigentes políticos e/ou partidários, mas, sim, autores de crimes...

(...)

A ordem jurídica, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a condutas de membros do Congresso Nacional – ou de quaisquer outras autoridades da República – que hajam incidido em censuráveis desvios éticos e em reprováveis transgressões criminosas no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro (BRASIL, acórdão proferido pela Segunda Turma do STF na AP 996, julgada em 29 de maio de 2018, p. 246)

Dentre os fatos ilícitos imputados ao parlamentar estava o de ter, na qualidade de líder do Partido Progressista (PP) e de congressista influente, oferecido apoio político para a permanência de Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras, em troca de dinheiro para campanhas eleitorais.

No entendimento do relator, Ministro Edson Fachin, as doações eleitorais realizadas por determinada construtora, mesmo que formalmente regulares, isto é, devidamente contabilizadas na prestação de contas da campanha do Deputado, relativa às eleições de 2010, constituíram, na verdade, vantagem indevida em razão do exercício da função parlamentar. A tipificação do crime de corrupção passiva, nessa hipótese, seria possível porque

(...) a doação eleitoral em tela foi utilizada como estratégia para camuflar a real intenção das partes, que não era outra senão pagar e receber **vantagem patrimonial indevida** em decorrência da manutenção do esquema de

contratação das empresas cartelizadas no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, tratando-se de nítido negócio simulado”. (BRASIL, acórdão proferido pela Segunda Turma do STF na AP 996, julgada em 29 de maio de 2018, p. 194)

No voto condenatório proferido pelo Ministro Luis Edson Fachin fala-se em “*exercício ilegítimo da atividade parlamentar*”, como se vê do excerto abaixo:

De acordo com premissa também já fixada alhures, o exercício ilegítimo da atividade parlamentar, mesmo no contexto das negociações políticas inerentes ao funcionamento de um governo de coalizão, é apto a caracterizar o ato de ofício viciado que tipifica o crime de corrupção passiva, caso motivado pela solicitação, aceitação ou recebimento de vantagem indevida. (BRASIL, acórdão proferido pela Segunda Turma do STF na AP 996, julgado em 29 de maio de 2018, p. 179)

O Ministro Celso de Mello, no entanto, fez questão de enfatizar em seu voto que aquela condenação do parlamentar em nada implicava *criminalização da atividade política*:

Esse contexto de delinquência que vem sendo apurado no âmbito da Operação Lava-a-Jato revela um dos episódios mais vergonhosos da história política de nosso País, tão ou mais grave que o “Mensalão”, pois os elementos probatórios que foram produzidos pelo Ministério Público expõem aos olhos de uma Nação estarecida, perplexa e envergonhada um grupo de delinquentes que degradou a atividade política, transformando-a em plataforma de ações criminosas.

Torna-se importante enfatizar que não se está a incriminar a atividade política, mas, isso sim, a 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 Estado. (BRASIL, acórdão proferido pela Segunda Turma do STF na AP 996, julgado em 29 de maio de 2018, p. 245)

Porém, no mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes destacou as perplexidades que o caso concreto suscitava, ante as fronteiras tênues envolvidas na criminalização de doações oficiais como vantagens indevidas:

Um candidato poderia ser apoiado por empresas que estivessem de acordo com sua linha de atuação política. Em que medida, estaria aí a justificativa da criminalização? Tem que haver um liame, um nexo de causalidade.

Imagine-se um candidato que defenda, porventura, a transposição das águas do Rio São Francisco. Se as empresas se propusessem a doar, onde se projetaria o crime de corrupção passiva?

Ou outro candidato que defenda interesses do meio ambiente e que recebe doações de entidades ligadas a questões ambientais. Um ato de ofício em defesa desse feixe de interesses seria criminalizável?

Temos linhas lindeiras muito pouco claras nesse universo.

Entendo que o candidato que recebe doação para seguir um programa político lícito, caso eleito, não pratica crime algum. (BRASIL, acórdão proferido pela Segunda Turma do STF na AP 996, julgado em 29 de maio de 2018, p. 434)

Como se nota, a matéria é sensível e ilações precitadas podem facilmente confundir mero *financiamento da atividade política* com *suborno*.

A dificuldade de separar as situações (doação eleitoral e corrupção) é inegável, como bem observam LEITE e TEIXEIRA (2016):

Em geral, costuma-se associar vultosas doações eleitorais por parte de grandes companhias ou de sujeitos opulentos a pagamentos de ‘propina’ em troca da obtenção de contratos ou outras vantagens perante a Administração Pública. Estabelece-se, assim, uma relação simbiótica e automática entre doações vultosas e ‘propina’. Essas doações vultosas seriam posteriormente mantidas em contabilidade paralela. Por outro lado, muito comum é o argumento defensivo, utilizado tanto pelos partidos políticos quanto pelas empresas ou pessoas doadoras, segundo o qual as doações teriam sido realizadas regularmente, ou seja, teriam sido registradas devidamente na Justiça Eleitoral, o que afastaria a pecha de corrupção.

A rigor, ambas as associações acima descritas apresentam saltos argumentativos: **nem a associação automática entre doação vultosa ou ilegal e corrupção, nem o argumento de que a regularidade afastaria a existência de corrupção são, por si, pertinentes**. Dito mais concretamente, **é possível falar em corrupção em casos em que a doação foi regular segundo os padrões do direito eleitoral** e, inversamente, é perfeitamente possível chegar-se à conclusão de que não houve corrupção em casos de doações vultosas e irregulares. A discussão é mais complexa do que fazem crer as apressadas associações referidas, pois exige uma intensa reflexão sobre o conceito de vantagem indevida e também sobre a necessidade de uma

conexão entre a vantagem e o exercício da função, o chamado ‘pacto de injusto da corrupção.’ (LEITE; TEIXEIRA, 2016)

Cabe lembrar que a doação eleitoral por empresas, desde que observados certos limites, era conduta permitida no Brasil até bem recentemente (até o julgamento da ADI 4650 pelo Supremo Tribunal Federal). A par disso, a conexão entre o apoio a campanhas eleitorais e a possibilidade de um retorno não é tão direta quanto pode parecer à primeira vista. Geralmente, a vantagem fica sujeita a muita incerteza, como explica SPECK (2012):

Além da separação entre apoio e retorno em dois momentos diferentes, o financiador de campanhas que visa obter benefícios para sua empresa por meio de doações enfrenta vários tipos de incerteza. A primeira diz respeito ao saldo incerto obtido no resultado eleitoral. O partido apoiado poderá acabar na oposição ou o candidato pode não se eleger. Uma vez eleito, as incertezas continuam. Diferentemente do suborno ao funcionário público, que leva em conta sua posição no processo decisório em questão, o financiamento de candidatos ou partidos em eleições é uma aposta em agentes públicos em potencial com poder de decisão ainda incerta. Há, finalmente, também incerteza referente aos assuntos que eventualmente entrarão na agenda do Executivo ou Legislativo, para debate e votação. (SPECK, 2012, p. 88).

Sobre o ponto, é importante enfatizar que a doação para campanha eleitoral é manifestação da soberania popular e deve gozar de uma especial proteção em qualquer democracia representativa. Note-se que, nos EUA, as contribuições para campanhas políticas são tomadas como corolário da liberdade de expressão e só perdem a proteção constitucional se ficar provada, acima de qualquer dúvida, que houve um acordo explícito de promessa de prática do ato de ofício em favor do doador, em troca da contribuição eleitoral. Não basta a simples constatação de que o doador praticou o ato esperando receber algum benefício futuro durante o mandato do representante. A Suprema Corte do país, em várias oportunidades, asseverou que “contribuições de campanha daqueles que podem vir a se beneficiar das ações do legislador são normais e presumidamente válidas” (BROWN, 2015, p. 206).

Um elemento que costuma ser realçado por delatores e pelo Ministério Público para concluir que uma certa doação foi, na verdade, pagamento de “propina” é apontar para a inexistência de afinidade ideológica ou interesses específicos do doador

em relação ao beneficiário da doação, tendo se tratado apenas de atender a um “acerto” político.

Em um termo de colaboração reproduzido no Inquérito 4215 - STF, que apura os crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro contra um Senador da República, é dado destaque a essa aparente falta de “interesse econômico ou político” no ato de doação:

(...) que depositou o valor e acha que recebeu o recibo pelos Correios; que a doação foi contabilizada; (...) que a NM não tem obras ou interesses outros em Sergipe; que não conhece o Senador (...); (BRASIL, STF, voto do relator no Inq 4215, p. 34)

Entretanto, essa ideia de que, para não ser qualificada como “propina”, a doação precisa ser autêntica, isto é, oferecida quase como uma “prova de amor” a um partido ou a um político específico é uma visão romântica e idealizada do mundo. O ato de doar atende a objetivos puramente estratégicos, qual seja, de ajudar um candidato simpático aos interesses e as pautas ideológicas do doador a vencer as eleições e a tomar decisões favoráveis ao benfeitor.

Dada essa realidade, para não se incorrer no risco de criminalizar a participação da sociedade na atividade política – deve-se sempre exigir a prova do acerto da prática de ato de ofício específico, ainda que futuro, como retorno ao benefício recebido com a doação, e não se perquirir se a doação foi por afinidade ideológica ou mera motivação econômica.

Não basta seguir uma postura simplista de tentar reprimir como corrupção situações que não passam de conflitos de interesse. A simples tentativa de punir todo e qualquer conflito de interesse de um representante político não parece algo factível em uma democracia representativa. Primeiro, porque conflitos de interesses são ubíquos e nenhum parlamentar seria capaz de listar todos os seus conflitos de interesse em cada votação ou ato relacionado ao seu mandato. Isso só serviria para criminalizar situações de conflitos de interesse não declarados publicamente, quando procuradores e promotores os descobrissem, facilitando que esses agentes de persecução penal pudessem facilmente escolher seus alvos. Além disso, os representantes políticos não devem guardar a mesma imparcialidade que se exige dos magistrados ou promotores. Estes são agentes estatais vitalícios, integrantes do sistema de Justiça, que devem agir, na máxima medida possível, de maneira isenta e imparcial. Os parlamentares, ao

contrário, são atores que recebem poder político por um prazo determinado e que são eleitos para vocalizar interesses e avançar pautas ideológicas. São se deve exigir deles no espaço público um agir desinteressado.

Portanto, enquanto os juízes devem evitar as pressões e as influências políticas e sociais, os exercentes de mandato devem ser sensíveis aos pleitos sociais e se colocar sempre aberto a ouvir as pressões e as preferências de seu eleitorado.

Não se pode pretender a aplicar a mesma lógica de atuação funcional exigida da magistratura e do Ministério Público para os representantes políticos. Assim, não se afeiçoa à função destes últimos [políticos], por exemplo, o seguinte princípio básico relativo à independência dos juízes (regras de Milão, 1985):

2. Os juízes devem decidir todos os casos que lhes sejam submetidos **com imparcialidade**, baseando-se nos fatos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições e **sem quaisquer outras influências**, aliciamentos, **pressões**, ameaças ou intromissões indevidas, sejam diretas ou indiretas, **de qualquer setor ou por qualquer motivo**.¹¹³

A rigor, qualquer motivação que desviasse o representante de tomar uma decisão absolutamente desinteressada, pautada exclusivamente pela vontade de servir lealmente à confiança das urnas, poderia ser enquadrada como um conflito de interesse.

Como bem nos lembram os juristas norte-americanos, quando um representante decide sabendo que sua manifestação vai beneficiar um membro de sua família, existe aí um conflito de interesse. Quando delibera ciente de que o resultado favorece um ramo de negócio de um velho amigo, também está presente o conflito de interesse. Se, por sua vez, decide de forma a atender um apoiador de campanha ou um lobista que o ofereceu uma viagem, mais uma vez existe o conflito de interesse. Enfim, toda vez que a decisão do parlamentar favorecer alguém que já lhe fez algum favor na

¹¹³ PRINCÍPIOS BÁSICOS RELATIVOS À INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA Adotados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985 e endossados pela Assembleia Geral das Nações Unidas nas suas resoluções 40/32, de 29 de novembro de 1985, e 40/146, de 13 de dezembro de 1985. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev21.htm>. Acesso em 29 de novembro de 2019.

vida, pelo qual ele é grato, haverá inarredavelmente um conflito de interesses (ASCHULER, 2015, p. 478).

A corrupção na seara do comportamento do parlamentar deve se atentar para a velha ideia de adequação social no direito penal, a fim de excluir do campo de incidência desse delito comportamentos que manifestamente não merecem punição.

Alaor Leite e Adriano Teixeira (2017) trazem exemplos interessantes de aplicação dessa ideia:

“Pense-se no caso do médico da rede pública que recebe um generoso presente da família do paciente que curou ou dos pais da criança que ajudou a parir; ou na situação em que pais de aluno da rede pública dão presente de Natal aos professores. Em casos como esses, o funcionário que recebe uma vantagem em razão do exercício da função, mas não se pode classificar a vantagem como indevida” (LEITE; TEIXERA, 2017, p. 46)

A mesma lógica deve ser aplicada para o parlamentar que, reconhecido pelas políticas públicas em favor de um segmento produtivo, aceita doações eleitorais ou outros tipos de apoios políticos, como deslocamentos em jatos privados.

A investigação e a sanção de agentes políticos não podem deixar de sopesar essas diferenças.

Entretanto, na maior parte das decisões judiciais que lidaram com essa problemática, a interpretação do crime de corrupção passiva (art. 317 do CPB) não se preocupou muito com a demonstração de nexos causal ou do intento real e concreto de venda da função pública. Em muitos julgados, presumiu-se que o voto favorável a uma isenção tributária ou a articulação em favor de alguma outra medida legislativa de interesse direto de um doador configuraria a conduta criminal.

Nesse ponto, o Inquérito 4334, que investiga um ex-Senador é um exemplo concreto interessante. Segundo narrado na delação de um dos diretores da empreiteira, o ex-Senador teria negociado, em encontros em seu Gabinete no Senado Federal, a atuação legislativa em conformidade com os interesses do Grupo Odebrecht, na tramitação das Medidas Provisórias nº 651/2014 e nº 656/2014, descritas à época como “pacotes de bondade” do governo para tentar reaquecer a economia.

Na ocasião, o Senador era líder do governo no Senado e ocupava a Presidência da Comissão Mista incumbida de dar parecer sobre a admissibilidade e o mérito das medidas provisórias editadas à época.

De acordo com o colaborador, o então Senador teria recebido notas técnicas da empresa sobre o texto legislativo e as convertido posteriormente na forma de quatro emendas ao ato normativo em exame do Legislativo. Como contraprestação, a Odebrecht realizou doação eleitoral oficial ao Diretório Estadual do PMDB, em favor da campanha ao governo do Estado de Roraima, em cuja chapa figurava como vice o filho do ex-Senador, nas eleições do ano de 2014. Afirmou que a doação teria sido mero pretexto para repassar a vantagem indevida. Na versão do colaborador, foram repassados R\$ 150.000,00, via doação oficial ao Diretório do PMDB no Estado de Roraima, enfatizando que a motivação do pagamento foi o contexto da discussão da mencionada Medida Provisória.

Em 13 de março de 2018, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, recebeu a denúncia, nos termos do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio. Na fundamentação para acolher a denúncia, o relator escreveu:

A denúncia atende às exigências do artigo 41 do Código de Processo Penal: contém descrição do cometimento, em tese, de fato criminoso e das circunstâncias, estando individualizadas as condutas imputadas ao acusado. Foram colhidos, na fase do inquérito, indícios suficientes de autoria, retratando a inicial a materialidade, alusivos aos delitos dos artigos 317, § 1o, do Código Penal e 1o da Lei no 9.613/1998, a autorizar o início da ação penal, configurada a justa causa.

Observem não haver dúvidas sobre a atuação parlamentar do denunciado na tramitação das medidas provisórias mencionadas na inicial – frise-se ter sido o Senador presidente da Comissão Mista que analisou a Medida Provisória no 651/2014, bem assim relator da de no 656/2014. É ponto incontroverso, ainda, a realização de reuniões entre o congressista – na condição de líder do governo e de presidente da Comissão Mista – e o delator, antes e durante o período no qual se deu o processo legislativo referente às citadas medidas. Indiscutível a ocorrência de doação eleitoral oficial por parte da empresa Odebrecht ao Diretório do PMDB no Estado de Roraima, repassada, no mesmo dia, à campanha eleitoral do candidato do Partido a Governador do Estado, em cuja chapa figurava como vice o filho do denunciado.

Eis as balizas sinalizadas pela acusação: ter atuado o Senador para favorecer o grupo Odebrecht na tramitação das Medidas Provisórias no 651/2014 e no 656/2014 em troca de vantagem indevida, disfarçada de doação eleitoral à campanha da qual participava o filho.

A dubiedade acerca da interpretação jurídica a ser dada à doação eleitoral efetuada na mesma época do exame legislativo de matéria de

interesse do doador, no que, sob a óptica da defesa, revelaria criminalização do exercício legítimo de atividade político-parlamentar, direciona ao recebimento da denúncia, sem que isso implique assentar a culpa do acusado.

Cumpra viabilizar, sob o crivo do contraditório, a instrução processual, para que o tema de fundo da imputação, atinente à caracterização da doação eleitoral como suposta contrapartida à prática de ato de ofício pelo investigado, seja analisada.

As alegações da defesa relativas à ausência de comprovação dos elementos objetivos do tipo, de formalização de ato de ofício e de dolo, bem como eventual consunção entre o delito antecedente e a lavagem de dinheiro, dizem respeito ao mérito da denúncia e serão examinadas após a instrução do processo-crime.

Recebo a denúncia. É como voto. (BRASIL, Acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Inquérito 4334)

No caso do representante eleito, que tem por dever de ofício buscar continuamente atender aos anseios de seu eleitorado, é perigoso considerar que existe um acordo de corrupção a partir de simples inferências decorrentes da constatação de um fluxo de benefícios regulares tanto na direção do político quanto na do benfeitor.

Uma forma de evitar que interpretações demasiadamente alargadas, por exemplo, do crime de corrupção, tal como previsto no art. 317 do Código Penal brasileiro, para que não comprometam a responsividade dos representantes eleitos e ponham em risco a vitalidade da democracia, talvez seja criar um tipo penal específico para lidar com a corrupção de parlamentares e detentores de mandato eletivo, de forma a se evitar abarcar no tipo condutas politicamente adequadas, ou seja, comportamentos normais no exercício da atividade política.

Essa solução já existe no direito alemão, muito embora se discorde da reforma ocorrida em 2014, que ampliou bastante o conceito de corrupção para abranger também a compra de “boa vontade e influência” (*access; intent to influence*). Naquele país, existe o crime de *corrupção de deputados* (§108^a StGB – Código Penal da Alemanha), que prevê uma punição diferente quando o delito é praticado por parlamentar e quando o é por outros funcionários públicos.

Como explicam GRECO, LEITE e TEIXEIRA (2017):

Até 2014, punível era somente a venda (e conseqüentemente a compra) do voto do parlamentar. Após a mencionada reforma, o tipo abrange qualquer

oferecimento de vantagens injustificadas com o intuito de influenciar o exercício do mandato, incumbindo ou orientando o parlamentar a praticar ou omitir determinada ação. Além disso, a vantagem solicitada, oferecida ou concedida não precisa ser de natureza material, como exigia o tipo em sua versão anterior. (GRECO; LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 20)

Os mesmos autores, em substancioso parecer sobre o tema da corrupção política, propõem um interessante critério interpretativo que parece ajudar a evitar o fenômeno da *criminalização da política*: a realidade de maior exposição a risco penal pelos políticos. Confira-se o seguinte excerto em que a ideia é explicada:

Precisamente pela indeterminação do feixe de competência ou atribuições do político é que a lei eleitoral prevê autorizações expressas, que instauram um âmbito de risco permitido para a atuação política – o que alguns chamam de "adequação política" -, sobretudo no que toca à indispensável relação entre o político e os interesses privados existentes na sociedade, e que devem ser levados ao Parlamento. (...)

Os parlamentares ocupam a função em caráter precário, pois enfrentam a responsabilidade política, setor de regras mais flexíveis de imputação e menos controlável pelo Poder Judiciário, e **estão sujeitos ao contato contínuo com os interesses privados, fomentado inclusive pela legislação, de modo que possuem altíssimo risco penal, muito superior aos que estão submetidos outros servidores públicos, que apenas eventualmente são instados a relacionar-se com interesses eminentemente privados.** É em razão disso que um grande especialista da matéria, Sinner, afirma que **qualquer nova regulação da corrupção política deve tomar a cautela de "não jogar a criança junto com a água do balde": o início de investigações pode se verter em instrumento de perseguição, na tentativa de influenciar indevidamente um processo democrático, que a rigor deveria ser protegido pelo tipo de corrupção.** (grifou-se)

GRECO, LEITE e TEIXEIRA (2017) partem da adequada premissa de que políticos possuem ampla margem de discricionariedade para atuar no espaço público. Além disso, esses mandatários devem, por exigência constitucional do regime democrático, interagir continuamente com suas bases eleitorais e com agentes e interesses privados, diferentemente da grande maioria dos demais funcionários públicos. Por conta dessas peculiaridades das funções do representante eleito, a sua exposição ao risco penal é altíssima, razão pela qual não se deve restringir o âmbito de atuação dentro

do risco permitido do agente político, mas sim expandi-lo, justamente para evitar criminalizar condutas “politicamente adequadas”, ou seja, normais no exercício da atividade política.

Para se encaminhar para o fechamento deste tópico, é forçoso reconhecer que o debate sobre a manifestação da *criminalização da política* no Brasil ainda é bastante incipiente. Neste tópico, principiou-se a tratar de aspectos relevantes do tema e a examinar algumas decisões judiciais tomadas no âmbito dos casos *Mensalão* e *Lava Jato*.

Da pequena amostra analisada, entende-se possível concluir que, para evitar a *criminalização da política* no Brasil, parece realmente necessário um aperfeiçoamento na regulação do tema, especialmente na tipicidade do crime de corrupção passiva. O aprimoramento normativo propiciará *standards* interpretativos mais claros, capazes de abarcar a especificidade do feixe de atribuições dos políticos e de fixar os limites e critérios para apurar a legitimidade do necessário e usual contato entre representantes e o mundo privado. Dessa maneira, será possível conferir maior segurança jurídica aos exercentes de mandato eletivo, minimizando os riscos deletérios de interpretações expansivas tendentes a imputar ilicitudes e corrupção por comportamentos ínsitos à atividade política, sem prova robusta da venalidade e da mercancia da função pública.

2.4. Crítica ao conceito de criminalização da política

O argumento da *criminalização da política* tem como um de seus principais méritos teóricos chamar a atenção para os riscos de uma persecução estatal de comportamentos políticos exercida sem critérios e movida por pautas populistas ou ideológicas.

Como visto, o alargamento desproporcional de categorias criminais pode minar o grau de responsividade de representantes políticos, contribuindo para distanciá-los ainda mais de seus eleitores. Com isso, o pilar de uma democracia aberta e plural tende a ser fortemente abalado.

Isso porque, por receio de responsabilização criminal, administrativa e civil, políticos tenderiam a se afastar da esfera pública para se proteger. Espaços abertos e democráticos de diálogo direto com os parlamentares, seja por meio de associações, sindicatos, cooperativas, igrejas, seja por intermédio de organizações empresariais e de

grupos de pressão, tenderiam a ser reduzidos ou desprezados, com perda inestimável para a participação democrática (BROWN, 2017).

Por outro lado, a ideia de *criminalização da política* está longe de ser um consenso e existem muitas críticas na noção abarcada nesse conceito. BROWN (2017) menciona três delas, extraídas da observação da prática jurídica norte-americana. A primeira delas afirma que o ponto de vista da *criminalização da política* pode simplesmente levar a uma impossibilidade total de punir todo e qualquer crime de corrupção cometido por um político. Apenas situações cinematográficas em que um parlamentar importante fosse filmado recebendo uma mala de dinheiro antes de uma votação polêmica seriam enquadradas e punidas. Nas situações próprias do mundo real, seria inviável identificar quais denúncias dos promotores envolveria o fenômeno [*criminalização da política*] e quais não envolveriam (BROWN, 2017, p. 14).

Como o conceito não oferece critérios claros e seguros, e não existe meio de a interpretação criminal não ser influenciada pelos valores pessoais dos procuradores, o discurso da *criminalização da política* acaba se tornando o apanágio para a defesa de todo e qualquer político indiciado.

A noção de criminalização da atividade política legitimaria a tese de que porque “todos os políticos agem assim” e que as práticas são ínsitas ao modelo representativo de democracia, essas condutas, de nenhum modo, poderiam configurar violações à legalidade. Na prática, o argumento funcionaria como meio de imunizar as ilicitudes cometidas pelos representantes eleitos no exercício da função (BROWN, 2017).

De fato, muito desse discurso está presente na defesa dos políticos investigados e processados por corrupção passiva e lavagem de dinheiro nos casos do *Mensalão* e da *Lava Jato*. Em alguns casos, sem meios de negar a conduta deplorável de “vender atos do mandato”, o acusado recorre à estratégia de afirmar que o que está em julgamento não é um fato criminoso em concreto, mas sim as escolhas políticas ou o seu modo de fazer política [perseguição política em vez de persecução criminal].

A segunda crítica diz respeito à falta de definição quanto ao papel efetivo desse conceito no sistema penal. Seria a *criminalização da política* uma noção-guia para minimizar a discricionariedade dos promotores e juízes na interpretação do crime de corrupção envolvido nas práticas políticas de representantes eleitos? Mas se for essa a finalidade do conceito, o problema continua, pois como o Ministério Público é o titular da ação penal, caberá a ele, antes de propor a denúncia, fazer o julgamento se a

imputação levou em conta o dever de não criminalizar a política. Logo, o poder discricionário continua com os procuradores, transferindo-se aos juízes no momento de recebimento da denúncia. O conceito não entrega o que promete – reduzir a liberdade do proponente da ação penal. (BROWN, 2017)

Por fim, existe uma terceira crítica que aponta para a permissividade exagerada que a ideia de *criminalização da política* parece admitir. Ela argumenta que não se pode tratar de maneira igual contribuições de campanha e presentes caros para representantes eleitos. Seja em contextos eleitorais ou não-eleitorais, benesses ou quaisquer outras vantagens privadas recebidas de fontes externas dadas para produzir uma atuação parcial no espaço público devem ser necessariamente reprimidas em certos contextos.

O certo é que, como visto acima, as críticas ao conceito estão longe de ser vãs questiúnculas. Elas mostram a complexidade do debate e a necessidade de continuar aprofundando a discussão do tema.

2.5. Considerações finais

A *criminalização da política* exprime um fenômeno de expansão das categorias sancionatórias do Direito e de maior demanda pelo controle e punição de atores que se dedicam à atividade político-partidária (AIETE, 2017). Longe de pregar qualquer tipo de impunidade para “criminosos da política”, a tese evoca a necessidade de prudência para que o sistema do direito não seja contaminado por um sentimento de “messianismo” e de ojeriza aos atores políticos. A ideia carrega um contraponto importante ao atual clima de deslegitimação do espaço da política, de descrédito das instituições representativas e de contínua crise de confiança na democracia intermediada pelos partidos políticos, elementos trabalhados ao longo desta obra.

A noção de *criminalização da política* traz importantes reflexões para o momento atual brasileiro. Isso porque, na tentativa de traduzir aspirações legítimas da sociedade em relação ao combate à corrupção e à concretização do direito a um “governo honesto” (*right to honest services*), verifica-se que o Brasil vem aceitando recorrer à legislação criminal de maneira cada vez mais abrangente, e, não raro, para censurar comportamentos típicos do campo da *responsabilidade política*, e não da responsabilidade jurídico-penal. E isso tem levado a enquadrar como suspeitas e ilícitas um tradicional conjunto de interações legítimas que se dão cotidianamente entre cidadãos e agentes políticos dentro de uma democracia. O risco é esse processo de criminalização acabar promovendo, ainda que involuntariamente, a neutralização seletiva de certos atores que militam no universo político-partidário, deprimindo ainda mais a responsividade de nossa democracia representativa.

No Brasil contemporâneo, parece existir uma preconcepção de que o parlamentar que aceita receber benefícios de pessoas ou instituições interessadas em influenciá-los em suas decisões públicas já é, praticamente, autor ou partícipe do crime de corrupção. Não é à toa que, com as delações de executivos da JBS e da Odebrecht, centenas de doações eleitorais recebidas por políticos durante suas candidaturas a cargos eletivos estão sob suspeita.

Como se procurou mostrar ao longo deste capítulo, a atividade política depende de financiamento para funcionar. E é natural que aqueles que decidem contribuir para uma campanha política ou favorecer um mandato em curso o fazem com a esperança de que sua benevolência irá tornar o candidato ou o representante mais

simpático e aberto a seus interesses. No mínimo, a doação busca criar uma espécie de “estoque de boa vontade” do agente político em relação ao doador.

Por outro lado, é imprescindível diferenciar, no âmbito da tipicidade penal e administrativa, a conduta do político que solicita legítimo apoio para sua atividade política mediante doações eleitorais daquele que, de fato, a mercancia a sua função pública com o desprezível propósito de obter ganhos pessoais ou de desviar recursos públicos.

Como visto, essa distinção não é simples. É essencial uma análise acurada de diferentes fatores, como a história, o contexto e as atividades do representante na ocasião (KOZINSKI, 2015, p. 468). Não basta o conhecimento do político de que a vantagem é dada para influenciar a sua tomada de decisão. É insuficiente que ele apenas deseje ser influenciado. É preciso que o parlamentar se deixe influenciar com o propósito específico de obter a vantagem indevida (venalidade; “pacto do injusto”).

Uma vaga expectativa de um benefício no futuro não é suficiente para tornar um pagamento ou doação dada a um político um crime de corrupção (ASCHULER, 2015, p. 472). Arrisca-se *criminalizar a atividade política* quando se flexibiliza demasiadamente a comprovação do *quid pro quo* (isto por aquilo) do crime de corrupção. Isso porque o ofício parlamentar envolve uma abertura contínua para as influências do eleitorado, de modo que admitir uma presunção nessa seara é altamente perigoso para o vigor da democracia.

Procurou-se argumentar que o debate público sobre a responsabilização de mandatários políticos deve ir além da compreensão rasa que classifica como corrupção todo e qualquer tipo de apoio dado por um parlamentar a pleitos de empresas ou grupos de interesses. Fazer isso é ignorar que o representante é eleito também para avançar as pautas do segmento político que ele representa.

Elastecer demasiadamente os critérios de imputação penal pode acabar impondo uma restrição excessiva aos espectros que compõem a atividade representativa em uma democracia, levando a maior parte dos políticos a ser investigados, o que, por si só, já tende a produzir a sua retirada do “jogo político”, ante a extrema sensibilidade do eleitorado para acusações estigmatizantes do sistema de justiça. Em tal cenário, acaba-se concedendo ainda mais protagonismo aos agentes e órgão de persecução, que passam a gozar do poder de seleção de quem será processado e qual político será poupado.

Embora a tese da *criminalização da política* não pretenda imunizar desvios de conduta praticados por representantes, é certo que a ideia suscita críticas, por criar

dificuldades à punição de políticos corruptos. O conceito traz uma reflexão importante para o debate, mas não é capaz de oferecer critérios totalmente claros e precisos para se distinguir “o joio do trigo”.

Por essa razão, deve-se continuar perseguindo a agenda anticorrupção, que também é de suma relevância para a higidez dos regimes democráticos, mas sem generalizações e ilações simplistas sobre as práticas políticas, pois, só assim, será possível mitigar os riscos e os efeitos adversos advindos do fenômeno da *criminalização da política*.

2.6. Referências bibliográficas

AIETA, Vania Siciliano. *Criminalização da Política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALSCHULER, Albert W. *Criminal Corruption: Why Broad Definitions of Bribery Make Things Worse*, 84, *Fordham L. Rev.* 473, 2015.

BATISTA, Nilo. Merci, Loïc. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva : 2015.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; CONTRERA, Flávio; CASSOTTA, Priscila Leine. O impacto da operação Lava Jato na atividade do Congresso Nacional. In: *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. Ed. Contracorrente: 2018.

BRAND, Stanley M. *The Criminalization of the Political Process*. 56 *Admin. L. Rev.* 849, 2004.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ. *Sentença na Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Curitiba, 2017.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ. *Alegações finais na Ação Penal n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR*. Curitiba, 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Ação Penal n. 470*. Relator para o Acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Ação Penal n. 996/DF*. Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin. Brasília, 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Ação Penal n. 1003/DF*. Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin. Brasília, 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão no Inquérito 4334/DF*. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2018.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Acórdão na Apelação Criminal n. 5023162-14.2015.4.04.7000/PR*. Porto Alegre, 2016(c).

BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. *Impeachment: o julgamento da presidente Dilma Rousseff pelo Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, SAJS, 2016. 664 p.

BRITO, Michelle Barbosa de. *Reinvenções e permanências do sistema penal brasileiro: a criminalização dos grupos de poder como novo marco de renovação e fortalecimento do controle punitivo*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará Belém, 2018. 238 f. Disponível em http://www.repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/11063/1/Tese_ReinvencoesPermanenciasPenal.pdf. Acesso em 20 de julho de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, p. 87-95, mai. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>>. Acesso em 03 de

janeiro de 2020.

CARDOSO, Enio; MORAIS, Jennifer Azambuja de. A Narrativa sobre a Corrupção e a Criminalização da Política: o impacto dos meios de comunicação no primeiro turno das eleições de 2018. *Revista de Ciências Humanas e Sociais*, v. 4, n. 3, ano 2018.

CARVALHO, Nelson Rojas. *E no início eram as bases: geografia política do voto e comportamento legislativo no Brasil*. 1ª ed. Ed. Revan, 2003.

CASTRO, Antonio Carlos de Almeida; FREIRIA, Marcelo Turbay. O fim dos tempos estranhos: a luta contra a criminalização da política. *Revista Eletrônica CONJUR*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/opinio-luta-criminalizacao-politica>. Acesso em 20 de julho de 2019.

CHEMIN, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato*. A corrupção se olha no espelho. 1ª ed. Editora Citadel, 2017.

ENGELMANN, Fabino. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. *Rev. Conj. Aust.*, Porto Alegre, v.7, n.37, p.09-16, ago/set, 2016.

ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT. *McDonnell v. United States*, 579 U.S. Columbia, 2016. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-474_ljgm.pdf. Acesso em 15 de março de 2019.

KERCHE, Fábio; FERES JÚNIOR, João (coord). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. 1ª ed. Ed. Contracorrente, São Paulo, 2018.

KONCHINSKI, Vinicius. *Grupos arrecadam R\$ 30 mil para outdoors de apoio à Lava Jato em Curitiba*. Uol, Curitiba, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/07/19/grupos-arrecadam-r-30-mil-para-outdoors-de-apoio-a-lava-jato-em-curitiba.htm>. Acesso em 15 de dezembro de 2019.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Nem toda doação irregular a caixa dois é crime de corrupção*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-15/nem-toda-doacao-irregular-caixa-dois-constituem-crime-corrupcao>>. Acesso em 20 de agosto 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. *"Não há democracia sem política e sem político"*. [Entrevista concedida a] Kennedy Alencar. UOL, São Paulo, página eletrônica [<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/06/26/nao-ha-democracia-sem-politica-e-sem-politico-diz-gilmar-mendes.htm>], 26 jun. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo de. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. São Paulo: FGV, 2017.

PALMA, Maria Fernanda. Responsabilidade política e responsabilidade penal: três casos controversos. In: *Sub Judice*. n. 6, Mai./Ago./1993, pp. 5-8.

RESENDE, Thiago; PUPO, Fábio. *Bolsonaro corta Orçamento de programas sociais em 2020. Minha Casa Minha Vida e Bolsa Família vão encolher no ano que vem*. Folha de S. Paulo, Brasília, 3 set. 2019, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/09/bolsonaro-corta-orcamento-de-programas-sociais-em-2020.shtml>. Acesso em 29 de novembro de 2019.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Apresentação: Criminalização da política. In: Sistema Penal & Violência, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 137-140, jul.-dez. 2016 138-139

SOARES, Rafael Morgental. Direitos partidários: exame crítico e propostas sobre a regulação jurídica do sistema partidário brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Partidário*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 23-44 (Tratado de Direito Eleitoral, v. 2.)

SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. In: BIASON, Rita de Cássia (org.) *Temas de corrupção política*. São Paulo, Balão Editorial, 2012. p. 49-97.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*; tradução Clécio Lemos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

THOMPSON, John. *O Escândalo Político: poder e visibilidade na era da mídia*. Ed. Vozes, 2002.

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza *et al.* *Politização da criminalidade e vulnerabilidade social: Entre os paradigmas da justiça criminal e da seletividade penal*. In: Sistema Penal & Violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 152-167, jul.-dez. 2016

USCHNIR, Karina. *Antropologia e política*. Rev. Bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 22, n. 64, p. 163-167, Junho 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269092007000200014lng=en&nrm=iso>. Acesso em 3 de julho de 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 11º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

ZAMPIERI, Natalia. *Criminalização da política e politização da Justiça*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 371.

CAPÍTULO 3. A CRIMINALIZAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Gabrielle Tatith Pereira¹¹⁴

3.1. Introdução

A criminalização da política insere-se num contexto de crises do Estado Democrático de Direito que perpassa a crise de legitimidade da representação política, o desgaste do Poder Legislativo com reiteradas práticas de corrupção e clientelismo, as dificuldades do modelo de presidencialismo de coalizão e os incentivos à multiplicação de partidos pragmáticos, sem viés ideológico.

Este capítulo tem o objetivo de estudar o fenômeno da criminalização na perspectiva do seu impacto ao exercício da função legislativa, especialmente a um conjunto de práticas consolidadas que moldam o agir dos parlamentares e que são consideradas legítimas para o sistema da Política, mas que vem sendo progressivamente absorvidas pelas categorias sancionatórias do Direito, especialmente do Direito Penal.

Pretende-se analisar como esse processo de transferência de responsabilização do sistema político para o sistema jurídico impõe (ou antecipa artificialmente) uma mudança de paradigma no desempenho da função legislativa e quais os impactos dessa mudança para a representação política e para o regime democrático.

A despeito da indiscutível importância de se combater a corrupção e a impunidade, busca-se fazer uma distinção necessária entre o agir dos parlamentares, observadas as práticas informais (e muitas vezes estratégicas) que viabilizam o exercício de competência amplamente discricionária, e as condutas tipificadas pelo Direito penal, notadamente o delito de corrupção.

¹¹⁴ Advogada do Senado Federal desde 2009. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Público. Pós-graduanda em Comunicação Eleitoral e Marketing Político pela Universidade Estácio de Sá. Graduada pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Facilitadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Acadêmicas em Direito do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) intitulado *Criminalização da Política e Poder Legislativo: o regime jurídico da responsabilidade pelo exercício da função legislativa*. Membro do projeto de pesquisa da Escola de Formação Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) intitulado *Direito e Política: riscos e desafios para o sistema de justiça brasileiro*.

O fenômeno da *Criminalização da Função Legislativa*, enquanto subconceito da criminalização da política, manifesta-se sob duas vertentes: a orgânica ou funcional, que compreende o desempenho da função legislativa, e a do regime jurídico aplicável ao parlamentar, nas suas dimensões material e formal.

Na perspectiva orgânica ou funcional, estuda-se o fenômeno da criminalização e sua relação com o processo legislativo, com a atividade político-partidária, com a atividade de representação política e com a formação do governo de coalizão.

Partindo-se de tal premissa, faz-se uma análise da atuação do parlamentar no processo legislativo, especialmente das pressões exercidas para a liberação de emendas parlamentares ao orçamento, e das razões pelas quais esse agir estratégico não pode ser equiparado à mercancia da função pública para fins de configuração do delito de corrupção passiva.

Propõe-se também uma reflexão a respeito da relação entre candidatos e partidos políticos, de um lado, e financiadores de campanhas eleitorais, de outro, à luz do custo dos regimes democráticos e da necessidade de se definir, com transparência e responsabilidade, quem deve arcar com esse custo.

Considerando a crise de legitimidade das democracias representativas e a tendência de criminalização da relação entre representantes e representados, pretende-se demonstrar que a representação política deve se adaptar às sociedades em rede, e que as possibilidades de acesso e de influência (inclusive virtuais) para a defesa de interesses dos segmentos representados são inerentes à ideia de representação política e não podem ser associadas ao delito de corrupção. Busca-se, além disso, analisar a representação política contemporânea a partir de novas formas de representação, com ênfase nos mandatos coletivos ou compartilhados, seus aspectos positivos, seus riscos e desafios.

Por fim, pretende-se analisar o modelo de presidencialismo de coalizão brasileiro e os incentivos institucionais para a prática de corrupção. Tem-se o objetivo de avaliar se as questões institucionais são a causa determinante da corrupção e do clientelismo no Brasil, a partir de uma perspectiva comparada com países parlamentaristas e da necessidade de formação de uma base aliada para garantir a governabilidade, qualquer que seja o sistema de governo adotado.

3.2. O impacto da criminalização da política no exercício da função legislativa

Com os trinta anos da Constituição 1988, comemorou-se um período de estabilidade e normalidade institucional, considerando-se, como parâmetro, o período ditatorial iniciado em 1964. Entretanto, a Terceira República brasileira (1988-atual) é marcada por inúmeros escândalos de corrupção (Esquema PC Farias, Anões do Orçamento, Máfia das Sanguessugas, Mensalão, Lava-Jato), pela eclosão de manifestações em 2013 contra o *establishment*, pela carência de serviços públicos e pela falta de legitimidade e de credibilidade dos Poderes constituídos.

A Operação Lava-Jato, que denunciou esquema de corrupção nos contratos da Petrobrás envolvendo empresas, partidos políticos e agentes políticos, obteve amplo apoio da imprensa e de segmentos da sociedade civil em prol da punição dos crimes de colarinho branco e da investigação, prisão e condenação de políticos corruptos. A Operação tornou-se símbolo de um novo momento institucional capitaneado pela Polícia Federal, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Conduções coercitivas, prisões temporárias e preventivas, gravações clandestinas, interceptações telefônicas, colaborações premiadas, vazamentos de documentos sigilosos, novos escândalos envolvendo o alto escalão dos Poderes Executivo e Legislativo. Construiu-se um sentimento nacional de que a corrupção seria finalmente combatida graças à ação de um Procurador-Geral da República¹¹⁵ e de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal que estavam dispostos a enfrentar os poderes político e econômico e a corrupção sistêmica no Brasil. Somente no ano de 2017, o Ministro relator dos processos relacionados à Operação Lava-Jato no Supremo Tribunal Federal autorizou a abertura de 76 (setenta e seis) inquéritos para investigar a conduta de políticos a partir do conteúdo da delação premiada da empresa Odebrecht (O GLOBO, 2017).

O impacto social, político e econômico da Operação Lava-Jato, aliado a um fenômeno mundial de deslegitimação da representação política, impõe ao Poder Legislativo e aos parlamentares o abandono de velhas práticas clientelistas, muitas vezes ilícitas, a renovação de suas lideranças políticas e a criação de novos mecanismos de conexão política com os cidadãos.

¹¹⁵ O então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em palestra conferida no 12º Congresso da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), no dia 1º de setembro de 2017, ao comentar a proximidade do fim de seu mandato à frente da Procuradoria-Geral da República, disse que a caneta estava em sua mão e que “enquanto houver bambu, lá vai flecha” (ESTADÃO, 2017).

Está-se diante de um momento de mudança de paradigma ou de transição da velha para a nova política. De um lado, tem-se uma parcela da população que aceita trocar o voto por benefícios ou serviços pessoais ou familiares. Segundo pesquisa encomendada pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre as Eleições de 2014, a compra e a venda de votos ainda é uma realidade no Brasil, uma vez que pelo menos 28% (vinte e oito por cento) dos entrevistados revelou ter conhecimento ou ter testemunhado essa prática ilegal. Uma das conclusões da pesquisa é que os eleitores não tem a percepção de que a compra de votos é um crime e que veem com naturalidade a prática de oferecer o voto em troca de benefícios (BRASIL, 2015a). De outro lado, há forte pressão de segmentos sociais e dos órgãos de controle para que os processos eleitorais e o exercício da função legislativa se conduzam com mais ética e transparência, visando o interesse público e não o interesse privado de alguns segmentos.

Vive-se uma realidade ambivalente, complexa, de difícil compreensão e encaminhamento de soluções. O mesmo cidadão que se manifesta em redes sociais contrariamente à corrupção aceita trocar seu voto por cesta básica ou atendimento médico. O mesmo parlamentar que aprovou a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 35/2010), a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) e criou o instituto da colaboração premiada envolve-se em investigação e processo por crime de corrupção e lavagem de dinheiro. O mesmo Procurador da República que integra a força-tarefa da Lava-Jato vê-se denunciado pelo Ministério Público Federal por recebimento de vantagem indevida de diretor de empresa investigado na operação (O GLOBO, 2018).¹¹⁶ E o mesmo Presidente da República eleito com uma pauta anticorrupção vê seu partido envolvido em investigações por desvio de verbas do fundo partidário e candidaturas laranja (VALOR ECONÔMICO, 2019).

Há clara orientação dos órgãos de controle externo e da sociedade para o aperfeiçoamento das práticas políticas e administrativas. De outro lado, o comportamento dos agentes públicos e dos cidadãos parece estar aquém do preconizado pelas instituições e pela coletividade.

¹¹⁶ Nesse episódio, o Ministério Público Federal afirmou na denúncia que o ex-procurador Marcelo Miller teria recebido, em parceria com a Advogada Esther, vantagem indevida de R\$ 700 mil para ajudar o J&F (grupo do qual a JBS faz parte) a obter informações para fechar acordo de delação premiada. Ao conceder *Habeas Corpus* em setembro de 2019, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região trancou a ação penal, por inépcia da denúncia, entendendo que a conduta dos acusados não configurou o tipo penal de corrupção (CONJUR, 2019).

Nesse contexto de descompasso entre o ideal e o real (que compreende não apenas os escândalos de corrupção e a impunidade, mas a ineficiência do Estado, a desigualdade social, os elevados índices de desemprego e muitas outras crises), cresce o sentimento social de deslegitimidade e de descrédito frente a instituições e autoridades. E, como consequência, há uma exigência de que essas instituições e autoridades respondam rápida e satisfatoriamente às demandas por mudanças, sobrecarregando o sistema de freios e contrapesos.

Elevam-se as interferências e os conflitos entre Poderes por meio de processos de *impeachment* de Presidentes e Ministros do Supremo Tribunal Federal, operações e investigações contra parlamentares e Ministros de Tribunais Superiores, prisões e medidas cautelares penais contra parlamentares, instauração de comissões parlamentares de inquérito (CPI das Fake News e reiteradas tentativas de instaurar a CPI da Lava-Toga) etc.

Está-se diante de um *estado de anomia*,¹¹⁷ pautado pela flexibilização ou pelas constantes reinterpretações de normas constitucionais e infraconstitucionais, o que amplia a instabilidade democrática e promove sucessivas ações e reações dos Poderes constituídos. O inquérito instaurado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal para apurar fatos gerais e indeterminados de calúnia, difamação e injúria contra a Corte e seus membros (VALOR ECONÔMICO, 2019a), o parecer da Procuradora-Geral da República que sustenta a ilegalidade desse inquérito e compara a iniciativa a Tribunal de Exceção (O GLOBO, 2019), a aprovação da Lei de Abuso de Autoridade pelo Congresso Nacional e os trinta e seis vetos a dispositivos dessa Lei pelo Presidente da República (G1, 2019) são exemplos do exercício (excessivo ou não) do sistema de freios e contrapesos.

Essas constantes interferências, ou iniciativas de defesa de competências constitucionais por parte dos Poderes constituídos e dos órgãos autônomos, representam o normal funcionamento das instituições democráticas ou representam um esforço de autopreservação, diante do enfraquecimento do princípio da separação de poderes?

Essa questão é fundamental para a compreensão do fenômeno da criminalização da política, porque o seu conceito está intrinsecamente relacionado com a disfuncionalidade das instituições basilares do Estado Democrático de Direito.

¹¹⁷ Em entrevista ao programa Canal Livre, da Band, em 22 de maio de 2017, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso afirma que o Brasil vive um "momento de anomia" - estado que se caracteriza pela ausência de regras - e que é preciso "botar ordem na casa". "Há falta de sentido de organização e autoridade. Em toda a parte", disse o tucano (ESTADO DE MINAS, 2017).

Segundo pesquisa de opinião realizada pelo Barômetro das Américas (Lapop), em parceria com o Centro de Economia e Política do Setor Público da Fundação Getúlio Vargas, no ano de 2019 cresceu o apoio à dissolução do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República na hipótese de o país enfrentar dificuldades, tanto na opinião dos eleitores da direita, da esquerda quanto do centro: 52% dos eleitores de direita, 35% dos eleitores da esquerda e 25% dos eleitores de centro, ou que não se posicionaram politicamente, concordam com a medida. Ainda que a maioria da população seja contra dissolver o Supremo (62%), o percentual de apoio de 38% é o maior da história da pesquisa (contra 14% em 2008) (UOL, 2019).

E mesmo diante de uma significativa renovação política nas eleições de 2018 (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018; ÚLTIMO SEGUNDO, 2018), a demonstrar que nosso regime democrático, apesar das dificuldades, possui mecanismos de autocorreção e de renovação de lideranças, é crescente a falta de legitimidade e de importância do Parlamento na percepção dos cidadãos. Ampliou-se o percentual global de apoiadores da dissolução do Congresso Nacional em 2019. Para os apoiadores de direita, o percentual passou de 17%, em 2008, para 30%. Dentre os de esquerda, o percentual de apoiadores diminuiu de 22% para 17% e, no centro, ou para os que não se posicionaram politicamente, o percentual caiu de 20% para 17%. A maioria dos brasileiros ainda é contra a dissolução do Congresso Nacional, mas esse percentual (de contrários) caiu de 83% para 78% em 2019.

Em sociedades democráticas, a dissolução do Parlamento representa a negação da própria democracia, ou seja, do poder de autodeterminação de cidadãos que, na esfera pública, apresentam-se como livres e iguais.¹¹⁸ O enfraquecimento do Parlamento, por meio da restrição às prerrogativas de seus membros e à liberdade de atuação política do parlamentar, consubstancia um processo progressivo de dissolução que, por não se operar de modo traumático como as rupturas institucionais, normalmente não recebe a adequada atenção dos parlamentares e dos próprios cidadãos, principais destinatários da preservação da soberania popular.

Se é evidente que os abusos devem ser coibidos pelas instâncias próprias de responsabilização (política ou jurídica), também é evidente que o combate à corrupção não pode ser fundamento para o apequenamento do Poder Legislativo, porque o

¹¹⁸ A esse respeito, ver HABERMAS (2003).

objetivo final é justamente a melhoria da qualidade dos processos democráticos, e não a destruição da própria democracia.

Nesse sentido, a criminalização da atuação parlamentar em questões relacionadas à liberação de emendas do orçamento, à indicação de autoridades para o primeiro escalão do governo, à formação do governo de coalizão, à defesa de interesses de segmentos da base eleitoral, à falta de outros elementos de ilicitude, revela uma incompreensão das relações de poder que se estabelecem no âmbito da política e que cumprem papel importante no equilíbrio de forças entre partidos da base e da oposição (incluindo união, estados, distrito federal e municípios) e na formação de compromissos que viabilizam os processos de tomada de decisão política.

Da mesma forma, a restrição, pela via interpretativa, das prerrogativas asseguradas ao Poder Legislativo e a seus membros, especialmente em relação às imunidades material e formal, sustenta-se no argumento falacioso (mas de grande apoio popular) de que são os “privilégios” a causa dos desvios, do que resultaria necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal para resgatar a dignidade do Parlamento.

É de conhecimento público que parte dos ilícitos investigados (embora não todos) relaciona-se à necessidade de partidos políticos e parlamentares angariarem recursos para o financiamento de campanhas eleitorais. Os abusos praticados não têm origem (ou causa) nas prerrogativas constitucionais voltadas ao livre desempenho do mandato eletivo e na garantia da independência do Parlamento. Os ilícitos têm origem no elevado custo das campanhas e em outras questões que devem ser debatidas na reforma do sistema político-eleitoral, como cláusula de barreira, aluguel de legendas, candidaturas independentes ou coletivas, regras para a organização interna e transparência dos partidos políticos etc.

Não obstante, ao invés de pressionarem por uma reforma política adequada, instituições, imprensa e sociedade civil pressionam pela restrição de prerrogativas e pela restrição da atividade parlamentar, enfraquecendo-se o Poder Legislativo e reduzindo-se a margem de discricionariedade que é própria do sistema político.

Nesse contexto, e a partir dos conceitos trazidos nos capítulos anteriores, a criminalização da política apresenta-se como a obstrução do funcionamento normal dos processos democráticos e sua substituição por um ativismo judiciário, que abarca todos os órgãos de persecução penal e que tem, como consequência, graves riscos ao devido processo legal, às garantias fundamentais e ao Estado Democrático de Direito.

O fenômeno da criminalização da política tem impacto direto no desempenho da função legislativa porque compreende uma tendência progressiva de submissão das relações de poder/contrapoder (ou não-poder), próprias do sistema político, ao sistema do Direito, que opera a partir do código binário lícito/ilícito. Significa que, ao invés de se buscar a responsabilização dos parlamentares dentro do sistema da política, por violação a seus códigos de conduta ou por quebra de decoro parlamentar, impõe-se o alargamento (pela via judicial) das categorias sancionatórias do Direito Penal e do Direito Administrativo, transferindo-se a responsabilização para o âmbito do Direito.

A *Criminalização da Função Legislativa*, como subconceito da criminalização da política, consubstancia-se pela obstrução do funcionamento normal da democracia representativa, que pressupõe processos de renovação e de responsabilização no interior do sistema político, e sua substituição por um ativismo judiciário, que atua fortemente no sentido de restringir as imunidades material e formal e criminalizar o desempenho da função legislativa. O fenômeno manifesta-se, portanto, sob a perspectiva orgânica da função legislativa e sob a perspectiva do regime jurídico aplicável, nas dimensões material e formal.

Nos próximos itens, pretende-se aprofundar a análise da criminalização da função legislativa na perspectiva orgânica, analisando-se o fenômeno, suas consequências e encaminhamentos possíveis para o processo legislativo, para a representação política, para a atividade político-partidária e para a formação do governo de coalizão.

Tese central o item 3.2: O fenômeno da criminalização da política tem impacto direto no desempenho da função legislativa porque compreende uma tendência progressiva de submissão das relações de poder/contrapoder, próprias do sistema político, ao sistema do Direito. A criminalização da atuação parlamentar em questões relacionadas à liberação de emendas do orçamento, ao financiamento de campanhas eleitorais, à indicação de autoridades para o primeiro escalão do governo, à formação do governo de coalizão, à defesa de interesses de segmentos da base eleitoral, à falta de outros elementos de ilicitude, revela uma incompreensão das relações de poder que se estabelecem no âmbito da política e que cumprem papel importante no equilíbrio de forças entre partidos da base e da oposição (incluindo todos os entes federados) e na formação de compromissos que viabilizam os processos de tomada de decisão política.

3.3. Criminalização e a mudança de paradigma para o exercício da função legislativa.

A Constituição de 1988, por restabelecer a ordem democrática após décadas de regime militar, criou um arranjo institucional de fortalecimento dos Poderes Legislativo e Judiciário, assegurando a seus membros um conjunto de prerrogativas indispensáveis a sua independência face aos demais Poderes, mas especialmente face ao Poder Executivo.

Nos trinta anos de vigência da ordem constitucional, verifica-se um desmonte progressivo do microsistema de direito material e de direito processual consubstanciado no *Estatuto dos Congressistas* (conforme se verá no próximo capítulo), bem como a progressiva restrição do âmbito de liberdade política de ação dos parlamentares pela substituição das instâncias políticas de controle por instâncias jurídicas.

As normas e os arranjos institucionais, notadamente de estatura constitucional, moldam o agir dos atores políticos, estabelecendo espaços de ação, vedações e incentivos para boas ou más práticas. Para além do que está posto, o funcionamento da máquina pública institucionaliza práticas, ou normas informais de conduta, pautadas pelo compromisso e pela reciprocidade, que são complementares e necessárias para o alcance dos fins institucionais almejados pela Constituição.

Os titulares de Poder frequentemente se deparam com problemas complexos e cuja solução demanda diálogo (reuniões de bastidores mesmo) e construção de consensos, ainda que mínimos, para que as instituições democráticas e seus objetivos constitucionais sejam preservados. Em muitos casos, os cidadãos e a imprensa têm dificuldade de compreender a legitimidade e o interesse público subjacente a encontros reservados entre Presidentes da Câmara e do Senado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Presidente da República, Procurador-Geral da República e outros agentes políticos.

As normas constitucionais, ao definirem a estrutura orgânica e as competências dos Poderes constituídos, não conseguem abarcar em sua inteireza a dinâmica e as demandas impostas aos ocupantes de cargos públicos de primeiro escalão, e nem tem o propósito de fazê-lo. Muitas dessas demandas são normatizadas no âmbito de cada Poder (*matéria interna corporis*, como os regimentos internos) e

muitas outras se consolidam informalmente no relacionamento entre Poderes e mesmo entre os pares.

A democracia é perfeitamente compatível com as normas informais de conduta quando essas normas reforçam (fortalecem) as Constituições escritas e estão alinhadas com o alcance dos seus objetivos. De outro lado, há um desvirtuamento da democracia se essas normas informais, mesmo quando aparentemente respeitam as leis, buscam fins que contrariam o espírito da Constituição.

Essa compreensão é primordial para o estudo da criminalização da função legislativa no Brasil, especialmente a partir dos movimentos sociais que eclodiram em 2013 e com a notoriedade da Operação Lava-Jato, porque, no ímpeto de se combater a corrupção e de se acabar com a impunidade de políticos envolvidos em práticas ilícitas (respostas institucionais realmente necessárias), iniciou-se um movimento de reprovação social e jurídica de normas informais de conduta consolidadas na política que, embora possam ser eticamente questionáveis, não constituem (ou ao menos não constituíam) categorias ilícitas para o Direito, e passaram a sê-lo, sem previsão legal expressa e com aplicação retroativa, em flagrante violação ao devido processo legal e a garantias e direitos fundamentais.¹¹⁹

Nos próximos itens, abordam-se algumas dessas normas informais do desempenho da função legislativa que estão relacionadas à dinâmica do processo legislativo, à formação do governo de coalizão e da oposição, à atuação dos partidos políticos e à representação política e que, nos últimos anos, especialmente no período compreendido entre o Mensalão e a Lava-Jato, têm sido associadas à *mercancia da função pública* e (portanto) transferidas do sistema da Política para o sistema do Direito, em decorrência do fenômeno da criminalização, com a consequência de se impor aos parlamentares uma *mudança de paradigma* para o desempenho da função legislativa no intuito de evitar que seus atos sejam constantemente objeto de apuração por órgãos externos de controle, especialmente a Polícia Federal e o Ministério Público Federal.

A exigência social e política de uma mudança de paradigma no desempenho da função legislativa não é, por si só, um problema. Ao contrário, insere-se numa

¹¹⁹ Ao discorrer sobre a degradação institucional provocada pela Operação Lava-Jato, Leonardo Avritzer refere que “o segundo momento da Lava Jato tem, portanto, características diferentes do primeiro. A prisão dos empreiteiros teve como objetivo principal chegar aos membros do sistema político, que Moro considera o principal objetivo da operação, como o mesmo declara em seu texto sobre a operação ‘Mãos Limpas’ da Itália, publicado em 2004. Assim, a Lava Jato parou de mirar a corrupção na Petrobrás e passou a ter uma estratégia de criminalização seletiva do sistema político.” (AVRITZER, 2018, p. 40).

tendência mundial de se exigir que a atividade política seja mais transparente, mais eficiente e menos corrupta. A questão central é que esse processo de mudança deve ocorrer no âmbito da própria Política, num processo gradual de aprendizado e de amadurecimento das instituições democráticas, especialmente do Poder Legislativo. O problema está em transferir aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário o papel constitucional de melhorar a qualidade da democracia e promover a renovação de lideranças políticas, subvertendo o princípio da harmonia e da separação de poderes.

Tese central o item 3.3: A democracia é compatível com as normas informais de conduta quando essas normas reforçam as Constituições escritas e estão alinhadas com o alcance dos seus objetivos. Ocorre que, no ímpeto de se combater a corrupção e de se acabar com a impunidade de políticos envolvidos em práticas ilícitas (respostas institucionais necessárias), há uma pressão dos sistemas social e jurídico para uma mudança de paradigma no desempenho da função legislativa, de modo que normas informais de conduta consolidadas na Política passaram a constituir categorias ilícitas para o Direito, especialmente para o Direito penal, sem previsão legal expressa e com aplicação retroativa, em flagrante violação ao devido processo legal e a garantias e direitos fundamentais.

3.4. Processo legislativo, emendas parlamentares e mercancia da função pública

A Criminalização da Função Legislativa produz no imaginário da sociedade a ideia de que o Poder Legislativo é um “balcão de negociatas”, onde quem paga mais, ganha mais. Empresários são corruptores e parlamentares são corruptos. O Poder Legislativo deixa de ser um poder de representação política de cidadãos, estados e Distrito Federal, bem como o espaço de internalização de divergências e de formação de consensos mínimos para a tomada de decisões políticas fundamentais, como, por exemplo, as reformas estruturantes (previdência, política, tributária etc.).

Nesse cenário, o processo legislativo é o *locus* principal da *mercancia da função pública*. Cada proposição legislativa apresentada, cada emenda parlamentar, a atuação e a orientação de cada Líder, as negociações de bastidores, as reuniões do Colégio de Líderes, os requerimentos de urgência e de destaque, tudo tem a aparência de “moeda de troca” por dinheiro (propina, caixa um ou caixa dois). O parlamentar

vende “acessos e influências” (*stream of benefits*), e vende também seus atos legislativos (*quid pro quo*).

Neste item, pretende-se distinguir a mercancia da função legislativa da observância de normas de conduta, previstas em regimentos ou consolidadas pela prática, que são complementares e indispensáveis para a negociação e a formação de compromissos no âmbito da política, e que têm o propósito de viabilizar os processos de tomada de decisão segundo o interesse público, e não segundo interesses espúrios. Em outras palavras, busca-se demonstrar que a aproximação do parlamentar com segmentos da sociedade civil e que o desempenho do mandato visando a aprovação de proposições legislativas de interesse de eleitores são condutas permitidas (e mesmo desejáveis) no espectro político e que, à guisa de outros elementos de ilicitude, não podem ser criminalizadas.

Ao analisar a relação entre dinheiro, eleições e poder no sistema político brasileiro, Bruno Carazza utiliza a delação premiada de Marcelo Odebrecht, mais especificamente a alegação de que teria disponibilizado cinquenta milhões de reais ao Partido dos Trabalhadores (PT) para a aprovação de uma medida provisória no ano de 2009, cujo objeto seria a negociação de dívidas decorrentes da extinção do benefício do crédito-prêmio do IPI, como exemplo da defesa de interesses privados perante parlamentares e da mercancia da função legislativa que teria se estabelecido no Congresso Nacional. Nas palavras de Carazza (2018, p. 140):

A história do pagamento pode não ser verdadeira – Guido Mantega a chama de “peça de ficção” e de “grande mentira”, negando ter feito qualquer tipo de acerto com a empreiteira para facilitar a aprovação da norma. Mas se as narrativas dos dois personagens divergem a respeito do pagamento da propina, ambos reconhecem as amplas negociações realizadas durante a tramitação da medida. E elas revelam como agentes privados transitam facilmente nos escritórios dos poderes Executivo e Legislativo buscando ter seus pleitos contemplados enquanto se produzem as leis brasileiras.

O efetivo pagamento pela edição da medida provisória não restou comprovado, havendo divergências entre datas e entre atos legislativos, porque o governo, à época, editou duas medidas provisórias, uma delas que tratou do parcelamento geral de dívidas tributárias das empresas, com abatimento de multas e

juros (o Refis da Crise) e, posteriormente, outra que possibilitou o parcelamento da dívida do crédito-prêmio do IPI, com abatimento de multa e juros de mora.

O aspecto relevante da citada passagem é que o autor atribui uma valoração negativa, e mesmo de imoralidade ou ilicitude, às intensas negociações realizadas entre segmentos do empresariado e representantes dos Poderes Executivo e Legislativo durante a tramitação das proposições legislativas.

Com a (necessária) ressalva da imoralidade e da ilicitude da venda de medidas provisórias, projetos de lei, emendas parlamentares etc., que exigem a *troca de uma coisa por outra* (o *quid pro quo*), o acesso e a utilização de meios legais para influenciar a decisão de agentes políticos é prática normal nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A participação dos interessados em processos legislativos, administrativos e judiciais não só é permitida, como é uma exigência de validade da decisão final.

Os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição) exigem que todos os potencialmente afetados pelas decisões proferidas em processos administrativos e judiciais sejam previamente ouvidos e tenham a possibilidade de apresentar argumentos e convencer as autoridades decisórias. Partes, interessados e advogados atuam nos processos administrativos e judiciais para defender interesses, próprios ou de seus constituídos, o que inclui a audiência com a autoridade decisória, ou seja, o acesso e a possibilidade de influenciar o resultado pelo melhor argumento.

Ainda que não haja expressa previsão constitucional, a mesma razão deve ser aplicada aos processos políticos de tomada de decisão, cuja legitimidade será maior quanto maior forem as possibilidades de participação e de influência dos cidadãos e da sociedade civil organizada. O processo legislativo é um espaço de diálogo entre representantes e representados. É o instrumento principal de que dispõe o parlamentar para defender os interesses de seus eleitores, ou de parte deles, transformando essa demanda em regulação.

Sob essa perspectiva, a negociação do governo e dos parlamentares com empresas em torno de questões tributárias que têm o potencial de afetar diversas empresas nacionais (como o Refis e o crédito-prêmio do IPI), com impacto direto no desempenho da economia e no mercado de trabalho, é conduta normal, legítima e, por si só, não pode ser transformada em prática imoral ou ilícita.

No exemplo citado, os próprios personagens envolvidos relatam que houve um movimento de várias empresas pressionando por uma solução governamental para o problema da dívida, porque havia risco de quebra, e que a discussão acabou resultando no Refis geral, benefício fiscal para todas as empresas.¹²⁰ Não houve comprovação de pagamento em troca da edição da medida provisória, ou de sua aprovação no Congresso Nacional, tampouco evidência de que as decisões políticas favoreceram apenas uma ou algumas empresas, em detrimento de outras, a denotar abuso de poder por desvio de finalidade.

As decisões tomadas são criticáveis na perspectiva de terem sido, ou não, a melhor escolha política para o momento: permitir o parcelamento de dívidas fiscais, abonando em percentual excessivo as multas e juros incidentes, já que a União renunciou a parte significativa de sua receita, que poderia ter sido empregada na execução do seu orçamento anual, sabidamente deficitário.

Não obstante, o acesso a agentes políticos, a defesa de interesses e a possibilidade de influenciar as decisões políticas são condutas que estão em consonância com a Constituição Federal, com as normas que regem o processo legislativo e com as normas informais que viabilizam a negociação e a construção de compromissos para a aprovação de matérias no Parlamento.

Da mesma forma, a apresentação de emendas parlamentares, requerimentos de urgência ou de destaque para a defesa de interesses de segmentos do eleitorado, sem que constituam contraprestação ao recebimento de dinheiro ou outra vantagem indevida, são ações parlamentares que encontram previsão regimental, são recorrentes no processo legislativo e não podem ser criminalizadas pelo Direito. E, nesse caso, as doações de empresas (antes do julgamento da ADI nº 4650, em 17/09/2015, que reconheceu a inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas) e diretores para o financiamento de campanhas eleitorais, sejam realizadas oficialmente ou por caixa dois, não podem ser consideradas contraprestação para fins de tipificação do delito de corrupção passiva, porque, à época da campanha

¹²⁰ Carazza reproduz trecho da delação de Marcelo Odebrecht: “Houve uma negociação do governo com várias empresas. E durante essa negociação, nós éramos das empresas mais afetadas. Acho que tinham dez ou quinze empresas muito atuantes. [...] Então essas empresas se reuniram, mas o que começou com essa discussão acabou virando um Refis geral, para todas as empresas.” E, continua o autor: “Guido Mantega, por sua vez, separa os temas do crédito-prêmio e do Refis da Crise. Na sua versão, as empresas exportadoras estavam pressionando por uma solução governamental para o problema da sua dívida desde que perderam a disputa nos tribunais. ‘Esses empresários tentavam negociar com o governo uma saída. Eles queriam que a gente abonasse, fizesse alguma medida que pudesse eliminar esses 50, 60 bilhões [de reais]. Eles diziam que iam quebrar, que não sei o quê e tudo mais.’” (2018, p. 143).

eleitoral, ou seja, antes da confirmação da eleição, constituiriam obrigação futura e incerta.

Ademais, o financiador de campanha eleitoral tem a legítima expectativa de que, uma vez eleito o candidato financiado, atuará para a defesa dos valores, ideologias e interesses compartilhados e que inicialmente fundamentaram a aproximação e o apoio, inclusive financeiro, à candidatura. Essa relação entre representante e representados é inerente à representação política e ao exercício do *lobby*, conforme será aprofundado no item 6.

De outro lado, o recebimento de dinheiro ou outra vantagem indevida como contrapartida à apresentação de emendas ou outro ato próprio do processo legislativo configura mercancia da função pública, uma vez que a defesa de interesses dos representados (inclusive no processo legislativo) é competência que decorre do exercício do cargo eletivo e que, portanto, não pode ter sua prática condicionada à remuneração dos eleitores beneficiados, o que representaria efetiva comercialização do exercício do mandato.

Com o propósito de investigar se a oferta de emendas a medidas provisórias está sujeita a influências empresariais, Carazzo (2018, p. 169-170) analisou dados da Câmara dos Deputados entre setembro de 2001 e dezembro de 2014 relacionados a emendas apresentadas a medidas provisórias em que havia expressa referência ao setor produtivo beneficiado, cruzando dados do Tribunal Superior Eleitoral para saber se o parlamentar que apresentou a emenda teve sua campanha eleitoral financiada por esse segmento. Como resultado, apurou que 55% (cinquenta e cinco por cento) das emendas que explicitamente indicavam o benefício a algum setor foram apresentadas por deputados cujas campanhas foram financiadas com recursos desse setor. E ao longo das três legislaturas analisadas, verificou que houve um aumento de 61% (sessenta e um por cento) na segunda legislatura (60,8%), mantendo-se esse patamar elevado, embora com pequeno decréscimo, na terceira legislatura (57,4%).

A pesquisa realizada é inserida entre referências a casos de pagamento de propina em troca de emendas parlamentares, extraídos das delações premiadas de Lúcio Funaro e Joesley Batista no âmbito da Operação Lava-Jato. Ao comentar os dados da pesquisa, Carazza afirma (2018, p. 170):

Esses números revelam que, quando uma emenda destinada a regular determinado setor é proposta, na maioria das vezes ela partiu de um

parlamentar que recebeu doações de uma empresa que será beneficiada pela medida. Trata-se, portanto, de uma evidência de que na maioria dos casos a atuação do parlamentar não é desinteressada, mas movida pela defesa de direitos dos financiadores de campanha.

Se tais resultados já são surpreendentes, um alerta; essa relação entre comportamento parlamentar e financiamento de campanhas pode ser ainda mais íntima. [...]

A construção do argumento do autor induz à conclusão de que a apresentação de emendas que beneficiem um setor produtivo por parlamentares cujas campanhas foram financiadas por esse setor produtivo é indício (ou evidência) de mercancia da função pública. Tal compreensão, contudo, criminaliza o exercício da função legislativa e desconsidera por completo a natureza parcial da representação política.

Aderindo-se a essa lógica, a mercancia da função pública deve ser também estendida aos parlamentares da bancada evangélica, da bancada da bala, da bancada rural e a todos os parlamentares que estão ideologicamente vinculados a uma pauta e que, direta ou indiretamente, foram financiados ou apoiados em suas candidaturas por empresas, associações, organizações, cidadãos, ainda que dentro dos limites legais. Sob esse prisma, todos os parlamentares exercem seus mandatos em retribuição aos votos e ao apoio recebido e, conseqüentemente, negociam a função pública.

Ademais, nos casos concretos citados e que foram objeto de investigação na Operação Lava-Jato, há sempre a alegação de que houve o pagamento de propinas vultosas em contrapartida à apresentação de emendas parlamentares. Ou seja, muito embora Carazza utilize o financiamento de campanha como evidência da mercancia da função pública, os exemplos citados têm como elemento fundamental a troca imediata de uma emenda parlamentar por dinheiro, o *quid pro quo*, o que efetivamente configura o delito de corrupção passiva e deve ser objeto de responsabilização no âmbito do Direito.

Associar a defesa de interesses à mercancia da função pública torna inviável a representação política e, por arrastamento, a existência dos partidos políticos, considerados fundamentais em nosso sistema democrático. O fato de que “na maioria dos casos a atuação do parlamentar não é desinteressada, mas movida pela defesa de direitos dos financiadores de campanha” denota o normal funcionamento da democracia, porque uma parcela importante do que os parlamentares fazem é buscar

soluções legislativas para resolver os problemas e melhorar a qualidade de vida dos seus eleitores.

No Brasil, com o fim do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, está-se diante de um momento de transição da relação entre poder econômico e poder político. Parte do volume de recursos do financiamento privado transferiu-se para formas públicas de financiamento de campanhas eleitorais, com a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (Lei nº 13.487/2017) e com o aumento ou flexibilização da destinação dos recursos do Fundo Especial de Assistência aos Partidos (Lei nº 9.096/1995). A relação entre representantes e financiadores de campanhas eleitorais deve sim ser analisada numa perspectiva crítica, para evitar práticas clientelistas que resultam em flagrante desvio de finalidade na definição de critérios públicos para a formulação e a distribuição de políticas públicas.

Não se pode ignorar, de outro lado, que cada escolha política contempla em si uma exclusão, uma definição das prioridades públicas que serão contempladas no orçamento anual e mesmo durante todo o governo e das necessidades que não serão contempladas pela escassez de recursos públicos. Essas decisões políticas não são neutras e atendem sempre a uma parcela ou segmento dos representados. Incentivos à indústria nacional, incentivos às exportações, reforma da previdência, reforma administrativa, descriminalização da maconha, descriminalização do aborto, redução da maioria penal, elevação de penas e imprescritibilidade de delitos, redistribuição de renda por meio de projetos sociais como o Bolsa Família etc. As escolhas políticas, com raras exceções, resultam de formações momentâneas e contextualizadas de consenso entre atores políticos relevantes, que, para aquele fim específico, agem em prol da efetivação de interesses de parte do seu eleitorado, e muitas vezes contrariamente a outra parcela significativa de apoiadores.

Como será melhor analisado no item 6, a pluralidade de visões de mundo e de interesses faz com que a escolha do candidato se dê por afinidade em pautas ideológicas específicas, não se exigindo total convergência de ideias e objetivos entre representantes e representados. Sob esse prisma, a representação política deve ser compreendida como processos de entendimento e desentendimento que se prolongam durante o exercício do mandato e que muitas vezes vão colocar o representante e o representado em lados opostos, sem que haja a perda da legitimidade da representação política outorgada.

Nesse contexto, a parcialidade da representação política, ou seja, a defesa de interesses de parte dos representados, ainda que em contraposição aos interesses de outra parte, deve ser balizada por instrumentos também políticos de controle, como a transparência e a existência de critérios públicos (que visem o interesse público) para a formulação e a distribuição de políticas públicas, ainda que dirigidas a um segmento específico de cidadãos ou a um setor produtivo.

A associação do processo legislativo à mercancia da função pública enfraquece o poder político do Parlamento e contribui para desgastar a imagem dos legisladores e, além de não melhorar a qualidade da representação política, fomenta um processo autoritário de desinstitucionalização, como se fosse possível, para uma democracia constitucional, prescindir do Poder Legislativo e de seus representantes. As críticas à instituição e aos seus membros devem conduzir, em democracias saudáveis, ao aperfeiçoamento das instituições e a novas práticas, não a sua degradação.

No Estado Democrático de Direito, o processo político-legislativo é um espaço fundamental em que os argumentos políticos, morais, econômicos, sociais e pragmáticos são confrontados e traduzidos para o sistema do Direito, produzindo normas jurídicas que vão regular a vida em sociedade com um mínimo de estabilidade. Equalizar divergências por meio da negociação e construir compromissos é da essência do Poder Legislativo e é da essência dos regimes democráticos.

Nessa perspectiva, a atuação do parlamentar no processo legislativo deve ser dotada de ampla margem de discricionariedade, denotando-se uma incompreensão das regras formais e informais de conduta que regem a atividade política a criminalização da função legislativa por acessos e influências entre representante e representados ou entre representante e integrantes do governo, bem como pela defesa de interesses de parte dos representantes no processo legislativo. A responsabilidade jurídica deve ficar adstrita à efetiva mercancia da função pública, ou seja, à comprovação do *quid pro quo*. Eventuais excessos não abarcados pelo Direito Penal devem ser analisados no âmbito do sistema da política, que dispõe de mecanismos próprios de controle e de reequilíbrio de forças, sem inviabilizar o processo político.

Tese central o item 3.4: O acesso a agentes políticos, a defesa de interesses e a possibilidade de influenciar as decisões políticas são condutas que estão em consonância com a Constituição Federal, com as normas que regem o processo legislativo e com as normas informais que viabilizam a negociação e a construção de

compromissos para a aprovação de matérias no Parlamento. O financiamento de campanhas eleitorais não pode ser confundido com a mercancia da função pública, porque esta tem como elemento fundamental a troca imediata de um ato legislativo (uma emenda parlamentar, por exemplo) por uma contraprestação definida, o *quid pro quo*, o que efetivamente configura o delito de corrupção passiva e deve ser objeto de responsabilização no âmbito do Direito.

3.5. Partidos políticos pragmáticos, campanhas eleitorais e corrupção

A crise de legitimidade das democracias representativas e o fenômeno da criminalização da política estão também relacionados ao enfraquecimento dos partidos políticos enquanto instituições fundamentais para o regime democrático e para o exercício da representação política.

A noção de partido político está intrinsecamente ligada à liberdade de associação e de expressão de cidadãos que compartilham valores e compreensões de mundo e se organizam para influenciar os rumos políticos do país. Nesse sentido, os partidos políticos são órgãos constitutivos do poder político e devem existir para o alcance de objetivos públicos. Têm um papel importante na formação de bases eleitorais, mas principalmente na educação e na politização dos cidadãos e na formação de lideranças políticas para a continuidade do processo democrático.

Quando os partidos políticos deixam de funcionar como mediadores do sistema social e do sistema político, ou seja, quando deixam de encaminhar as necessidades e as demandas dos grupos que representam para o debate na esfera pública, pressionando por políticas públicas inclusivas, reduz-se significativamente a confiança nas instituições democráticas, dentre elas os partidos políticos.

A *responsividade*, na perspectiva de apoio difuso às instituições de representação,¹²¹ é avaliada a partir da aceitação e do apoio às regras e às instituições democráticas. No caso brasileiro, a responsividade difusa pode ser avaliada a partir da confiança dos cidadãos nos partidos políticos e no Congresso Nacional. Na pesquisa

¹²¹ “A responsividade pode ser mensurada por meio de indicadores conhecidos em estudos de cultura política já bastante discutidos em termos de apoio difuso e específico nas instituições de representação (Norris, 1999; Moisés, 2010). O apoio difuso corresponde a indicadores de consolidação democrática, na medida em que se refere à aceitação e ao apoio às regras e instituições democráticas, enquanto o apoio específico, lido aqui em termos de responsividade, diz respeito à presença de atitudes e comportamentos dos cidadãos que confirma a satisfação com a democracia, ou com os resultados produzidos pelo regime (Morlino, 2010a).” (CARNEIRO, 2014, p. 35)

Grau de Confiança nas Instituições realizada pelo Instituto de Pesquisa Datafolha em julho de 2019 (DATAFOLHA, 2019), os partidos políticos e o Congresso Nacional continuam sendo instituições pouco confiáveis na percepção dos brasileiros, apesar da renovação política significativa ocorrida nas eleições de 2018. Apenas 4% confiam muito, 36% confiam um pouco e 58% não confiam nos partidos políticos. Das instituições avaliadas, os partidos políticos são a menos confiável.

O resultado da pesquisa denota que a crise da democracia representativa brasileira possui uma interface com a crise do sistema partidário, ou seja, os cidadãos não se sentem representados pelos políticos e não reconhecem nos partidos políticos uma instituição que seja capaz de dar vazão às diversas demandas políticas, sociais e econômicas, contribuindo efetivamente para a melhora dos processos democráticos ou para a melhora de sua qualidade de vida.

À ineficiência do sistema político somam-se os escândalos de corrupção que abarcam políticos, empresários e partidos políticos, colocando estas instituições como centrais no processo de arrecadação e distribuição de propinas. Na narrativa da Operação Lava-Jato, os partidos políticos têm viés altamente pragmático e assumem a função de negociar cargos estratégicos no governo e em estatais com o objetivo de desviar recursos públicos, sejam eles destinados às campanhas eleitorais ou ao enriquecimento ilícito de agentes políticos.

Ao analisar as colaborações premiadas realizadas por executivos das empresas Odebrecht, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez S.A. e UTC no âmbito da Operação Lava-Jato, Carazza afirma que o financiamento das campanhas eleitorais não tem qualquer afinidade ideológica e que o empresariado tem como política distribuir valores entre vários partidos de situação e de oposição, de esquerda e de direita, de modo a não ser surpreendido com o resultado das urnas (2018, p. 65).

Para reforçar a tese de que os partidos políticos são orientados por puro pragmatismo, o autor analisa as doações a campanhas eleitorais feitas por grandes empresas brasileiras nas eleições entre 1994 e 2014 e conclui que as doações são direcionadas a partidos e candidatos que têm reais chances de vitória, tendo em vista as oportunidades futuras de negócio atreladas ao Estado. Eis, em síntese, a ideia do autor (CARAZZA, 2018, p. 75):

Essa evidência de que os recursos do financiamento eleitoral migram desse para aquele candidato de acordo com suas chances de vitória confere

fundamento estatístico para o sentimento expresso pelos executivos da Odebrecht, UTC, Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa: o fluxo do dinheiro não tem nada de ideologia, mas sim um claro pragmatismo no qual o que interessa é estar do lado do time vencedor – seja ele qual for.

Com o seu estudo, Carazza pretende desvelar a relação perniciosa que se estabelece entre os partidos políticos e o empresariado e que cria um círculo vicioso entre financiamento de campanhas e benefícios estatais como contratos administrativos, isenções tributárias, financiamentos públicos etc.¹²² Essa é, em alguma medida, a tese subjacente às investigações deflagradas na Operação Lava-Jato, em que os contratos da Petrobrás e suas subsidiárias seriam superfaturados e permitiriam o desvio de recursos públicos por meio do pagamento às empresas contratadas, recursos esses que retornariam aos partidos políticos pelo pagamento de propina ou pelas doações eleitorais (caixa um ou caixa dois).

Sob a perspectiva democrática, a tese de que os partidos políticos se tornaram instituições especializadas na prática de corrupção e de lavagem de dinheiro deve ser analisada de modo crítico. Há que se fazer uma distinção importante entre o apoio e o financiamento de campanhas eleitorais, sem a promessa de contraprestação, e os atos de corrupção e lavagem de dinheiro propriamente ditos. Explica-se. A influência

¹²² Também nesse sentido, há estudo do autor sobre o financiamento de campanhas eleitorais e a composição das comissões temáticas da Câmara dos Deputados. Em relação às comissões permanentes, o autor sustenta que há “uma clara tendência de que as principais Comissões da Câmara sejam dominadas por parlamentares que receberam maiores doações de setores que têm grande interesse nos assuntos que compõem seu rol de competências. Os gráficos e tabelas desta seção demonstram que há um nítido viés de seleção de Comissões de perfil mais geral, porém de papel estratégico para a economia (Finanças e Tributação, Constituição e Justiça, Relações Internacionais), nas Comissões setoriais e também nas Comissões que tratam de interesses difusos, pois podem ter impacto negativo sobre os lucros desses setores” (2016, p. 18). E, quanto às comissões temporárias, o autor afirma que há “um aprofundamento da relação entre contribuições de campanha e participação nas comissões que tratam de temas de interesse para as empresas que proveram recursos a seus integrantes. Esses números indicam que a percepção de que o processo de concepção de normas brasileiras vem recebendo cada vez mais influência de agentes que possivelmente serão seus destinatários” (2016, p. 21). A análise do autor não ignora que a composição das comissões também observa uma lógica baseada na lealdade dos membros à posição do partido e na especialização prévia dos parlamentares nos assuntos a serem discutidos. Entretanto, Carazza parece desconsiderar por completo o conceito de representação política ao descrever a relação entre financiadores de campanha eleitoral e a atividade legislativa dos parlamentares nas comissões. A conclusão do autor, no sentido de haver evidências de que “a produção legislativa brasileira poder ser influenciada pela atuação de grupos de interesses econômicos” (CARAZZA, 2016, p. 23), pode ser objetada por ao menos duas razões: a primeira, de ordem metodológica, refere-se à insuficiência de dados para a conclusão, uma vez que a análise considerou tão somente a composição das comissões, e não a quantidade de proposições legislativas e a respectiva taxa de sucesso; a segunda, de ordem conceitual, refere-se ao fato de que os parlamentares que integram as Frentes Parlamentares assumem essa posição justamente porque estão comprometidos com a defesa daqueles interesses desde o momento da campanha eleitoral, e a efetividade da representação política exige que eles exerçam o seu mandato, inclusive integrando as comissões temáticas, para trazer ao debate público as necessidades e os interesses do segmento representado pela Frente Parlamentar.

do dinheiro nas eleições é um fato inquestionável, e mesmo de conhecimento público e notório, simplesmente porque os custos das campanhas eleitorais são altíssimos e esse dinheiro tem que ter alguma origem, pública ou privada (em outras palavras, alguém tem que pagar essa conta).

Até as eleições de 2014, o ordenamento jurídico brasileiro admitia o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas¹²³ e, como atores diretamente impactados por decisões governamentais de política econômica, era perfeitamente legítimo que segmentos do setor produtivo financiassem campanhas eleitorais e buscassem, durante o exercício do mandato, formas de acesso e de influência perante atores políticos para a defesa de seus interesses. Como será aprofundado no item 3.3., o patrocínio de interesses está na essência da representação política.

O problema, portanto, não estava no financiamento de campanhas eleitorais por grandes empresas e na expectativa legítima de que as decisões políticas futuras atendessem a seus interesses ou necessidades. Isso é, aliás, o que faz todo o cidadão que apoia e financia um candidato: tem a legítima expectativa de que o mandatário, caso eleito, defenda suas pautas, sejam elas relacionadas a direitos civis, educação, saúde, meio ambiente, agricultura, segurança pública, serviços, indústria etc.

O problema está (e sempre esteve) na mercancia da função pública. O financiamento de campanha com a promessa de vantagem indevida específica, ainda que futura, caracteriza o delito de corrupção passiva. O desvio de finalidade na atividade legislativa para beneficiar uma ou algumas empresas em detrimento de outras empresas do mesmo segmento produtivo, em flagrante restrição da competitividade, caracteriza infração à ordem econômica.

De outro lado, o comportamento das grandes empresas brasileiras de realizarem doações *oficiais* (e, portanto, transparentes) aos partidos políticos e aos candidatos que tivessem efetivas chances de vitória nas urnas, com a legítima expectativa de garantir acesso e influência para a defesa de seus interesses, como segmento produtivo importante da economia brasileira, e à revelia de outro elemento que possa indicar violação à legislação eleitoral ou penal, é comportamento que estava abarcado pelas regras do jogo democrático.

¹²³ A inconstitucionalidade desse financiamento foi reconhecida no julgamento da ADI n. 4650 pelo STF, em 17 de setembro de 2015 (BRASIL, 2015).

As empresas, enquanto atores do mercado, não tem ideologia político-partidária. Tem apenas interesses e objetivos a serem alcançados. Podem apoiar programas e projetos sociais, mas não têm militância partidária. Os partidos políticos, de outro lado, são fundados a partir de um conjunto de princípios e objetivos. Possuem um viés ideológico, mas também um viés pragmático e uma necessidade de arrecadação de recursos para a sua manutenção e para o financiamento das campanhas eleitorais. A subvenção pública dos partidos políticos (no Brasil, o fundo partidário) resulta de uma constatação histórica de que o poder público deve contribuir para a manutenção dessas instituições enquanto pilares fundamentais dos regimes democráticos.

Sob esse prisma, a relação que se estabelecia entre partidos políticos e empresas no financiamento de campanhas eleitorais era uma relação de convergência de propósitos, mas não era *a priori* uma relação ilícita por conter em seu objeto a transferência de recursos, desde que em conformidade com a legislação eleitoral. Tampouco se extrai qualquer ilicitude, ou mesmo imoralidade, do fato de as empresas financiarem diferentes partidos políticos e candidatos. Ao contrário, o financiamento oficial de distintos partidos políticos dilui a influência do poder econômico entre os concorrentes, mantendo certa *paridade de armas* na campanha eleitoral. A influência do poder econômico ficaria muito mais evidente se os milhões de reais fossem direcionados exclusivamente a um partido político e a um candidato, ao invés de serem divididos entre os candidatos em frações proporcionais ao seu desempenho nas pesquisas eleitorais.

Portanto, a ideia de que o financiamento de campanha eleitoral das empresas sustentava-se no pragmatismo, e não na ideologia, apenas reafirma um comportamento esperado de um agente econômico e perfeitamente razoável à luz do princípio democrático. Considerando o custo das campanhas eleitorais, não há como afastar a influência do poder econômico nas eleições. Ao contrário, há que se encontrar mecanismos de regulação que possam minimizar essa influência e garantir, na maior medida possível, a igualdade entre os candidatos.

Tanto é assim que, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, houve imediata reação do sistema político com a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas (Lei nº 13.487/2017), que tem natureza pública e cujo

volume de recursos tem crescido exponencialmente.¹²⁴ E os recursos do fundo eleitoral, à semelhança dos recursos do fundo partidário, não são distribuídos de forma igualitária entre os partidos políticos e candidatos ao pleito. A maior parte dos recursos é distribuída aos partidos políticos com representação na Câmara dos Deputados, observado o critério da proporcionalidade.

Vê-se, portanto, que em qualquer modelo de financiamento de campanha eleitoral (privado, público ou misto), não há como afastar a influência do poder econômico, tampouco a imperiosidade de recursos privados e/ou públicos para custear a corrida eleitoral. Aliás, a comparação entre o volume de recursos doados por pessoas jurídicas (partidos políticos e empresas) nas eleições de 2014 (3,7 bilhões de reais)¹²⁵ e o volume de recursos do fundo especial para o financiamento eleitoral de 2018 (mais de 1,7 bilhão de reais)¹²⁶ e de 2020 (3,8 bilhões de reais, segundo aprovado na Comissão Mista de Orçamentos), sem considerar os recursos do fundo partidário, comprova que houve apenas uma transferência quanto à origem dos recursos, mas que o poder econômico continua a exercer papel determinante no sistema eleitoral.

Isso sem considerar o aumento do autofinanciamento de candidatos, o que também constitui fator de desequilíbrio na disputa eleitoral, e as doações não oficiais, o conhecido “caixa dois”, que devem se intensificar com a vedação ao financiamento de campanhas por pessoas jurídicas.

Questões complexas como o *custo da democracia* não são resolvidas por alterações pontuais do sistema eleitoral, muito menos quando essas alterações advêm da intervenção indevida de outro poder da República, especialmente do Poder Judiciário. A relação entre poder econômico e eleições se estabelece em dimensão antecedente à relação entre empresas e partidos políticos. A decisão de viabilizar ou não o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas consubstancia uma decisão política, e não uma decisão jurídica a respeito da constitucionalidade da participação no processo eleitoral de quem não possui capacidade eleitoral ou influencia o processo eleitoral sem um viés ideológico determinado.

¹²⁴ A Comissão Mista de Orçamento aprovou no dia 04 de dezembro de 2019 o relatório do deputado Domingos Neto (PSD-CE) que eleva para R\$ 3,8 bilhões o valor do fundo público eleitoral, responsável por cobrir os gastos das candidaturas nas eleições municipais. O governo previa R\$ 2 bilhões. O aumento sugerido pelo relator foi um pedido de 13 partidos (PT, PSDB, MDB, PSL, PSD, Solidariedade, DEM, Republicanos, PSB, PDT, PTB, PP e PL). De acordo com ele, deputados e senadores dessas legendas se comprometeram a apoiar dobrar o valor sugerido pelo governo (CONGRESSO EM FOCO, 2019a).

¹²⁵ (UOL, 2015).

¹²⁶ (TSE, 2018).

O processo democrático é constantemente influenciado por diversos atores que não os cidadãos. Aliás, há maiores chances de acesso e influência para a defesa de interesses quanto maior o nível de organização da sociedade civil, de modo que sindicatos, associações, institutos, confederações, organizações não governamentais, entre outros, são fundamentais para o aprofundamento do debate de questões públicas relevantes, ainda que não disponham de capacidade eleitoral ativa ou passiva.

Há que se compreender que a representação política não está mais necessariamente vinculada à afinidade ideológica, mesmo para os cidadãos. Em sociedades plurais e altamente complexas, tem-se a convivência de visões de mundo distintas, e muitas vezes conflitantes. A ideologia político-partidária, embora relevante para uma parte do eleitorado, não é determinante para outra parcela significativa. A representação política contemporânea está associada a interesses intersubjetivamente compartilhados, ainda que eleitores e candidatos tenham divergências fundamentais quanto a posições políticas e ideológicas.

Sabe-se, ademais, que a excessiva fragmentação partidária e a necessidade de formação de uma base aliada no presidencialismo de coalizão brasileiro incentivam o agir estratégico dos partidos políticos em detrimento do viés ideológico. Significa dizer que o viés estratégico, consubstanciado na ocupação de espaços de decisão no governo e na distribuição de cargos, tem sido preponderante no comportamento dos partidos políticos no presidencialismo de coalizão brasileiro, em detrimento do viés ideológico, que continua a existir, mas que muitas vezes cede espaço para a formação da maioria legislativa.

Essa característica dos partidos políticos, de agir movidos ora pela estratégia, ora por princípios, é própria dos incentivos, dos interesses e das oportunidades da política, no Brasil e nos demais países democráticos, e não pode, por si só, ser considerada uma prática ilícita ou ilegítima.

Nesse sentido, criminalizar o financiamento *oficial* de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas e o pragmatismo dos partidos políticos e dos candidatos na busca de recursos para as campanhas eleitorais não oferece soluções adequadas para o problema do custo das campanhas eleitorais, além de reforçar a desconfiança nas instituições democráticas e nos políticos, como se toda forma de interação entre parlamentares e segmentos do setor produtivo fossem imorais, ilegais e indesejáveis, quando, na perspectiva da melhora da qualidade da democracia, o que se busca é o aumento da interação entre representantes e representados, mediante canais formais e

informais de acesso e de influência, e o aumento da transparência e dos mecanismos de controle desse *lobby*.

A conclusão apresentada na obra *Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sobre financiamento político*, organizada por Elin Falguera, Samuel Jones e Magnus Ohman, coloca em perspectiva adequada o enfrentamento da relação entre dinheiro, poder político e eleições (2015, p. 458):

Dinheiro e política estão intimamente ligados; a maneira com que partidos e candidatos acessam seu financiamento afeta muito como funciona o sistema político e como a política democrática é conduzida. Como reiterado em todo este volume, o dinheiro é necessário para a democracia funcionar bem, e ajuda a fortalecer os seus componentes fundamentais, estabelecer organizações partidárias sustentáveis e oferecer a oportunidade de competir em (mais) igualdade de condições. No entanto, ele também coloca sérios desafios e ameaças para o processo político — por exemplo, a influência perniciosa de dinheiro das drogas na América Latina, a enorme influência corporativa sobre a política na Ásia, as redes clientelistas na África ou o abuso de recursos estatais na Europa. Portanto, dinheiro na política deve ser monitorado e controlado. O desafio para os tomadores de decisões e os políticos é encontrar o equilíbrio certo: limitar os efeitos negativos ao incentivar a consolidação democrática por meio da competição pluralista. Nesse esforço, é importante ver tanto o uso quanto o controle do dinheiro na política como um meio para atingir um fim, e não o fim em si.

Criminalizar a relação entre dinheiro e política significa, em certa medida, criminalizar a democracia e um dos principais processos por meio do qual ela se concretiza, o processo eleitoral. O estudo da relação entre dinheiro, poder político e eleições não pode prescindir da consideração das particularidades de cada país, bem como dos diversos aspectos que influenciam essa relação, a exemplo dos elevados custos das campanhas eleitorais, da falta de legitimidade dos políticos e dos partidos políticos, da necessidade de financiamento privado ou público dos partidos políticos e do processo eleitoral, da existência de fontes ilícitas de financiamento de partidos políticos e de campanhas eleitorais (crime organizado, especialmente vinculado ao tráfico de drogas e de armas, milícias etc.), a distribuição desigual de fundos para financiamento de partidos e de campanhas eleitorais, fragmentação partidária, ausência

ou deficiência de regulamentação do lobby, aumento da transparência e aperfeiçoamento dos mecanismos de *accountability* etc.

Tese central do item 3.5: A relação que se estabelece entre partidos políticos e financiadores de campanhas eleitorais é uma relação de convergência de propósitos, não sendo uma relação ilícita, desde que observada a legislação eleitoral. Tampouco há ilicitude, ou mesmo imoralidade, no financiamento de diferentes partidos políticos e candidatos. Ao contrário, o financiamento oficial de distintos partidos políticos e candidatos dilui a influência do poder econômico entre os concorrentes, contribuindo para a manutenção da *paridade de armas* na campanha eleitoral.

3.6. Representação política, interesses privados e corrupção

Uma das questões mais debatidas atualmente nas democracias é o distanciamento entre representantes e representados (os # Eles não nos representam) e o desvio de finalidade no exercício do mandato para o atendimento de interesses privados ou de segmentos dos representados, normalmente ligados ao poder econômico.

Esse sentimento socialmente compartilhado, e reforçado por investigações de atos ilícitos que ligam parlamentares a grandes indústrias do setor de construção civil e do setor alimentício brasileiro, contribui significativamente para a legitimação do fenômeno da criminalização da função legislativa e para o aumento da pressão nos veículos de comunicação e nas redes sociais para o surgimento de novas formas de representação política, de um lado, e para a responsabilização jurídica de parlamentares (quer-se, a qualquer custo e nessa ordem, a prisão, o processo e a condenação – não o julgamento imparcial), de outro.

A crise de legitimidade das democracias representativas é um fenômeno mundial. Segundo Manuel Castells, a democracia se constrói em torno das relações de poder social que a fundam e vai se adaptando à evolução dessas relações, mas privilegiando o poder que já está cristalizado nas instituições. Por isso, a democracia somente é representativa se os cidadãos pensam que estão sendo representados. A força e a estabilidade das instituições dependem de sua vigência na mente das pessoas. Se for rompido o vínculo subjetivo entre o que os cidadãos pensam e querem e as ações daqueles que elegem e pagam para cuidar do interesse geral, tem-se uma crise de

legitimidade política, ou seja, o sentimento majoritário de que os atores do sistema político não os representam (2018, p. 12).

Ainda que nas democracias liberais, em teoria, o déficit de legitimidade deva se autocorrigir com eleições periódicas, universais e livres, na prática, verifica-se, em muitos casos, que a influência do poder político, do poder da mídia e do poder econômico, já estabelecidos, dificulta a alternância, e mesmo quando esta se verifica, as mudanças efetivas são difíceis de serem produzidas e sentidas pelos cidadãos. As frustrações com o Estado, nos mais diversos níveis, se acumulam.

Esse conjunto de crises não é particularidade do Brasil, mas se reproduz em diversos países democráticos. Conforme pesquisa de Castells, “mais de dois terços dos habitantes do planeta acham que os políticos não os representam, que os partidos (todos) priorizam os próprios interesses, que os parlamentos não são representativos e que os governos são corruptos, injustos, burocráticos e opressivos” (2018, p. 14). Segundo dados do autor, o Brasil está entre os países que possuem os piores indicadores, em análise comparada com outros países em âmbito mundial, tanto em relação à desconfiança nos partidos políticos (83% dos entrevistados), quanto em relação ao índice de confiança pública nos políticos, a partir de pesquisa de opinião com executivos (1,3, considerando uma escala em que 1 indica parâmetros éticos extremamente baixos e 7 indica parâmetros éticos extremamente altos) (CASTELLS, 2018, Dados de apoio).

A crise de legitimidade do Poder Legislativo é agravada pela pluralidade e pela complexidade das sociedades contemporâneas e pela introdução de *um modo de vida digital*, que se desenvolve paralelamente ao mundo real e que está em constante interface com este, e que viabiliza o acesso à informação e a aproximação de pessoas que, mesmo geograficamente distantes, compartilham valores e ideias e se organizam para demandar os poderes públicos e exigir resoluções para problemas locais, regionais e nacionais.

As manifestações ocorridas no Brasil no ano de 2013, que envolveram milhões de brasileiros em mais de cento e trinta cidades,¹²⁷ são um claro exemplo do poder instrumental das redes sociais para a articulação de grupos de interesses. Inicialmente motivadas pelo aumento da tarifa de ônibus na cidade de São Paulo, as

¹²⁷ (REVISTA GALILEU, 2018)

manifestações culminaram por exigir a melhora de serviços públicos e o combate à corrupção e à impunidade.

Restou evidenciado, também em nosso país, que não há mecanismos adequados e suficientes para se produzir uma comunicação inclusiva dos cidadãos e que diversos grupos sociais não se sentem devidamente representados nas instâncias próprias de discussão e deliberação, a exemplo do Parlamento, dos conselhos e dos próprios meios de comunicação (YOUNG, 2006, p. 140).

Essa realidade social conflitiva denuncia a superação do conceito clássico de representação política, sustentado exclusivamente na relação de confiança entre representantes e representados ou na delegação de poder (autorização para tomar decisões políticas em nome dos representados). Considerando que os sistemas eleitorais, em grande parte dos países democráticos, asseguram papel fundamental aos partidos políticos, que se tornam intermediadores da relação entre eleitores e candidatos, e considerando que há um grande distanciamento entre eleitos e eleitores, a confiança, como elemento da representação política, deve ser compreendida como a convergência parcial (e muitas vezes momentânea) de ideias, valores e pautas programáticas apresentadas em campanha, que levam o eleitor a confiar que serão posteriormente defendidas ou priorizadas no exercício do mandato.

A relação de confiança desloca-se do âmbito da vida privada ou da perspectiva pessoal (ou seja, de pessoas que se conhecem, que estão próximas e que compartilham visões de mundo e a mesma posição social e política) para o âmbito da vida pública, sustentando-se em objetivos e programas intersubjetivamente compartilhados, ainda que os eleitores entre si, e mesmo em relação ao eleito, tenham divergências fundamentais quanto ao *modo de vida* e quanto a posições políticas e ideológicas.

Da mesma forma, não mais se admite que o exercício da cidadania se manifeste apenas por meio do voto, em eleições periódicas, sem qualquer instrumento de prestação de contas e de fiscalização por parte dos representados (modelo de delegação). A aproximação virtual permite que os representados conheçam (em tempo real) a atuação de seus representantes, tentem influenciar suas decisões e reajam negativamente quando, em sua percepção, houver quebra de confiança para o exercício do poder outorgado. Trata-se de uma *forma virtual* de “acesso” e de “influência”, ou

seja, de uma nova forma de exercício da representação política que já tem sido incorporada ao desempenho da função legislativa por muitos parlamentares.¹²⁸

Nas sociedades contemporâneas, a representação política somente pode se viabilizar conceitual e pragmaticamente por meio das novas formas de “acesso”, “influência” e “defesa de interesses” de segmentos dos cidadãos representados, os quais não podem ser criminalizados pelo Direito, sob o risco de se agravar ainda mais o déficit democrático. Explica-se.

Os representantes têm eleitores que possuem uma diversidade de modos de vida, interesses, formações, experiências, crenças, e é faticamente impossível conceber a substituição ou a identidade entre representantes e representados. A representação torna-se possível se for compreendida como “um processo que envolve uma relação mediada dos eleitores entre si com um representante” (YOUNG, 20014, p. 148).

A representação política conceitua-se, portanto, como *processos de entendimento entre representante e representados*, atores distintos e plurais, mas que convergem em esforços na busca de soluções para problemas comuns em determinado contexto de tempo e de espaço, ainda que esse processo de entendimento represente, na perspectiva de outros eleitores, um processo de desentendimento e de quebra de confiança.

Significa que o representante se conecta continuamente com segmentos dos seus representados para o debate e o encaminhamento de interesses comuns, ainda que esses interesses possam ser conflitantes com parte dos interesses de outros grupos por ele representados. A inclusão de um segmento de eleitores pelo apoio ou defesa de uma pauta específica representa, de outro lado, a exclusão de outro segmento de eleitores que não compartilha desse interesse, ou muitas vezes é contrário (ou radicalmente contrário) a ele.

Essa dicotomia conexão/desconexão está presente no cotidiano da função legislativa e se manifesta, por exemplo, na aprovação de emendas ao orçamento para o custeio de obras públicas em municípios ou regiões que estão no âmbito de representação do parlamentar (a emenda orçamentária que emprega verba pública para a construção de um hospital no município A é também a negativa da emenda

¹²⁸ Veja-se, por exemplo, que o Senador Jorge Kajuru (PSB-GO) tem se utilizado de sua página no *Facebook* para consultar os eleitores sobre os votos que deve proferir. Na eleição para a Presidência do Senado, realizou uma enquete em que apresentou apenas duas opções de escolha: “anula o voto” ou “votar no senador Reguffe”. Mas acabou apresentando como alternativas a Senadora Simone Tebet (MDB-MS) e o Senador Davi Alcolumbre (DEM-AP), que foi o vitorioso na pesquisa feita pelo Facebook, com mais de 18 mil votos (CONGRESSO EM FOCO, 2019).

orçamentária que destinaria a mesma verba para a construção de uma escola no município B). Também está presente na aprovação de incentivos fiscais ou na concessão de crédito para segmentos produtivos como o agronegócio, a indústria automobilística, a prestação de serviços. Quando da aprovação da reforma da previdência, da reforma tributária, de reforma administrativa etc. Quando são discutidas proposições legislativas que tratam da flexibilização do porte de armas, da liberação de agrotóxicos, do aborto, da descriminalização da maconha etc.

Ao defender uma pauta, o representante está conectado com alguns segmentos dos seus eleitores, mas também desconectado com outra parcela significativa, porque o seu eleitorado tem pontos de convergência ideológica ou interesses, mas também muitos pontos de divergência ideológica ou de interesses.

Nesse contexto, a legitimidade da representação política deve ser resgatada por meio da compreensão de que esses processos simultâneos de *conexão* e *desconexão* são inerentes aos processos democráticos em sociedades altamente complexas e plurais e que, com o desenvolvimento da comunicação digital, esses processos se desenvolvem a partir de formas virtuais de acesso e de diálogo entre representantes e representados, seja para endossar a atuação do parlamentar, conferindo parcial legitimidade a suas opiniões e votos, seja para rechaçar essa atuação, retirando-lhe parcialmente a legitimidade.

É por isso que, segundo Iris Marion Young, o representante inevitavelmente irá se afastar dos eleitores durante o exercício do seu mandato. Mas, de alguma forma, deve se manter conectado a eles, assim como os eleitores devem estar conectados entre si. O problema da representação política é a perda dessa conexão no tempo, sem que haja alternância entre entendimentos e desentendimentos, porque tende à ruptura do vínculo originado com o voto (2004, p. 149-152).

A representação como *conexão* legitima a atuação dos parlamentares em prol de grupos de interesses que representa. Mais do que isso, torna essa atuação aspecto fundamental e indispensável ao aperfeiçoamento da democracia representativa, desde que consiga atender, ao longo do seu mandato, interesses relevantes de significativas parcelas de seu eleitorado. O poder político do representante deve ser distribuído de forma a manter sucessivos pontos de conexão com os segmentos representados. A negligência contínua em relação a alguns segmentos leva à ruptura e, portanto, à deslegitimação.

Portanto, o déficit de legitimidade ou a mercancia da representação política não está no “acesso”, na “influência” e na “defesa de interesses” de representados pelos seus representantes. A relação de parcialidade é inerente (e, portanto, indissociável) à ideia de representação e à construção de uma carreira política (*office seeker*) e, diante de uma sociedade fortemente conectada em rede, deve se adequar e se adaptar a formas virtuais e mais imediatas de responsividade entre eleitos e eleitores.

No mesmo sentido, Eva Kotlánová defende que a promoção de interesses é normal e desejável para o adequado funcionamento dos processos decisórios nas democracias. Entretanto, sustenta a autora que o *lobbying* tem sido crescentemente identificado como uma prática ilegal, negativa, similar ou idêntica à corrupção (2013, p. 72).

Essa associação entre *lobby* e corrupção confere contornos de ilicitude ou de mercancia ao exercício da função legislativa de representação e enfraquece os processos institucionais de tomada de decisão. A defesa dos interesses dos eleitores por meio da apresentação de proposições legislativas, emendas parlamentares, fiscalização por meio de comissões parlamentares de inquérito, realização de audiências públicas, reunião com parlamentares, governadores, ministros e com o presidente da República para tratar de interesses nacionais, regionais ou locais, entre outros, são exemplos cotidianos do exercício legítimo da representação política.

Nesse contexto, tem-se como normal a discussão de “bastidores” sobre o texto das proposições legislativas, inclusive emendas, por todos os atores envolvidos, o que necessariamente abrange os segmentos representados. O parlamentar é um ponto importante de conexão da sociedade civil com as instituições políticas e, sem o acesso e sem a possibilidade de influência dos eleitores nas posições públicas do representante, não há como se sustentar a legitimidade da representação durante o mandato.

O próprio conceito de *lobby* denota a essencialidade do *acesso* e da *influência* no relacionamento entre representante e representados. *Lobby* ou *lobbying* consiste na representação especializada e profissionalizada que fornece elementos técnicos que podem ser importantes, ou mesmo cruciais, na regulação legislativa e administrativa (GRAZIANO, 1998, *apud* KOTLÁNOVÁ, 2013, p. 73). Em outras palavras, *lobbying* é o processo de influenciar políticas públicas e governamentais (MACK, 1989, p. 2).

Segundo Charles Mack, governo, política e *lobby* existem em quaisquer sociedades humanas. O que distingue as sociedades democráticas é a relativa liberdade

e clareza com que essas relações se estabelecem. Não apenas entre grupos de interesse e governos, mas entre governos também. Para o autor (MACK, 1989, p. 02):¹²⁹

Lobby envolve a defesa, por indivíduos ou por grupos, de um ponto de vista – a expressão de um interesse que é afetado, real ou potencialmente, pelos assuntos de governo. Questões de interesse público são propostas de políticas públicas; a palavra implica um tópico de contenção, e em realidade *lobbying* frequentemente envolve um processo adversarial e competitivo entre diferentes interesses. *Grupos de interesse* são organizações compostas de indivíduos ou empresas que compartilham pontos de vista em questões de interesse público. A proliferação de grupos de interesse organizados tem tipificado a democracia americana desde a fundação da república. (tradução livre)

A questão que parece central à representação política, e que não tem sido corretamente encaminhada com a criminalização da função legislativa, não é o acesso, a influência e o patrocínio de grupos de interesses por parlamentares, mas sim a *transparência* dos processos de conexão entre esses grupos e os atores públicos relevantes. Sob esse prisma, tem-se como fundamental regulamentar a prática do *lobby* para que seja exercido de forma transparente, diferenciando-o da corrupção.

Kotlánová mostra que as práticas de corrupção, associadas a formas de clientelismo, nepotismo, mercancia do cargo e suborno, possuem elementos comuns que são indispensáveis para a sua configuração, segundo os seguintes critérios (2013, 74):

1. A existência de duas entidades, uma corrompendo e outra sendo corrompida, em benefício próprio ou de terceiro;
2. Conduta comissiva ou omissiva, que inclui abstenção ou tolerância com a conduta indevida de outra entidade;
3. Conduta que viola padrões socialmente estabelecidos;
4. Existência de intenção direta (dolo direto);
5. Obtenção de vantagem indevida, na forma de dinheiro ou outro benefício;

¹²⁹ “*Lobbying* involves the advocacy, either by individuals or by groups, of a point of view – the expression of an interest that is affected, actually or potentially, by the affairs of government. *Issues* are public policy proposals; the word implies a topic of contention, and indeed lobbying commonly involves an adversarial and competitive process between different interests. *Interest groups* are organizations comprised of individuals or enterprises with shared points of view on issues. The proliferation of organized interest groups has typified American democracy since the founding of the republic.”

6. Conduta praticada às escondidas, secretamente, sem transparência.

O *lobbying*, de outro lado, constitui a ação *transparente* de grupos de interesses que patrocinam suas pautas perante agentes públicos dos Poderes Legislativo e Executivo em prol da regulação de questões que afetam diretamente seu modo ou qualidade de vida (direitos civis, direitos sociais, direitos das minorias, meio ambiente, urbanismo etc.) ou sua atividade econômica (profissões, setor de serviços, setor de indústrias etc.).

A atuação organizada e especializada de grupos de interesses não só é normal, como desejável nos regimes democráticos, porque a ideia de uma *sociedade aberta de intérpretes*¹³⁰ pressupõe, para a qualidade da democracia, que os diversos atores políticos, sociais e econômicos tenham canais efetivos de participação e de influência na interpretação da Constituição e na tomada de decisões políticas importantes em nome da sociedade. A vontade da maioria será tão mais representativa do *interesse público* prevalecente em dado momento histórico quanto maiores forem os níveis de participação e de acesso ao poder público, e dos resultados positivos vivenciados pela sociedade, que se constrói nos cidadãos o sentimento de que pertencem e são representados.

Sob essa perspectiva, a prática do *lobbying* começa no período de campanha eleitoral, quando os grupos de interesses apoiam e financiam (direta ou indiretamente) as campanhas dos políticos com os quais possuem pontos significativos de conexão, visando, por óbvio, estreitar esses laços durante o exercício do mandato. Essa relação, se bem sucedida, tende a se perpetuar no tempo (financiamento-lobby-financiamento) e tem-se como perfeitamente legítima para as regras do jogo democrático, não podendo ser criminalizada.

Assim, o financiamento de campanha eleitoral, por exemplo, por um segmento da indústria (na pessoa de seus presidentes ou diretores, porque vedado o financiamento por pessoa jurídica a partir do julgamento da ADI n. 4650 pelo STF, em 17 de setembro de 2015), tem o propósito claro, transparente, de eleger políticos e criar

¹³⁰ A teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Peter HÄBERLE propõe uma democratização da hermenêutica constitucional a partir da ampliação dos processos de interpretação constitucional para contemplar, para além do poder judiciário, outros órgãos estatais, bem como os cidadãos e grupos sociais, com o propósito de pluralizar e agregar complexidade aos debates dos grandes temas constitucionais.

condições favoráveis, acessos e influências para a defesa dos interesses do grupo durante o exercício do mandato.

O problema do *lobbying* é a falta de transparência e de regulamentação do seu exercício, o que dificulta o controle de eventuais desvios e de práticas de corrupção a ele eventualmente associadas. Nauro Campos e Francesco Gionannoni sustentam que o *lobbying* pode ser, ao mesmo tempo, uma atividade que torna a corrupção irrelevante se bem sucedida na influência de políticas públicas, ou uma atividade que facilita o suborno e, de outro lado, facilita a corrupção se conseguir minar a aplicação da lei (2007, p. 2).

Os autores, em pesquisa realizada a partir de dados coletados de 3.954 empresas em 25 economias mundiais em transição (ano de 1999), sugerem, entre outros achados, que (a) o *lobbying* é um importante instrumento de influência alternativo à corrupção em países em transição; (b) que as instituições políticas têm grande impacto na decisão de exercer *lobbying*; (c) que a prática do *lobbying* é favorecida em sistemas parlamentaristas e em sistemas com elevado nível de estabilidade e; (d) que o *lobbying* está estatisticamente relacionado ao aumento do poder de influência, enquanto que a corrupção não necessariamente (porque a corrupção normalmente ocorre no momento de aplicação da lei, não na sua regulação, dirigindo-se, portanto, a burocratas e não a legisladores). Esses resultados dão suporte à noção de que o *lobbying* parece ser consideravelmente mais efetivo para as empresas exercerem *influência política* que a corrupção (2007, p. 2-3).

Em outras palavras, o estudo demonstra que *lobbying* e corrupção são institutos distintos e inversamente proporcionais, de modo que a legitimação e a regulamentação das práticas de *lobbying*, porque instituem canais legítimos e transparentes para que os grupos de interesse tenham acesso e possibilidade de influência nos processos decisórios, constituem desincentivo à corrupção.

O Brasil não possui regulamentação do *lobbying*. O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1202, de 2007 (BRASIL, 2007), de autoria do então Deputado Carlos Zarattini (PT/SP), tramita em regime de urgência e encontra-se pronto para a votação em Plenário. O projeto de lei destina-se a regulamentar como atividade legítima a representação de interesses nos processos de decisão política visando contribuir para o equilíbrio do ambiente normativo e regulatório do país, pautada pelos princípios da legalidade, da ética, da transparência, do interesse público, do direito de petição e da isonomia.

A emenda substitutiva apresentada em Plenário pela ex-Deputada Federal Cristiane Brasil (PTB/RJ) contempla importante aperfeiçoamento ao texto aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Casa para afastar as doações para campanhas eleitorais do âmbito de incidência do ato de improbidade consubstanciado no recebimento, por tomador de decisão ou pessoa em seu nome ou a ele vinculado, de vantagens, doações, benefícios, cortesias ou presentes.

Para Kotlánová, observando-se a experiência de outros países na regulamentação do *lobbying*, consideram-se elementos necessários: a definição de *lobbying*; a definição de lobistas; a definição das autoridades ou partidos destinatários do *lobby* e das autoridades às quais o *lobby* é vedado, como magistrados e membros de instituições de controle; a obrigação dos lobistas; a obrigação das autoridades e partidos destinatários do *lobby* e; a definição de regras sobre a autoridade que irá monitorar o cumprimento das regras de *lobby* e assegurar instrumentos para a sua aplicação.

A partir de tais elementos, pode-se dizer que o projeto de lei em discussão no Brasil atende satisfatoriamente a todos eles. São identificados os atores relevantes da relação de representação de interesses, definidas obrigações e o procedimento a ser observado, em especial o dever de transparência, que é aspecto fundamental para a fiscalização do *lobbying* e para distinguir a sua prática da corrupção.

A aprovação do citado projeto de lei representará um marco significativo para disciplinar, com segurança jurídica e transparência, a representação de interesses perante tomadores de decisão mediante a previsão de canais institucionais de *acesso* e *influência* dos mais diversos segmentos social e produtivo e, como consequência, contribuindo para legitimar a atividade de representação política e aprimorar a qualidade da democracia no Brasil. Entretanto, o projeto de lei poderia ser aprimorado na perspectiva de se adaptar às novas formas de representação política (ver item 6.1.) e às formas virtuais de *acesso* e de *influência*, cada vez mais frequentes em sociedades conectadas em rede e pautadas por comunicações digitais. Essas novas formas de representação política carecem de regulamentação e de avaliação de seus riscos e de seus benefícios para o aperfeiçoamento dos processos democráticos.

Tese central do item 3.6: Em sociedades altamente complexas e plurais, a representação política é exercida por processos simultâneos de *conexão* e *desconexão* entre representantes e representados, que se viabilizam por distintos canais de *acesso* e de *influência* para a *defesa de interesses* (muitas vezes contrapostos) de segmentos

sociais e produtivos, os quais devem ser regulamentados para assegurar a transparência e o controle, bem como para abarcar as comunicações digitais e novas formas de exercício dos mandatos.

3.6.1. Mandatos coletivos ou compartilhados e novas formas de representação

A crise de legitimidade das democracias representativas, associada a esquemas de corrupção envolvendo políticos, tem feito crescer uma demanda social e política por novas formas de representação que viabilizem maior *acesso* e maiores possibilidades de *influência* dos cidadãos no desempenho da função legislativa de seus representantes, bem como formas mais efetivas de *accountability*.

A sociedade conectada em rede, com tecnologias e formas virtuais de comunicação, tem se revelado um instrumento de ressignificação dos mandatos eletivos baseados na fidúcia ou na delegação de poder, substituindo-os por representantes que se conectam com parcela de seus representados para a defesa de interesses comuns, enquanto se desconectam com outra parcela significativa que não compartilha desses mesmos interesses, e que estão constantemente interagindo e sob o crivo dos eleitores por meio de comunicações digitais ininterruptas. A prestação de contas e a responsividade entre representantes e representados não mais se restringe ao ano eleitoral, mas ocorre em tempo real e a cada manifestação ou voto proferido pelo parlamentar.

Essa interação virtual diária e instantânea entre mandatários e eleitores acaba por combinar o modelo de democracia representativa (ou indireta) com formas de democracia direta ou participativa, em modelos experimentais conhecidos internacionalmente como *delegative democracy* ou *liquid democracy* e, no Brasil, como *candidaturas e mandatos compartilhados* ou *coletivos*.

Os mandatos compartilhados ou coletivos constituem mecanismo alternativo de concretização da democracia representativa mediante o compartilhamento de poder com um grupo de cidadãos. O representante eleito tem o compromisso de dividir o poder decisório com um grupo de representados, compromisso esse que ultrapassa a consulta ou o debate com os cidadãos para constituir vinculação de suas opiniões e votos à vontade manifestada pelo grupo, seja por meio da agregação de preferências (votação), seja pela construção de consenso (deliberação) (SECCHI et al., 2019, p. 11).

O compartilhamento do poder político é o cerne do conceito, uma vez que, na sua ausência, retoma-se a forma clássica de representação política que, em sociedades conectadas, passa a ter a relação entre representantes e dos representados mediada por novas tecnologias, especialmente as mídias digitais.

Desse modo, os elementos básicos de um mandato coletivo ou compartilhado são: o *parlamentar*, ator político que ocupa um cargo no Poder Legislativo e que abre mão do poder político para compartilhá-lo com os coparlamentares; os *coparlamentares*, cidadãos que participam do mandato coletivo ou compartilhado para influenciar, e até mesmo determinar, a posição do ocupante do mandato eletivo em suas votações e outras atividades legislativas e; o *estatuto do mandato*, que é o acordo, o contrato ou a carta de compromisso que delimita os termos do vínculo entre o parlamentar e os coparlamentares, definindo quem pode participar (critérios de confiança do parlamentar, filiação partidária, afinidade ideológica, idade, território, categoria profissional ou mesmo participação aberta), o número mínimo e o número máximo de membros (de dois a milhões de membros), as regras para ingresso, permanência, saída e expulsão de membros, as regras de distribuição de poder (peso do voto por pessoa ou por especialista em determinada matéria legislativa, por exemplo), os direitos e os deveres dos membros, a extensão do poder compartilhado (votos, pareceres em proposições legislativas, verbas de gabinete, seleção de pessoal, fiscalização do poder executivo etc.), partilha de custos e benefícios (divisão dos custos de campanha, dos salários, das verbas indenizatórias, emendas parlamentares ao orçamento, exposição midiática etc.), os procedimentos decisórios (metodologia adotada para a tomada de decisão, se por votação individual e por maioria ou se por deliberação dialógica para a formação de consenso), mecanismos de interação entre os membros (ferramentas ou métodos de interação *on line*, presenciais ou ambos), entre outros aspectos. A constituição, a organização e o funcionamento dos mandatos coletivos ou compartilhados é regulada em seu estatuto (SECCHI et al., 2019, p. 11-14).

Há uma distinção entre os mandatos coletivos e os mandatos compartilhados, mas essa classificação conceitual não é rígida e depende muito das disposições contidas no estatuto. Normalmente, os mandatos coletivos são formados por um reduzido número de coparlamentares e a afinidade ideológica e a confiança são aspectos fundamentais para a escolha dos membros do grupo, servindo como contenção para a entrada de novos membros. Por se tratar de um grupo reduzido, as reuniões presenciais são frequentes e as decisões são tomadas mediante debate e tentativa de

consenso. Os mandatos compartilhados, de outro lado, congregam número maior de coparlamentares, formando um grupo plural e heterogêneo, aberto a cidadãos com visões de mundo distintas e mesmo conflitantes. Por se tratar de um grupo maior, os processos decisórios são eletrônicos e as votações são comumente contabilizadas por maioria (SECCHI et al., 2019, p. 13).

No Brasil, os mandatos coletivos ou compartilhados não estão regulamentados em lei, mas já são uma realidade desde as eleições desde 1994. Segundo dados do TSE de 2019, no ciclo eleitoral de 2016-2018 houve 98 candidaturas coletivas ou compartilhadas, com a eleição de 22 mandatos. Juridicamente, embora não haja vedação à candidatura coletiva, a legislação eleitoral considera a candidatura um ato individual. Tanto a candidatura quanto o cargo eletivo são titularizados por um único cidadão, que deve preencher as condições de elegibilidade previstas nas normas constitucionais e infraconstitucionais. O negócio jurídico celebrado entre o parlamentar e os coparlamentares não é oponível à Justiça Eleitoral, tampouco à instituição a que servem.

A primeira experiência de mandato coletivo no Brasil ocorreu com a eleição municipal de 2016, em que eleito um grupo de cinco pessoas para a Câmara Municipal de Alto Paraíso/GO. A candidatura oficial foi do advogado João Yuji, filiado ao partido político Podemos, mas o grupo se reúne regularmente para discutir as questões relevantes para a cidade e toma decisões por consenso ou, caso não seja possível, por maioria, vinculando a manifestação do mandatário em sua atuação no Poder Legislativo municipal (NEXO JORNAL, 2018).

Atualmente, há outros mandatos coletivos ou compartilhados em curso. Nas eleições de 2018, por exemplo, o grupo “Juntas”, composto de cinco mulheres pernambucanas, foi eleito para uma vaga na Assembleia Legislativa de Pernambuco. Oficialmente registrada a candidatura em nome de Jô Lima, filiada ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), as integrantes pretendem dividir o gabinete, as decisões políticas, o subsídio e os benefícios financeiros decorrentes do exercício do mandato (G1, 2018). Também na Assembleia Legislativa de São Paulo houve a eleição da “Bancada Ativista”, um grupo plural de cidadãos filiados a diferentes correntes político-ideológicas, com e sem filiação partidária. Oficialmente, a candidatura é da jornalista Mônica Seixas, filiada ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), mas todos os coparlamentares do grupo serão nomeados como assessores parlamentares e as decisões serão tomadas em conjunto (EBC, 2018). Na Câmara dos Deputados, o

primeiro mandato compartilhado é o de Deputado Federal pelo Espírito Santo, Felipe Rigoni, oficialmente vinculado ao Partido Socialismo Brasileiro (PSB) e eleito em 2018. O exercício do seu mandato será compartilhado mediante um aplicativo desenvolvido especificamente para viabilizar a participação de todos os cidadãos capixabas e instituições da sociedade civil, denominado *Nosso Mandato*, que permite à população sugerir projetos, opinar nas votações e acompanhar os gastos do gabinete.¹³¹

A iniciativa vem ganhando espaço no Brasil como uma forma de aproximar representantes e representados, mas não está isenta a críticas e a dificuldades. Para além da ausência de previsão nas legislações eleitoral e administrativa (questões relacionadas a organização e funcionamento, como subsídio, estrutura de gabinete, verbas de gabinete etc.),¹³² há dificuldades de ordem jurídico-política relacionadas ao exercício do mandato, como, por exemplo, o direito de ingressar no plenário da Casa Legislativa, de fazer uso da palavra e da tribuna, de apresentar proposições legislativas, de participar de reuniões de liderança, de integrar e presidir comissões. O desempenho da atividade legislativa *stricto sensu* ficará sob a responsabilidade do parlamentar eleito, ainda que ele possa ser porta-voz das decisões coletivas. As prerrogativas constitucionais asseguradas aos parlamentares no Estatuto dos Congressistas, em especial as imunidades material e formal, a princípio são aplicáveis tão somente ao titular do cargo eletivo e não a todos os coparlamentares, situação que, na perspectiva da liberdade expressão política, tolheria sobremaneira a atuação dos membros do mandato coletivo ou compartilhado. Da mesma forma, os impedimentos e os deveres contidos no Estatuto dos Congressistas são aplicáveis ao parlamentar, e não aos coparlamentares, o que viabilizaria flagrante desvio de finalidade caso essas vedações não fossem observadas por um dos membros do grupo.

E quanto à responsabilização política? Os atos dos coparlamentares podem configurar quebra de decoro parlamentar? Em caso positivo, os coparlamentares respondem diretamente perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar? O parlamentar pode responder, em nome do mandato coletivo ou compartilhado, por infração ética dos coparlamentares?

¹³¹ (CÂMARA, 2018) e (PSB, 2019).

¹³² A fixação, no estatuto do mandato, de divisão de subsídio, outras verbas de gabinete e cargos de assessoria pode configurar o crime de do art. 299 do Código Eleitoral pela promessa de vantagens a eleitores em troca do voto. É possível argumentar que os coparlamentares não se enquadrariam, para fins penais, no conceito de eleitor contemplado pelo tipo penal. Contudo, dada a ausência de regulamentação jurídica dos mandatos coletivos ou compartilhados, os coparlamentares confundem-se com os eleitores, especialmente quando se considera a possibilidade de que milhares de cidadãos possam aderir ao mandato e se beneficiar das regras sobre compartilhamento dos ônus e dos bônus.

Todas essas questões devem ser estudadas e regulamentadas para assegurar a efetividade dos mandatos coletivos ou compartilhados, que, no presente, constituem muito mais um compromisso moral e político do parlamentar em relação aos coparlamentares e seus eleitores do que candidaturas e mandatos *juridicamente* coletivos ou compartilhados.

Outro aspecto relevante é o de que os mandatos coletivos ou compartilhados enfraquecem a posição dos partidos políticos nas eleições e no desempenho do mandato. De fato, o compartilhamento do poder outorgado pelas urnas coloca o parlamentar oficialmente eleito numa dupla sujeição: de um lado, está vinculado às decisões dos coparlamentares, que muitas vezes possuem distintas filiações partidárias ou não são filiados; de outro, está vinculado às orientações do seu partido político pelas regras de disciplina e fidelidade partidárias e, em situações extremas, pode ser expulso da legenda e perder o mandato.¹³³

Essa ausência de coordenação entre partidos políticos e mandatos coletivos ou compartilhados faz com que alguns partidos “aceitem” a candidatura do parlamentar membro, mas não trabalhem para patrocinar ou incentivar tal prática. As justificativas dos partidos para permitir que seus candidatos se vinculem a candidaturas compartilhadas podem ser sintetizadas na inovação, na modernidade e no pluralismo, e abarcam partidos com todos os espectros ideológicos, perpassando a esquerda, a centro-esquerda, o centro, a centro-direita e a direita (SECCHI et al., 2019, p. 34).

Outro ponto importante dos mandatos coletivos ou compartilhados é que não há instrumentos de coerção jurídica para a executoriedade das decisões do grupo em caso de resistência do titular jurídico do mandato. Muito embora existam instrumentos de responsabilização política por parte dos eleitores que votaram no mandato coletivo ou compartilhado e que podem rechaçar a atuação do parlamentar quando contrárias às normas do estatuto, não há atualmente instrumentos jurídicos ou políticos de sanção aplicáveis ao titular oficial do cargo eletivo em situações como essa. No plano político, tem-se como possível o aprofundamento da questão na perspectiva da violação ao

¹³³ O Tribunal Superior Eleitoral, em resposta à Consulta n. 1.398, de 27 de março de 2007, consolidou o posicionamento de que a fidelidade partidária vincula o candidato eleito ao partido político, de modo que o abandono da legenda acarreta a extinção do mandato, exceto em situações de mudança significativa de orientação ideológica ou programática do partido ou perseguição. Firmou-se a tese de que o mandato assegurado nas urnas pertence ao partido político e não ao parlamentar, pois é à legenda que são atribuídos os votos dos eleitores e toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira das campanhas eleitorais fica ao encargo dos partidos políticos. (Tribunal Superior Eleitoral, Consulta nº 1398, Relator(a) Min. Cesar Asfor Rocha, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 08/05/2007, Página 143)

decoro parlamentar por quebra da confiança dos eleitores e dos coparlamentares, mas ainda não há disciplina sobre a matéria.

Há também um aspecto conceitual, relacionado à representação política, que merece reflexão no caso dos mandatos compartilhados ou coletivos. O propósito é ampliar os canais de participação dos cidadãos, aproximando-os do processo político-decisório. Entretanto, a representação política contemporânea se estabelece mediante processos simultâneos de entendimento e desentendimento entre parlamentar e segmentos de eleitores, e esse processo complexo de aproximação e distanciamento (de *altos e baixos*) se repete durante todo o exercício do mandato.

Sob essa perspectiva, o mandato coletivo ou compartilhado pode se constituir em mais um entrave à relação entre representantes e representados na defesa de interesses que podem não encontrar respaldo nas decisões dos coparlamentares, mas que também são legítimos e merecedores de debate na esfera pública porque refletem interesses e necessidades de grupos de cidadãos que elegeram o parlamentar e que não encontram canais efetivos de *acesso* e de *influência* e que, portanto, ficam alijados do processo democrático.

A questão é que o compartilhamento do poder político inerente ao cargo eletivo não necessariamente assegura maior qualidade da representação política, muito embora seja esse o propósito dos mandatos coletivos ou compartilhados. Segundo estudo coordenado pelo Professor Leonardo Secchi (SECCHI et al., 2019, p. 53),

A quantidade de co-parlamentares não significa necessariamente qualidade de participação ou de soluções. É importante que a iniciativa do mandato coletivo ou compartilhado tenha uma meta ou teto relativo a quantidade de membros que deseja alcançar. Assim pode-se alinhar as expectativas dos coparlamentares e diminuir frustrações, e servir como parâmetro para o planejamento da estrutura de comunicação, mediação de debates e procedimento de tomada de decisões. O quantitativo também irá definir o percentual de poder que cada um poderá exercer. Quanto maior o número de pessoas, tendencialmente menor o percentual individual.

Os mandatos coletivos ou compartilhados refletem uma forma de reação legítima dos cidadãos diante da insatisfação com a forma clássica de representação política baseada na confiança e na identidade entre representantes e representados, que há muito deixou de existir nas sociedades complexas e plurais da atualidade. Trata-se de

modelo experimental no Brasil e no mundo e que carece de regulamentação jurídica, mas que pode ser um instrumento promissor para conferir maior participação e controle social do processo legislativo, reduzir os custos e ampliar a capilaridade das campanhas eleitorais, elevar o nível de politização dos cidadãos e de consciência de cidadania, aprimorar os mecanismos de controle do poder executivo e do próprio desempenho da função legislativa.

De outro lado, há inúmeras dificuldades de ordem legal e política a serem enfrentadas para a efetividade do compartilhamento do poder inerente ao cargo eletivo. Os mandatos coletivos ou compartilhados não são garantia de melhor qualidade da democracia, ou seja, de decisões coletivas mais bem informadas e mais adequadas ao interesse público, o que nem sempre corresponde à vontade de maiorias ocasionais. Existe também o risco de conflitos entre coparlamentares e de entraves à representação política de grupos de eleitores que não estão inseridos no mandato coletivo ou compartilhado, além de conflitos de interesses entre os membros do mandato coletivo e o partido político ao qual pertence a cadeira no Poder Legislativo.

A efetividade dos mandatos coletivos ou compartilhados como novas formas de representação política deve ser objeto de estudos mais aprofundados, especialmente a partir das experiências que já estão em andamento no Brasil e no mundo, para que possam ser validadas e aperfeiçoadas, de modo a contribuir para o resgate da legitimidade das democracias representativas.

Tese central do item 3.6.1: Ao pretender substituir a representação política consagrada na modernidade (um cargo eletivo, um representante), a ideia de mandatos coletivos ou compartilhados parece assumir relevância na medida em que as novas tecnologias são empregadas para viabilizar o acesso e a influência entre o parlamentar e os coparlamentares para fins de compartilhamento do poder político inerente ao cargo. Trata-se de modelo experimental no Brasil e no mundo e que, nas perspectivas jurídica e política, oferece grandes dificuldades de regulação e operacionalização. De outro lado, a análise das experiências em curso e o aperfeiçoamento do modelo podem produzir resultados positivos no exercício da cidadania, bem como maior participação e controle social no desempenho da função legislativa.

3.7. Presidencialismo de coalizão ou de compadrio?

Os diversos escândalos de corrupção revelados a partir da ordem constitucional de 1988, em especial o esquema de corrupção da Petrobrás investigado pela Operação Lava-Jato (o “Petrolão”), têm fomentado estudos a respeito do esgotamento do presidencialismo de coalizão brasileiro, que teria se transformado num modelo de cooptação de parlamentares para votar a favor do governo em troca de vantagens indevidas.¹³⁴

Carazza, por exemplo, defende que a governabilidade alcançada no Brasil tem um custo muito elevado para a sociedade brasileira, porque a lealdade ao governo sustenta-se na entrega de ministérios, cargos comissionados, diretorias de estatais, execução de emendas parlamentares¹³⁵ e, inclusive, certa leniência com a corrupção (2018, p. 119). E, nesse contexto, afirma o autor que não é apenas o poder político que se beneficia dessa aliança entre Executivo e Legislativo. O poder econômico também exerce papel fundamental, porque as empresas brasileiras se aproveitam das regras do jogo e incrementam sua lucratividade. O pagamento de propinas em contratos públicos assegura aditivos contratuais, que elevam os preços dos contratos, e o direcionamento de novas licitações, com restrição indevida da competitividade (2018, p. 124).

A tese de que o presidencialismo de coalizão brasileiro produz incentivos ao fatiamento de ministérios e empresas públicas e, conseqüentemente, à prática dos delitos de corrupção e lavagem de dinheiro está subjacente a todas as investigações realizadas no âmbito da Operação Lava-Jato e constitui *um contexto de corrupção sistêmica* aos qual estão automaticamente integrados todos os suspeitos ou acusados.

Essa compreensão pode ser extraída do seguinte trecho de capítulo do livro *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*, escrito por Deltan Dallagnol e Roberson Pozzobon (2019, p. 132), Procuradores da República integrantes da força-tarefa da Lava-Jato na Procuradoria Regional da República do Estado do Paraná:

De modo resumido, eis o que se descobriu: em troca de apoio no Congresso à pauta da presidência, o governo Lula loteou cargos estratégicos da Petrobras e de suas subsidiárias para os partidos da base aliada. As indicações pelos partidos de gerentes e executivos para diversos cargos de direção da Petrobras estavam associadas à missão de arrecadar propinas.

¹³⁴ Ver, nesse sentido: KATZ (2018); CARAZZA (2018); DALLAGNOL e POZZOBON (2019); MORO (2019).

¹³⁵ O poder de barganha das emendas parlamentares foi significativamente reduzido com a aprovação do orçamento impositivo para emendas individuais e, posteriormente, para emendas de bancadas.

No mesmo sentido, o atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro (2019, 186-187), então juiz federal titular da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba, juízo prevento para o julgamento dos processos da Operação Lava-Jato, em capítulo publicado na mesma obra (*Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*), assim descreve o objeto desses processos:

Considerando os casos já julgados, tem-se, como síntese, que foi revelado um sistema de pagamento de vantagens indevidas, vulgarmente denominadas de propinas, a agentes públicos em contratos da Petrobrás. Alguns dos participantes confessos no esquema criminoso afirmaram que, nos contratos da estatal com as suas principais fornecedoras, as grandes empreiteiras brasileiras, havia como regra o pagamento de propinas que variavam de 1% a 3% do valor dos contratos e seus aditivos. O pagamento de propinas em contratos da Petrobrás seria a “regra do jogo”. Tais confissões foram amplamente corroboradas por provas nos processos já julgados.

(...)

Mas o esquema não envolvia somente um acerto criminoso entre executivos da Petrobrás e das fornecedoras. Foi também revelado que os valores da propina eram repartidos entre executivos da estatal e agentes e partidos políticos. Segundo a descrição do esquema criminoso realizada por acusados colaboradores, os cargos de direção da Petrobrás eram loteados entre os partidos políticos. A nomeação para o cargo de diretor dependia de influências políticas. A continuidade no cargo dependia igualmente da permanência do apoio político.

Segundo o *contexto sistêmico de corrupção* no qual se desenvolve a Operação Lava-Jato, o apoio e as votações de membros do Congresso Nacional são comprados com a entrega de cargos estratégicos no Poder Executivo e nas empresas públicas, que serão utilizados para a obtenção de vantagens indevidas, normalmente associadas ao pagamento de propinas a parlamentares e partidos políticos. O presidencialismo de coalizão brasileiro seria, em verdade, um *presidencialismo de corrupção*, que somente seria capaz de manter uma base de sustentação mediante práticas ilícitas, sendo, em grande medida, a origem da disfuncionalidade do Parlamento.

No auge da crise política, após o *impeachment* da ex-Presidenta Dilma Rousseff, o então Presidente Michel Temer defendeu publicamente uma reforma política que tramitava na Câmara dos Deputados e que previa a adoção do sistema

semipresidencialista no Brasil (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017), como uma forma de resolver os problemas de governabilidade e o elevado custo de se manter uma coalizão no sistema presidencialista brasileiro. A proposta foi também defendida publicamente pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, à época presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Nesse cenário, em que o presidencialismo de coalizão brasileiro é colocado como causa da corrupção em nosso sistema político, questiona-se: o presidencialismo de coalizão brasileiro pode ser considerado a principal causa da corrupção e de outras práticas clientelistas? Há governabilidade sem base de apoio no Parlamento, seja no sistema presidencialista, seja no sistema parlamentarista? A situação é diferente em outros países presidencialistas (quanto à corrupção)? Há corrupção na base de apoio de países que adotam o sistema parlamentarista?

Não há respostas simples a essas questões. Os problemas enfrentados pelo sistema político brasileiro são multifatoriais e a atribuição exclusiva de responsabilidade ao presidencialismo de coalizão representa uma simplificação exagerada. Ademais, a corrupção (assim como outras práticas clientelistas) é apenas um aspecto relevante que, embora relacionado a questões institucionais, especialmente aos incentivos gerados pelo arranjo normativo, não pode ter sua causalidade restrita exclusivamente ao modelo e ao funcionamento das instituições.

Estudos sobre corrupção demonstram que o nível de desenvolvimento econômico, a cultura, a maior ou menor consolidação do regime democrático, a liberdade de imprensa e o desenho institucional dos países (estrutura de Estado, forma e sistema de governo, sistema eleitoral, centralização e descentralização política e administrativa etc.) são todos fatores que contribuem para o aumento ou a diminuição de práticas de corrupção.¹³⁶

Especificamente quanto à dicotomia presidencialismo e parlamentarismo, há certa prevalência da tese de que há menor incentivo à corrupção em países parlamentaristas,¹³⁷ por conta da concentração de responsabilidade no governo e da maior efetividade da *accountability* em comparação ao modelo presidencialista, em que

¹³⁶ Ver, por exemplo, TREISMAN (2000 e 2007).

¹³⁷ Segundo Mariana Batista e Radamés Marques (2012, p. 30), “análises empíricas em geral chegaram ao resultado de que sistemas parlamentaristas estão associados a níveis mais baixos de corrupção, enquanto sistemas com presidentes poderosos estão associados com níveis mais altos de corrupção (LAMBSDORFF, 2006).”

o Poder Legislativo ficaria enfraquecido diante da concentração de poderes no Presidente da República.¹³⁸

Entretanto, essa tese é contraposta por autores que veem no sistema de freios e contrapesos do presidencialismo uma forma mais efetiva de *accountability* e de controle horizontal entre os Poderes, com a redução dos incentivos à corrupção. Guido Tabellini, economista e estudioso da corrupção, em entrevista concedida à revista brasileira Exame (EXAME, 2016), defende que o sistema presidencialista tende a ser menos corrupto e a gastar menos que o parlamentarista:

Exame – Por que não mudar o sistema?

Tabellini – Num país de grandes proporções, o presidente unifica os cidadãos. Além disso, um sistema parlamentar tem de buscar o apoio de uma ampla coalizão de interesses políticos e econômicos, e isso incentiva o fornecimento crescente de bens públicos, como educação e saúde.

A consequência é um maior gasto do governo, como na Espanha e em Portugal. O presidencialismo funciona melhor no combate à corrupção, porque no parlamentarismo o Executivo e o Parlamento conspiram juntos, são uma extensão um do outro.

Exame – Por que, então, no Brasil temos grandes casos de corrupção?

Tabellini – No presidencialismo, é preciso haver “freios e contrapesos” eficientes, como uma Suprema Corte independente ou um mecanismo de impeachment para o caso de haver violações. Dessa forma, o sistema funciona melhor no combate à corrupção do que o parlamentarismo.

¹³⁸ Essa assertiva poderia ser reforçada pelos resultados do Índice de Percepção da Corrupção de 2018, elaborado pela Organização Não-Governamental Transparência Internacional. Observando-se os seis países que estão no topo da lista dos menos corruptos do mundo, os cinco primeiros (Dinamarca, Nova Zelândia, Finlândia, Singapura e Suécia, nessa ordem) adotam o sistema parlamentarista. O sexto país, a Suíça, adota o sistema diretorial, em que a Chefia do Poder Executivo é exercida pelo Conselho Federal, órgão colegiado eleito pelo Parlamento. Não obstante, a relação entre sistema de governo e corrupção não é abordada no relatório. Em linhas gerais, o Índice anual de 2018 demonstra que, apesar de alguns progressos, a maioria dos países está falhando no combate à corrupção. Considerando os níveis de percepção de corrupção no setor público de um grupo de 180 (cento e oitenta) países e territórios, numa escala de zero (elevada percepção de corrupção) a cem (zero percepção de corrupção), mais de dois terços dos países apresentam pontuação abaixo de 50 (média de 43). O Brasil, com 35 (trinta e cinco) pontos, ocupa a 105ª (centésima quinta) posição e é considerado um país em observação. De 2017 para 2018, a pontuação do país caiu para 35, com a pontuação mais baixa dos últimos sete anos. A despeito de promessas de combate à corrupção, consta da análise que o novo presidente integra o rol de líderes populistas com tendência autoritária, e que deixou claro que governará com “mão firme” (*strong hand*), ameaçando muitas das conquistas democráticas alcançadas nas últimas décadas. No relatório, há clara relação entre democracias saudáveis e a efetividade do combate à corrupção. De outro lado, líderes populistas autoritários enfraquecem a democracia e contribuem para elevar os índices de corrupção. Relatório completo disponível em (TRANSPARENCY, 2018).

É preciso considerar também que são os políticos que cometem os erros — e muito tempo com o mesmo grupo político não é bom porque leva a mais abuso de poder, a erros e à corrupção.

O sistema de governo é um aspecto relevante do desenho institucional na produção de incentivos a práticas mais ou menos corruptas. Mas a corrupção, enquanto fenômeno complexo e multifatorial, é influenciada por diversos outros aspectos. Não se trata, portanto, de escolher entre um ou outro sistema de governo para resolver o problema da corrupção.

A primeira questão que parece fundamental para uma análise crítica do problema é a *governabilidade*. A formação de uma base de apoio no Parlamento é indispensável para o funcionamento do Poder Executivo tanto no sistema presidencialista quanto no sistema parlamentarista. A distinção das mais relevantes entre os dois sistemas é a de que, diante da impossibilidade de se manter uma base de apoio no Poder Legislativo, a remoção do Chefe de Governo no presidencialismo (o *impeachment*) é um processo bem mais custoso e traumático que o voto de desconfiança no parlamentarismo.¹³⁹ Mas a necessidade de uma maioria no Parlamento para a governabilidade está presente nos dois sistemas e, quanto maior o número de partidos com representação no Legislativo, mais difícil é manter a coesão e a fidelidade dessa base aliada, seja no presidencialismo, seja no parlamentarismo.

Considerando, aliás, que o mandato do Presidente tem prazo certo, e é complexo o processo de sua deposição, o apoio do Parlamento é mais imperioso no sistema parlamentarista, uma vez que a escolha do Primeiro-Ministro, e a sua permanência no cargo, depende fundamentalmente da confiança e da sustentação dos partidos aliados, não se verificando a independência de origem entre os Poderes Executivo e Legislativo, própria do presidencialismo.

Há que se considerar também que os sistemas presidencialista e parlamentarista possuem variações conforme o arranjo constitucional de cada país e conforme as competências historicamente asseguradas aos Poderes Executivo e Legislativo. Ainda que as variáveis *partido político*, *maioria parlamentar* e *governo* estejam sempre presentes, há diferenças na forma como essas variáveis interagem entre si conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis e conforme as

¹³⁹ Ver, a respeito, BASTOS (1987).

práticas ou normas informais de conduta que se consolidam a partir da tradição política de cada país.

Também por essa razão, ou seja, pelas particularidades da história política de cada país e de outras questões institucionais envolvidas, torna-se difícil classificar os sistemas presidencialista e parlamentarista *em tese* como mais ou menos corruptos, bem como comparar os níveis de corrupção entre países presidencialistas. Os Estados Unidos da América, país precursor do modelo presidencialista, consta no Índice de Percepção da Corrupção de 2018 com 71 (setenta e um) pontos (22ª posição no ranking), enquanto o Brasil, também presidencialista, soma apenas 35 (trinta e cinco) pontos (105ª posição) (TRANSPARENCY, 2019). A diferença de desempenho entre os dois países é explicada por diversos outros aspectos que exorbitam o sistema de governo e que têm grande peso na metodologia adotada pela Transparência Internacional na coleta e análise de dados.¹⁴⁰

Ademais, a corrupção está presente nos países parlamentaristas. A Operação Mãos Limpas, considerada modelo para a Operação Lava Jato no Brasil, investigou esquema de corrupção na Itália, que é uma República parlamentarista. Em 2018, uma moção de censura removeu o Primeiro-Ministro espanhol, por conta do escândalo de corrupção conhecido como "Trama Gürtel", que envolvia o seu partido (Partido Popular – PP), políticos e empresários (BBC, 2018). A Dinamarca, monarquia parlamentarista, tem o melhor desempenho no Índice de Percepção de Corrupção de 2018, com 88 (oitenta e oito) pontos. Entretanto, seus órgãos de controle investigam significativo esquema de lavagem de dinheiro relacionado a seu maior banco, o Danske Bank, com envolvimento de outros países como Estônia, Arzerbaijão e Rússia.

O sistema de governo não é, em si, o problema ou a solução do problema. O presidencialismo pode ser um modelo que não ofereça incentivos à corrupção, desde que haja mudança na cultura política, mudanças no sistema eleitoral (já que um dos fatores importantes da corrupção é a necessidade de recursos para custear as campanhas eleitorais) e no pacto federativo, um sistema eficiente de freios e contrapesos e mesmo um sistema eficiente de responsabilização política.

Nessa linha, Sérgio Abranches, quem inicialmente definiu as características e as dificuldades do presidencialismo de coalizão brasileiro (ABRANCHES, 1988), contrapõe-se à ideia dominante de que as distorções e vícios da Terceira República,

¹⁴⁰ Ver, sobre a metodologia do Índice de Percepção da Corrupção, (LAMBSDORFF, 2006).

como o toma-lá-dá-cá, a cooptação, o clientelismo e a corrupção, derivam do sistema. Em obra recentemente publicada, o autor sustenta que a realidade brasileira é calcada em maneiras ilegítimas de formar alianças e coalizões, mas que as coalizões podem ser formadas por métodos legítimos de negociação de programas e valores (2018, p. 9).

O presidencialismo de coalizão brasileiro resulta da combinação de aspectos que estão na base da nossa tradição republicana: o presidencialismo forte, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional. O modelo político da Constituição de 1988 foi preparado para o parlamentarismo, mas o plebiscito realizado em 1993¹⁴¹ assegurou a permanência do sistema presidencialista de governo.

O sistema político não pode ser artificialmente desenhado, porque ele tem que espelhar a realidade dinâmica de uma sociedade e suas características estruturantes. Segundo Abranches, a realidade brasileira sempre foi plural, fragmentada e cheia de facções. Se o parlamentarismo tivesse vencido as eleições, o Brasil teria um parlamentarismo de coalizão. A adoção de um modelo político não é apenas uma questão de escolha; há determinações e constrangimentos que derivam da natureza e da organização política e social do país. Como sustenta o autor, seria ilusão imaginar que a substituição do presidencialismo de coalizão por outro modelo resolveria os problemas estruturais do Brasil (2018, p. 14-15).

Observando-se os governos pós Constituição de 1988, o presidencialismo de coalizão brasileiro parece funcionar quando estão a frente do Executivo grandes líderes políticos, efetivamente capazes de fazer política, ou seja, construir entendimento. Em contraposição a esse argumento, pode-se dizer que o apoio no Congresso nesses governos não decorria de um trabalho político de coordenação, mas de um trabalho de *cooptação*.

Essa tese desconsidera por completo a relação que se estabelece entre os Poderes Executivo e Legislativo na formulação de políticas públicas, bem como a utilização de instrumentos legítimos de barganha que estão à disposição dos parlamentares (da base aliada e da oposição) para influenciar o processo de tomada de decisão política. Como regra, a agenda é proposta pelo Executivo e a coalizão governamental realiza ajustes e colabora com a implementação dessa agenda. Os partidos de oposição também integram a negociação e, muitas vezes, são exitosos em aprovar emendas que atendem sua base eleitoral.

¹⁴¹ Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, 67% dos votos válidos garantiram a vitória do presidencialismo no plebiscito realizado em 1993 (BRASIL, 1993).

Como também defendem Fernando Limongi e Argelina Cheibub Figueiredo, negociações e concessões entre aliados são a base da sustentação política, tanto no presidencialismo como no parlamentarismo. Presidentes minoritários sempre trabalham politicamente para formar coalizões, o que não é novidade no sistema presidencialista, nem no parlamentarista. E os partidos buscam ocupar ministérios que lhes permitam influenciar políticas públicas capazes de fortalecer os vínculos com o seu eleitorado e com os seus financiadores de campanha, o que é comum tanto no presidencialismo quanto no parlamentarismo (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2017, p. 87-90).

A associação entre corrupção e presidencialismo de coalizão, amplamente disseminada no Brasil, leva à conclusão de que o Presidente da República torna-se refém de partidos políticos que integram a coalizão sob a condição de serem recompensados com cargos e com carta-branca para a prática de ilícitos. Soma-se a isso a ideia de que os partidos políticos e os parlamentares pautam-se exclusivamente por um comportamento fisiológico e que precisam ser “comprados” para a aprovação de proposições legislativas.

Há, contudo, uma distinção fundamental entre a obtenção de vantagem indevida como contraprestação a ato de ofício (crime de corrupção passiva) e o agir estratégico do parlamentar para a liberação de emendas ao orçamento para a votação de matérias de interesse do governo federal. E a diferença fundamental está no fato de que a liberação de emendas do orçamento, tanto individuais quanto coletivas (de bancadas), consta da Lei Orçamentária Anual (LOA) e, diante da aprovação do orçamento impositivo, constituem uma espécie de expectativa de direito qualificada do parlamentar ou da bancada oponível ao Poder Executivo (desde que os projetos observem os requisitos técnicos necessários e o contingenciamento das despesas discricionárias). Desse modo, a liberação das emendas parlamentares não pode, sob nenhuma hipótese, ser compreendida como o recebimento de uma *vantagem indevida*, porque esta pressupõe a contrariedade ao Direito na sua origem, ou seja, um proveito proibido pela lei ou que não deveria ser recebido pelo agente. E, no caso das emendas parlamentares, se está a tratar justamente do oposto. A margem de negociação existente diz respeito apenas ao momento da liberação dessas emendas, e a urgência ou interesse do governo federal na aprovação de proposições legislativas coloca o parlamentar em posição privilegiada de defesa dos interesses de sua região e de seus eleitores.

Associar atos de corrupção a negociações para a liberação de emendas do orçamento, prática informal de conduta legítima e há muito consolidada em nossa tradição política, implica severa restrição ao exercício da representação política ao criminalizar negociações e compromissos assumidos pelos atores políticos de ambos os lados, Executivo e Legislativo, em prol do alcance de objetivos comuns ou não contrapostos e que concretizam o interesse público.

Isso porque a liberação de emendas parlamentares ao orçamento da União é mecanismo fundamental para o desenvolvimento e para a redução de desigualdades regionais e, portanto, é indispensável ao exercício da representação política. Nesse sentido, o apoio ao governo federal sempre dependerá da transferência de recursos para a base eleitoral, e essa prática não pode ser criminalizada pelo Direito, sob pena de graves consequências à representação dos interesses dos eleitores e à efetivação do objetivo fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, previsto no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal.

A tese aqui sustentada é reforçada pelo estudo empírico de Felipe Nunes ao demonstrar que a liberação de emendas parlamentares é um incentivo suficiente para manter a coalizão presidencial para apenas uma parte dos parlamentares, ou seja, para aqueles que possuem o círculo eleitoral mais condensado geograficamente e que possuem significativa maioria de votos nessa região, comparativamente aos parlamentares que possuem uma votação menos condensada geograficamente e cujos eleitores se encontram dispersos no território do Estado. Isso significa que os projetos executados com os recursos das emendas orçamentárias (*pork barrels*) são melhor percebidos pelos eleitores quando destinados a uma região em que há predomínio de apoio ao parlamentar responsável, com maior probabilidade de se converter em voto na eleição subsequente (NUNES, 2019).

A pesquisa desenvolvida demonstra a estreita relação entre os benefícios eleitorais da liberação de emendas para os parlamentares com círculos eleitorais bem delimitados geograficamente e a estabilidade da coalizão governamental, do que resulta que a negociação para a liberação de emendas tem o objetivo direto de realizar melhorias regionais e locais e o objetivo indireto de fidelizar o eleitor para pleitos futuros.¹⁴²

¹⁴² Em suas conclusões, Nunes sustenta: “I analyzed the Brazilian case during Lula’s term (2003-2010) and showed, first, that Lula’s government has similar features when compared with Cardoso’s presidency.

Não se está a tratar, portanto, de uma prática ilícita ou de um toma-lá-dá-cá com objetivos espúrios e contrários ao interesse público. O Presidente da República, eleito em 2018 com forte bandeira contra a “velha política”, tem reiteradamente adotado a liberação de emendas do orçamento para consolidar o apoio a votações relevantes para o governo, a exemplo da Reforma da Previdência, a despeito das críticas de alguns parlamentares, que defendem um critério objetivo e igual de liberação de emendas, sem vinculação ao apoio às votações.¹⁴³

A defesa da negociação de emendas parlamentares como parte do *jogo político* (e não como parte do *jogo sujo* da política) não está imune a críticas, inclusive dos próprios parlamentares, como citado. Trata-se de um movimento também legítimo em prol da mudança de cultura política e da superação de regras informais de comportamento amplamente difundidas entre os parlamentares e que podem ser substituídas pela repartição igualitária do orçamento destinado às emendas, seja por determinação legal, seja por uma progressiva superação das práticas vigentes. Não obstante, essa mudança deve ocorrer no âmbito do sistema da política, e não pela imposição de um ativismo judiciário, que se utiliza do alargamento das categorias sancionatórias do Direito criminal para eliminar da política atores e comportamentos considerados indesejados.

Os parlamentares estão vinculados a partidos políticos, a uma pauta ideológica e a um programa que é periodicamente apresentado aos eleitores e pelo qual serão posteriormente cobrados. Muitas das matérias votadas (a maioria delas, em realidade) não está relacionada à negociação de emendas parlamentares. Há, portanto, outros fatores que sustentam a base de apoio do governo no Congresso.

Como afirmam Limongi e Figueiredo, o fato é que, no Brasil, qualquer participação do Congresso no processo decisório é vista como negativa, como manifestação de interesses menores ou de bancadas de legitimidade questionável, que não estão preocupadas com os verdadeiros anseios e interesses da nação. Entretanto, do

The formation of a cabinet has been the most important predictor of legislative support, and pork has been used as a tool to adjust and maintain the needed majority. Second, this paper shows that the effect of pork on legislative support is conditioned by the geographic type of constituencies the deputies have. As \cite{mayhew74} argues, credit claiming is one of the strategies employed by legislators desiring reelection. Thus, its viability as a strategy is also a condition that explains the relationship between the president and congress. When the presidents maximize their partners' utility they achieve a more efficient strategy. I demonstrate that even controlling for cabinet participation, success in obtaining pork, and ideology, we still observe a substantive effect of pork on support, conditioned on each deputy's constituency type.” (NUNES, 2019, p. 266-267).

¹⁴³ Ver, por exemplo, (TERRA, 2019).

ponto de vista analítico, a qualificação dos grupos de interesses como legítimos ou ilegítimos é questionável. Grupos de interesses têm objetivos diversos, competem entre si e trazem ao debate diferentes aspectos e dimensões de políticas públicas. Ao final, essa decisão será sempre política, incumbindo às lideranças pesar prós e contras, fazer seus cálculos eleitorais (votos ganhos e perdidos) e tomar decisões (2017, p. 88).

Nas democracias, o sistema político, que compreende a contínua interação entre os Poderes Executivo e Legislativo, tem o papel fundamental de discutir questões plurais e complexas, pesar vantagens e desvantagens, decidir e arcar com o ônus político dessa decisão. Sob essa perspectiva, as políticas públicas são políticas *da coalizão*, porque o processo decisório envolve a participação do governo e dos partidos políticos da base aliada e, a depender da matéria, da oposição.

Desse modo, tampouco é adequado o argumento de que a coalizão se sustenta exclusivamente no propósito de obter cargos (diretorias e ministérios) e de viabilizar o desvio de recursos públicos em prol de partidos e agentes políticos. Essa visão ignora o processo eleitoral periódico e a demanda crescente do eleitor pela prestação de contas do exercício do mandato, especialmente numa sociedade em rede, por meio da qual os eleitores interagem diretamente com o parlamentar, responsabilizando-o politicamente por suas ações, palavras e votos.

A esse respeito, Limongi e Figueiredo sustentam que os partidos políticos buscam votos e políticas públicas ajustadas a seus valores e suas pautas programáticas. Integrar a coalizão impõe ganhos e perdas e os partidos políticos estão constantemente avaliando as consequências dessa decisão. Além de controlarem ministérios, os partidos políticos precisam patrocinar políticas que rendam dividendos eleitorais. A ideia de que se apropriar de ministérios com o único fim de desviar recursos públicos não parece ser uma estratégia eleitoral consistente (2017, p. 89-90).

A formação da coalizão e a sua manutenção mediante negociações políticas pode se sustentar em formas republicanas de pressão dos parlamentares para a liberação de emendas orçamentárias e para a ocupação de cargos estratégicos no Poder Executivo. A primeira (liberação de emendas) atende aos interesses das regiões e dos eleitores representados e viabiliza a realização de projetos importantes de infraestrutura, que não seriam realizados sem orçamento do governo federal. A segunda (cargos estratégicos) viabiliza a participação de parlamentares e partidos políticos aliados em decisões fundamentais sobre políticas públicas, compartilhando-se a responsabilidade da gestão e

facilitando a negociação com o Parlamento para a aprovação de reformas e novos projetos.

É por isso que, sem desconsiderar a influência das questões institucionais na análise do fenômeno da corrupção, não se pode atribuir ao presidencialismo de coalizão brasileiro a causa da crise iniciada no Brasil em 2013, com os movimentos sociais nas ruas, e intensificada com a Operação Lava Jato a partir de 2014, e que culminou com o *impeachment* da então Presidenta Dilma Rousseff, com a cassação de parlamentares e com a prisão e a condenação de vários empresários, diretores de estatais e políticos brasileiros.

Como propriamente afirmam Limongi e Figueiredo, corrupção e presidencialismo de coalizão coexistem, mas há uma enorme distância entre coexistência e causalidade (2018, p. 95).

Se o partido do Presidente da República tivesse maioria no Congresso Nacional, num sistema bipartidário, prescindindo de um esforço significativo para a formação e a manutenção da sua base de apoio, haveria menos corrupção? Não necessariamente. Se o objetivo do apoio fosse a mera obtenção de cargos, como explicar o comportamento de parlamentares que votam contra o governo, mesmo quando o seu partido integra a base aliada e comanda um ministério?

Atribuir os problemas enfrentados pelo Brasil exclusivamente à questão institucional relacionada ao sistema de governo é uma simplificação de um conjunto de aspectos que se reproduzem há décadas (quicá há cinco séculos), e que não vão se resolver com a substituição do presidencialismo pelo parlamentarismo.

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, Abranches já mostrava que a fragmentação partidária está calcada na heterogeneidade social e cultural brasileiras e que a sociedade não estaria suficientemente representada por um sistema bipartidário (2018, p. 14-15). O presidencialismo também é da tradição política brasileira, e houve expressa recusa ao sistema parlamentarista no referendo pós 1988. O sistema federativo sempre foi centralizador de competências e recursos na União, em detrimento dos governos regionais e locais. Não há como produzir reformas políticas radicais e artificiais, que desconsiderem as *bases tradicionais* da República brasileira.

Os sistemas políticos não estão imunes a crises e a ajustes que fomentem a legítima cooperação entre os Poderes Executivo e Legislativo e que reduzam os incentivos à multiplicação exacerbada de partidos, ao clientelismo e à corrupção. O aprimoramento das instituições é parte importante do processo de sedimentação das

democracias. Eliminar o presidencialismo de coalizão não significa eliminar a corrupção, tampouco resolve os problemas de coordenação da política brasileira, o que significa, em outras palavras, que não há sistema político que funcione sem que políticos façam escolhas (legítimas ou ilegítimas) e fixem estratégias para lidar com aliados e opositores. A política é feita de diálogo, compromissos e escolhas, e essas escolhas têm consequências, que serão avaliadas como erros ou acertos por distintos segmentos da sociedade. Isso é política, e não há sistema político que prescindia da política.

Em síntese, a crise da política brasileira não pode ser atribuída exclusivamente ao presidencialismo de coalizão, como que isentando de responsabilidade os atores políticos pelas escolhas, muitas vezes acertadas, mas tantas outras equivocadas, na condução dos rumos do país e no alcance do interesse público. Os problemas da democracia brasileira são multifatoriais e muito mais complexos e devem ser efetivamente enfrentados no *plano político* com responsabilidade, com compromisso e com diálogo.

Tese central do item 3.7: A corrupção é um fenômeno complexo e sua mensuração depende de distintas variáveis, algumas delas relacionadas às questões institucionais, que, a depender do arranjo normativo, podem oferecer maior ou menor incentivo a práticas de corrupção. Entretanto, não há consenso acadêmico quanto à relação necessária entre presidencialismo e maior incidência de corrupção, e tanto o parlamentarismo quanto o presidencialismo são sistemas que dependem de uma base de apoio no Parlamento para a garantia da governabilidade. As regras informais de conduta associadas ao presidencialismo de coalizão brasileiro, em especial a negociação de emendas do orçamento e de cargos estratégicos em ministérios e estatais, podem se desenvolver num contexto republicano de coordenação de política e de exercício da representação política, representando, a sua criminalização, uma severa restrição do exercício legítimo das funções legislativas.

3.8. Considerações finais

Este capítulo analisa o impacto da criminalização da política no desempenho da função legislativa e a crescente pressão dos sistemas social e jurídico

para a mudança de paradigma da atuação dos parlamentares em questões relacionadas à liberação de emendas do orçamento, à indicação de autoridades para o primeiro escalão do governo, à formação do governo de coalizão, à defesa de interesses de segmentos da base eleitoral.

O que antes estava abarcado pela margem de discricionariedade da atuação política, e cujos desvios éticos deveriam ser objeto de responsabilização no âmbito da própria Política, tem sido objeto de apropriação pelo sistema do Direito, especialmente pelo Direito penal, a partir da atuação proeminente dos órgãos de persecução penal, em clara violação ao princípio da legalidade, em suas dimensões de legalidade estrita e prévia.

Se, de um lado, há clara orientação dos órgãos de controle externo, do Poder Judiciário e da sociedade para o aperfeiçoamento das práticas políticas e administrativas, há, de outro lado, uma incompreensão das relações de poder que se estabelecem no âmbito da política e que cumprem papel importante no equilíbrio de forças entre partidos da base e da oposição e na formação de compromissos que viabilizam os processos de tomada de decisão política.

Como reação à forte tendência de criminalização da função legislativa, e à falta de elementos de ilicitude tipificados no Direito penal, defende-se que o acesso a agentes políticos, a defesa de interesses e a possibilidade de influenciar as decisões políticas são condutas que estão em consonância com a Constituição Federal, com as normas que regem o processo legislativo e com as normas informais que viabilizam a negociação e a construção de compromissos para a aprovação de matérias no Parlamento.

Em sociedades altamente complexas e plurais, a representação política é exercida por processos simultâneos de conexão e desconexão entre representantes e representados, que se viabilizam por distintos canais de acesso e de influência para a defesa de interesses (muitas vezes contrapostos) de segmentos sociais e produtivos. Ao invés de serem coibidas, essas novas formas de relacionamento entre representante e representados, muitas vezes virtuais, devem ser regulamentadas para assegurar a transparência e o controle e para viabilizar novas formas de representação política.

Nesse cenário, os mandatos coletivos ou compartilhados parecem assumir relevância na medida em que as novas tecnologias são empregadas para viabilizar o acesso e a influência entre o parlamentar e os coparlamentares para fins de compartilhamento do poder político inerente ao cargo. Trata-se de modelo experimental

no Brasil e no mundo e que oferece grandes dificuldades de regulação e operacionalização, mas que, aperfeiçoados, podem produzir resultados positivos no exercício da cidadania, bem garantir maior participação e controle social no desempenho da função legislativa.

Também como reação à criminalização, sustenta-se que o financiamento de campanhas eleitorais não pode ser confundido com a mercancia da função pública, porque esta tem como elemento fundamental a troca imediata de um ato legislativo por uma contraprestação definida, o *quid pro quo*, o que efetivamente configura o delito de corrupção passiva e deve ser objeto de responsabilização no âmbito do Direito.

Ademais, a relação que se estabelece entre partidos políticos e financiadores de campanhas eleitorais é uma relação de convergência de propósitos, não sendo uma relação ilícita, desde que observada a legislação eleitoral. Tampouco há ilicitude, ou mesmo imoralidade, no financiamento de diferentes partidos políticos e candidatos. Ao contrário, o financiamento oficial de distintos partidos políticos e candidatos dilui a influência do poder econômico entre os concorrentes, contribuindo para a manutenção da paridade de armas na campanha eleitoral.

A corrupção é um fenômeno complexo e sua mensuração depende de distintas variáveis, algumas delas relacionadas às questões institucionais, que, a depender do arranjo normativo, podem oferecer maior ou menor incentivo a práticas de corrupção. Não há, entretanto, uma relação necessária entre presidencialismo e corrupção, e tanto o parlamentarismo quanto o presidencialismo são sistemas que dependem de uma base de apoio no Parlamento para a garantia da governabilidade.

As normas informais de conduta associadas ao presidencialismo de coalizão brasileiro, em especial a negociação de emendas do orçamento e os cargos estratégicos em ministérios e estatais, podem se desenvolver num contexto republicano de coordenação política, representando, a sua criminalização, uma severa restrição do exercício legítimo das funções legislativas.

A mudança de paradigma para a atividade política, bem como o combate à corrupção e à impunidade, não pode enfraquecer o Poder Legislativo e colocá-lo em posição de inferioridade em face dos demais Poderes da República, porque o resultado desse desequilíbrio de forças políticas não é o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, mas sim a sua superação, pela violação do princípio estruturante da soberania popular.

3.9. Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sergio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34. 1988.

_____. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo : Companhia das Letras, 2018.

AVRITZER, Leonardo. Operação Lava Jato, Judiciário e Degradação Institucional. In: KERSCHE, Fábio; FERES JÚNIOR, João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 37-52.

BBC. O escândalo de corrupção que derrubou premiê espanhol e deixou poder na mão dos socialistas. In *BBC News*. Edição de 01 de junho de 2018. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44330279> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

BALLINGTON, Julie [et al.]. *Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sobre financiamento político*. FALGUERA, Elin; JONES, Samuel; OHMAN, Magnus (Org.). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

BATISTA, Mariana; MARQUES, Radamés. Instituições políticas e corrupção: uma análise da literatura comparada. *Revista Política Hoje*, Pelotas, v. 21, n. 1, p. 7-42. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650*. 17/09/2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Plebiscito de 1993. In *Eleições, Plebiscitos e Referendos*. Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Pesquisa revela que compra de votos ainda é uma realidade no país. *In TSE Notícias*. Edição de 02 de fevereiro de 2015a. Disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Fevereiro/pesquisa-revela-que-compra-de-votos-ainda-e-realidade-no-pais> Acesso em 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2018: TSE divulga o montante total do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. *In TSE Notícias*. Edição de 18 de junho de 2018. Disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/eleicoes-2018-tse-divulga-montante-total-do-fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-1> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1202, de 2007. *Disciplina a atividade de "lobby" e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353631> Acesso em 0 de julho de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Deputado eleito Felipe Rigoni (PSB-ES) comenta perspectivas de seu mandato. Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/547663-deputado-eleito-felipe-rigoni--psb-es--comenta-perspectivas-de-seu-mandato?pagina=6> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

CAMPOS, Nauro F.; GIOVANNONI, Francesco. Lobbying, corruption and political influence. *Public Choice*, v. 131, p. 1-21. 2014.

CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: as engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo : Companhia das Letras, 2018.

___ Interesses em jogo: doações de campanha e composição das comissões na Câmara dos Deputados. *In: 40º ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS)*. ST12 DINHEIRO, POLÍTICA E DEMOCRACIA, 2016. Anais [...], 2016. p. 01-26.

Disponível em <http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/40-encontro-anual-da-anpocs/st-10/st12-7/10251-interesses-em-jogo-doacoes-de-campanha-e-composicao-das-comissoes-da-camara-dos-deputados> Acesso em: 05 de dezembro de 2019.

CARNEIRO, Gabriela de Oliveira. Consenso e representação na democracia: uma análise individual e sistêmica do apoio aos partidos políticos em perspectiva comparada. In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). *O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. p. 33-60.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro : Zahar, 2018.

___ Dados de apoio. In: *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro : Zahar, 2018. Disponível em https://zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/material_de_apoio_-_dados_de_base.pdf Acesso em 10 de julho de 2019.

CHEIBUB, José Antônio; FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Partidos políticos e governadores como determinantes do comportamento legislativo na Câmara dos Deputados, 1988-2006. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 263-299. 2009.

CONGRESSO EM FOCO. Kajuru usa as redes sociais para definir voto do Presidente do Senado. Edição de 02 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/kajuru-usa-as-redes-sociais-para-definir-voto-a-presidente-do-senado/> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

___ Comissão aprova aumento do fundo eleitoral, que chega a 3,8 bi. Edição de 04 de dezembro de 2019a. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/comissao-aprova-aumento-do-fundo-eleitoral-que-chega-a-r-38-bi/> Acesso em: 05 de dezembro de 2019.

CONJUR. TRF-1 acolhe HC e tranca ação contra ex-procurador Marcelo Miller e colega. *In Consultor Jurídico*. Edição de 17 de setembro de 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-17/trf-acolhe-hc-tranca-acao-ex-procurador-marcelo-miller> Acessado em 10 de outubro de 2019.

DALLAGNOL, Deltan; POZZOBON, Roberson. Ações e reações no esforço contra a corrupção no Brasil. *In: PINOTTI, Maria Cristina (org.). Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2019. p. 129-183.

DATAFOLHA. Grau de confiança nas instituições. *In Instituto Datafolha*. Disponível em <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/10/9b9d682bfe0f1c6f228717d59ce49fdpci.pdf> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

EBC. Candidatura coletiva é eleita pela primeira vez em São Paulo. *In Jornal Agência Brasil*. Edição de 11 de outubro de 2018. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/candidatura-coletiva-e-eleita-pela-primeira-vez-em-sao-paulo> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

ESTADO DE MINAS. Brasil vive momento de ‘anomia’, diz Fernando Henrique Cardoso. *In Jornal Estado de Minas*. Edição de 2 de maio de 2017. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/05/22/interna_politica,870738/brasil-vive-momento-de-anomia-diz-fernando-henrique-cardoso.shtml Acesso em 10 de outubro de 2019.

ESTADÃO. “Enquanto houver bambu, lá vai flecha, diz Janot, sobre o fim do mandato”. *In O Estado de São Paulo*. Edição de 01 de julho de 2017. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,enquanto-houver-bambu-vai-ter-flecha-diz-janot,70001873242> Acesso em 10 de outubro de 2019.

EXAME. Presidencialismo tende a ser menos corrupto, diz economista. *In Revista Exame*. Edição de 07 de maio de 2016. Disponível em <https://exame.abril.com.br/revista-exame/presidencialismo-tende-a-ser-menos-corrupto-diz-economista/> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. Para Temer, semipresidencialismo seria muito útil para o país. *In Jornal Folha de São Paulo*. Edição de 21 de agosto de 2017. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1911690-para-temer-semipresidencialismo-seria-muito-util-para-o-pais.shtml>

___ Com reeleição abaixo de 50%, Câmara terá eleição recorde. *In Jornal Folha de São Paulo*. Edição de 09 de outubro de 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/com-reeleicao-abaixo-de-50-camara-tera-renovacao-recorde.shtml> Acesso em 11 de outubro de 2019.

G1. ‘Juntas’, cinco mulheres estreiam mandato coletivo na Assembleia Legislativa de Pernambuco. *In Jornal G1*. Edição de 08 de outubro de 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/eleicoes/2018/noticia/2018/10/08/juntas-cinco-mulheres-estreiam-mandato-coletivo-na-assembleia-legislativa-de-pe.ghtm> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

___ Bolsonaro sanciona Lei do Abuso de Autoridade com vetos a 36 dos 108 dispositivos do texto. *In Jornal G1*. Edição de 05 de setembro de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/05/bolsonaro-sanciona-com-vetos-lei-do-abuso-de-autoridade.ghtml> Acesso em 11 de outubro de 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

___ *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de investigações constitucionais*. Curitiba, PR, v. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.60965.

KLOTÁNOVÁ, Eva. Lobbying or corruption? *In: Conference proceedings of the 6th International Conference, The Change Economics Landscape: issues, implications and policy options*, UKD 338.2(063), may 30 – june 1, p. 71-78. 2013.

LAMBSDORFF, Johann Graf. How precise are perceived levels of corruption? Background paper to the 2001 Corruption Perceptions Index. *Transparency International*. Gottingen University, 2001. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/254238561> How Precise are Perceived Levels of Corruption Acesso em 05 de dezembro de 2019.

___ Measuring corruption: the validity and precision of subjective indicators (CPI). In: SAMPFORD, C. (Coord.). *Measuring corruption*. Aldershot: Ashgate Publishing, 2006. p. 81-100.

LAURENTIIS, Lucas De; DIAS, Roberto. Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 195, p. 07-24, jul/set. 2012.

LIMONGE, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Incentivos eleitorais, partidos e política orçamentária. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 02, p. 303-344. 2002.

___ Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 44, p. 81-215. 1998.

___ A crise atual e o debate institucional. *Novos Estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 36.03, nov., p. 79-97. 2017.

MACK, Charles S. *Lobbying and government relations: a guide for executives*. Londres: Quorum Books, 1989.

MARANHÃO, Jarbas. Partidos políticos e democracia. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, Brasília, v. 51, n. 201, jan-mar, p. 245-249. 2014.

MORO, Sérgio. Sobre a operação lava-jato. *In*: PINOTTI, Maria Cristina (org.). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2019. p. 184-216.

NEXO JORNAL. O que é mandato coletivo e quais os seus limites práticos e legais. *In Nexo Jornal*. Edição de 02 de março de 2018. Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/02/O-que-%C3%A9-mandato-coletivo.-E-quais-os-seus-limites-pr%C3%A1ticos-e-legais> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

PERRONE, Patrícia. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representation and democracy: uneasy alliance. *Scandinavian Political Studies*, v. 27, n. 3, p. 335-342. 2004.

PSB. Deputado Felipe Rigoni lança aplicativo de participação popular. *In PSB 40 anos*. Edição de 05 de fevereiro de 2019. Disponível em <http://www.psb40.org.br/noticias/deputado-felipe-rigoni-lanca-aplicativo-de-participacao-popular-sobre-seu-mandato/> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

NUNES, Felipe. The conditional effect of pork: the strategic use of budget allocation to build government coalitions in Brazil. *Teoria e Sociedade*, Belo Horizonte (UFMG), n. 26.2, p. 239-271, jul. 2019. ISSN 1518-4471.

O GLOBO. Lava-Jato: lista de Fachin tem oito ministros de Temer, cúpula do Congresso, Aécio, Jucá e Paes. *In Jornal O Globo*. Edição de 11 de abril de 2017. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-lista-de-fachin-tem-oito-ministros-de-temer-cupula-do-congresso-aecio-juca-paes-21194275> Acesso em 10 de outubro de 2019.

___ Ministério Público apresenta denúncia contra ex-procurador Marcelo Miller e o empresário Joesley Batista. *In Jornal O Globo*. Edição de 25 de junho de 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministerio-publico-apresenta->

[denuncia-contra-ex-procurador-marcelo-miller-e-o-empresario-joesley-batista.ghtml](#)

Acessado em 10 de outubro de 2019.

___ PGR defende a nulidade de inquérito de Toffoli e compara a investigação a ‘tribunal de exceção’. In *Jornal O GLOBO*. Edição de 03 de agosto de 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/pgr-defende-nulidade-de-inquerito-de-toffoli-compara-investigacao-tribunal-de-excecao-23852936> Acesso em 11 de outubro de 2019.

REVISTA GALILEU. Manifestações de ‘junho de 2013’ completam 5 anos: o que mudou? In *Revista Galileu*. Edição de 20 de junho de 2018. Disponível em <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/06/manifestacoes-de-junho-de-2013-completam-cinco-anos-o-que-mudou.html> Acesso em 10 de julho de 2019.

RIESELBACH, Leroy N. *Congressional Politics: the evolving Legislative System*. 2 ed. Boulder: Westview Press, 1995.

SECCHI, Leonardo (Coord.); CAVALHEIRO, Ricardo Alves; ITO, Letícia Elena; PAGANELA, Saulo Francisco; SILVA, Willian Quadros da. *Mandatos coletivos e compartilhados: inovação na representação legislativa no Brasil e no mundo*. 2 ed. Florianópolis: PVBLICA – Instituto de Políticas Públicas, 2019. Disponível em <https://arapyau.org.br/wp-content/uploads/2019/05/PUBLICA%C3%87%C3%83O-Mandatos-coletivos-e-compartilhados-inova%C3%A7%C3%A3o-na-representa%C3%A7%C3%A3o-legislativa.pdf> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

TERRA. Senadores repudiam emendas por apoio a reforma e a Eduardo. In *Terra Economia*. Edição de 20 de setembro de 2019. Disponível em <https://www.terra.com.br/economia/senadores-repudiam-emendas-por-apoio-a-reforma-e-a-eduardo,419f809e45b4a33bf56f2e8dfedd67a6kua7rkyl.html> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

TRANSPARENCY. *Corruptions Perception Index*. 2018. Disponível em <https://www.transparency.org/cpi2018> Acesso em 06 de dezembro de 2019.

___ Índice de Percepção da Corrupção 2018 mostra que os esforços anticorrupção estão paralisados na maioria dos países. Edição de 29 de janeiro de 2019. Disponível em https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcao_da_corrupcao_2018 Acesso em 5 de dezembro de 2019.

TREISMAN, Daniel. What have we learned about the causes of corruption from ten years of crossnational empirical research? *Annual Review of Political Science*, v. 10, dec/2007.

DOI: 10.1146/annurev.polisci.10.081205.095418. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228275439_What_Have_We_Learned_About_the_Causes_of_Corruption_From_Ten_Years_of_Cross-National_Empirical_Research Acesso em 05 de dezembro de 2019.

___ The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of Public Economics*, febr/2000.

DOI: 10.1016/S0047-2727(99)00092-4. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/4920765_The_Causes_of_Corruption_A_Cross-National_Study Acesso em 05 de dezembro de 2019.

ÚLTIMO SEGUNDO. Eleições 2018: Senado tem 85% de renovação, a maior de toda a sua história. *In Jornal Último Segundo*. Edição de 08 de outubro de 2018. Disponível em <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2018-10-08/renovacao-politica-eleicoes-2018.html> Acesso em 11 de outubro de 2019.

UOL. Se decisão do STF valesse em 2015, campanhas teriam 80% menos recursos. *In UOL Notícias*. Edição de 19 de setembro de 2015. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/09/19/se-decisao-do-stf-valesse-em-2014-campanhas-teriam-80-menos-recursos.htm> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

___ Apoio para fechar o Congresso avança entre a direita, mostra pesquisa. *In UOL Notícias*. Edição de 10 de junho de 2019. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/10/apoio-a-fechar->

[congresso-e-stf-avanca-entre-a-direita-mostra-pesquisa.htm](#) Acesso em 11 de outubro de 2019.

VALOR ECONÔMICO. PF faz busca em endereço ligado a Luciano Bivar, Presidente do PSL. *In Jornal Valor Econômico*. Edição de 15 de outubro de 2019. Disponível em <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/10/15/presidente-do-psl-luciano-bivar-e-alvo-de-buscas-da-pf.ghtml> Acesso em 10 de outubro de 2019.

___ Toffoli instaura inquérito para apurar calúnias e ameaças contra o STF. *In Jornal Valor Econômico*. Edição de 14 de março de 2019a. Disponível em <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/03/14/toffoli-instaura-inquerito-para-apurar-calunias-e-ameacas-contr-o-stf.ghtml> Acesso em 11 de outubro de 2019.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, v. 67, p. 139-190. 2006.

CAPÍTULO 4. CRIMINALIZAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA E O ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS

Gabrielle Tatith Pereira¹⁴⁴

4.1. Introdução

A *Criminalização da Função Legislativa* é um subconceito da criminalização da política e consubstancia-se pela obstrução do funcionamento normal da democracia representativa e sua substituição por um ativismo dos órgãos de persecução penal (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), que, a partir do alargamento interpretativo de categorias sancionatórias do Direito, especialmente do Direito Penal, tem atuado para restringir as imunidades material e formal e restringir o desempenho da função legislativa.

O fenômeno da criminalização surge num contexto de crises em que o papel do Estado e da democracia representativa é fortemente questionado pelos cidadãos. Tem-se um momento de desprezo pelos políticos, constantemente associados a práticas imorais e ilícitas e tidos como detentores de privilégios, que os distanciam da população e dificultam a sua responsabilização.

No Capítulo 3, a criminalização da função legislativa foi estudada em sua perspectiva orgânica, ou seja, a partir das diferentes funções desempenhadas pelos parlamentares no exercício do mandato e de sua associação com práticas de corrupção.

A diversidade de atribuições inerentes à função legislativa exige que o Poder Legislativo e os parlamentares estejam dotados de um conjunto de prerrogativas, direitos e deveres, de estatura constitucional, capaz de viabilizar o desempenho livre e independente do mandato, não apenas para assegurar o normal funcionamento das Casas

¹⁴⁴ Advogada do Senado Federal desde 2009. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Público. Pós-graduanda em Comunicação Eleitoral e Marketing Político pela Universidade Estácio de Sá. Graduada pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Facilitadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Acadêmicas em Direito do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) intitulado *Criminalização da Política e Poder Legislativo: o regime jurídico da responsabilidade pelo exercício da função legislativa*. Membro do projeto de pesquisa da Escola de Formação Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) intitulado *Direito e Política: riscos e desafios para o sistema de justiça brasileiro*.

Legislativas, mas também para proteger os mandatários de pressões de seus próprios pares, dos Poderes Executivo e Judiciário e da sociedade.

Nesse sentido, o Estatuto dos Congressistas compreende um *microssistema de direito material e processual* constitutivo do regime jurídico aplicável ao exercício do mandato parlamentar na República Federativa do Brasil. É um conjunto de normas constitucionais que estabelece prerrogativas, direitos, deveres e incompatibilidades a que estão sujeitos os exercentes de mandato eletivo no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e na Câmara Legislativa Distrital.¹⁴⁵

Trata-se de um conjunto normativo destinado à proteção do Poder Legislativo, do exercício livre e independente do mandato parlamentar e da organização das forças políticas, especialmente as minorias, referindo-se, portanto, a direitos públicos de dimensão objetiva ou institucional (*intuitu functionae*), cujos titulares são o próprio Poder e o cargo público de senador ou deputado federal. Não se trata de direito subjetivo (*intuitu personae*), voltado à defesa de interesses particulares, razão pela qual sequer estão na esfera de disponibilidade do titular do mandato, consubstanciando direitos irrenunciáveis.

Garantia universalmente assegurada aos parlamentares nos regimes constitucionais instituídos a contar do século XVIII (HORTA, 2010, p. 558), as imunidades estiveram presentes em todas as constituições brasileiras, em maior ou menor amplitude. O Supremo Tribunal Federal tem historicamente reconhecido a dimensão objetiva das normas que compõem o Estatuto dos Congressistas, podendo-se considerar como *leading case* o julgamento do Habeas Corpus n. 1.073, de 1898 (BRASIL, 1898),¹⁴⁶ em que se pretendia a soltura de um senador e dois deputados federais, presos por decreto do Presidente da República durante o estado de sítio.

Na ordem constitucional de 1988, há significativos precedentes da Corte que igualmente ressaltam a dimensão objetiva do regime jurídico-político aplicável aos

¹⁴⁵ Por força do disposto no art. 29, inc. VIII e IX, da Constituição Federal, aos vereadores aplica-se o regime jurídico aplicável aos parlamentares da União.

¹⁴⁶ “[...] Considerando que a imunidade, inerente à função de legislar, importa essencialmente à autonomia e independência do Poder Legislativo, de sorte que não pode estar incluída entre as garantias constitucionais que o estado de sítio suspende, nos termos do art. 80 da Constituição, pois, de outro modo, se ao Poder Executivo fosse lícito arrear de suas cadeiras deputados e senadores, ficaria à mercê do seu arbítrio, e, por isso mesmo, anulada a independência desse outro poder político, órgão, como ele, da soberania nacional (Const., art. 15) e o estado de sítio, cujo fim é defender a autoridade e livre funcionamento dos poderes constituídos, converter-se-ia em meio de opressão senão de destruição de um deles [...]” (BRASIL, 1898).

parlamentares,¹⁴⁷ reconhecendo-se que, no contexto normativo atual, as imunidades atuam como condição de garantia de independência do Poder Legislativo em face dos outros Poderes do Estado.

Não obstante, o desgaste da política e os escândalos de corrupção envolvendo políticos legitimam discursos moralistas que objetivam restringir prerrogativas do Poder Legislativo e dos parlamentares em prol do combate à corrupção e à impunidade. Nesse contexto, o âmbito de aplicabilidade das imunidades material e formal tem sido judicialmente redefinido pelo Supremo Tribunal Federal, à revelia dos limites semânticos das normas constitucionais, assumindo alguns ministros publicamente a narrativa de que devem coibir o abuso de prerrogativas parlamentares e restabelecer a “dignidade” do Poder Legislativo.

Nesse contexto, são exemplos do esvaziamento normativo do Estatuto dos Congressistas pelo ativismo do Supremo Tribunal Federal: a restrição ao foro por prerrogativa de função exclusivamente a parlamentares no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018); as prisões e os afastamentos cautelares de parlamentares na Ação Cautelar n. 4039 (BRASIL, 2015) e na Ação Cautelar n. 4327 (BRASIL, 2017); o reconhecimento da possibilidade de aplicação de medidas cautelares penais a parlamentares no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526 (BRASIL, 2017a); o afastamento do Presidente do Senado Federal por decisão monocrática na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 402 (BRASIL, 2016b); o recebimento de denúncia por injúria e incitação ao crime em face de parlamentar por manifestação proferida na tribuna da Câmara dos Deputados no Inquérito n. 3932 (BRASIL, 2016) e na Petição n. 5243 (BRASIL, 2016a).

Fortemente pressionados pela sociedade e pela imprensa, e atuando como *players*, como atores políticos que agem estrategicamente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm deixado de atuar como guardiões da Constituição, em atuação institucional de natureza contramajoritária, para implementar reformas estruturantes que julgam imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito, à revelia de um debate plural e responsável sobre as opções políticas fundamentais da democracia brasileira e sobre as consequências jurídicas, políticas e econômicas de suas decisões.

Partindo-se de tais premissas, neste capítulo, pretende-se analisar a Criminalização da Função Legislativa na perspectiva do regime jurídico aplicável aos

¹⁴⁷ Ver, por exemplo: Inq. 510, STF (BRASIL, 1991); Inq 1024 QO (BRASIL, 2002); AgR Pet. n. 5626, STF (BRASIL, 2018a).

parlamentares e do movimento crescente de sua redefinição pela via interpretativa (ativismo judicial), mediante restrição das imunidades material e formal, com impactos diretos no regime democrático e no sistema de freios e contrapesos delineados na Constituição Federal.

Inicia-se o capítulo retomando (mais uma vez) a discussão sobre o papel desempenhado pelas imunidades parlamentares nas democracias contemporâneas e sobre consubstanciarem prerrogativas da instituição e de seus membros ou, em contrapartida, privilégios usurpadores do princípio constitucional da igualdade. A partir de uma breve análise da evolução do instituto, busca-se demonstrar que as imunidades constituem garantias instrumentais contra formas atuais, muitas vezes sutis, de autoritarismo, revestindo-se de fundamental importância para a preservação dos regimes democráticos.

Trata-se, na sequência, do conceito e da abrangência da imunidade material e das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que, no contexto de Criminalização da Função Legislativa, implicam uma restrição significativa do alcance do instituto e, conseqüentemente, uma restrição da liberdade de manifestação do parlamentar no desempenho da função legislativa sob dupla perspectiva: a da possibilidade de responsabilização civil do ente público por opiniões, palavras e votos do parlamentar imune; e a da possibilidade de responsabilização criminal e civil do parlamentar por opiniões, palavras e votos proferidos na sede do Parlamento.

Por fim, trata-se do conceito de imunidade formal e, também no contexto de Criminalização, da recente restrição do instituto do foro por prerrogativa de função por decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem em Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2017). Faz-se uma análise crítica dos limites objetivos e subjetivos e das conseqüências da decisão, buscando demonstrar que foram violados os princípios constitucionais da igualdade e republicano, justamente aqueles que, na linha do voto condutor, fundamentaram a interpretação restritiva. Argumenta-se igualmente que a decisão extrapola os limites da interpretação constitucional e provoca uma ruptura da integridade e da coerência do sistema de precedentes.

4.2. Imunidades parlamentares: prerrogativas ou privilégios?

Um aspecto subjacente ao debate a respeito da restrição às imunidades material e formal é a compreensão do papel que esses institutos desempenham nos

regimes democráticos. Passados séculos da institucionalização do Poder Legislativo, e diante das profundas mudanças sociais e políticas experimentadas pelas sociedades, as prerrogativas asseguradas aos parlamentares ainda se mostram indispensáveis à garantia da independência do Poder Legislativo? Ou se tornaram anacrônicas, consubstanciando verdadeiro privilégio?

A criminalização da função legislativa pressiona o sistema da política para modificar o regime jurídico aplicável aos parlamentares, igualando-o ao regime jurídico aplicável à generalidade dos cidadãos, sob o fundamento de que, nas repúblicas, não se admitem posições privilegiadas, já que todos são iguais perante a lei, e não poderia haver tratamento diferenciado àqueles investidos da nobre missão de tutelar o interesse público.

Essa narrativa, amplamente encampada pela sociedade e por segmentos da imprensa e do Poder Judiciário, constitui uma simplificação da atribuição de responsabilidades no regime de governo republicano. Ademais, desconsidera que o Estado Democrático de Direito tem como premissas fundamentais a divisão orgânica das funções estatais e o império da lei como critério de legitimação do poder do Estado. A função legislativa é fonte primordial do Direito nas democracias constitucionais e o seu exercício livre e independente, assegurado pelo microsistema dos congressistas, é condição mesma de existência do Poder Legislativo e, conseqüentemente, dos regimes democráticos. Assim como não há jurisdição sem a garantia do juiz imparcial, não há democracia sem a garantia da imunidade parlamentar.

De fato, considerando o regime jurídico aplicável à função legislativa, pode-se afirmar que o seu *núcleo essencial* repousa nas imunidades parlamentares, por se tratarem de *garantia meio ou instrumental*, fundamental e indispensável ao exercício livre e independente da atividade do legislador, em todas as suas múltiplas funções.

As imunidades parlamentares pressupõem regime democrático e sistema representativo, ou seja, pressupõem um espaço público heterogêneo de representação (PIOVESAN e GONÇALVES, 2003, p. 193). Nas democracias, a esfera pública encontra-se fracionada e congrega uma multiplicidade de visões de mundo parcialmente compartilhadas, ou mesmo inconciliáveis. Os parlamentos têm um papel fundamental no equacionamento dessas visões de mundo, na definição de prioridades e na formação de compromissos, maioria e oposição. O processo político-legislativo é o *locus* adequado de tratamento das divergências para a formação de consensos normativos, redução de complexidade e estabilização (a níveis aceitáveis) do convívio social.

Nesse contexto, o debate livre e desembaraçado de ideias é condição essencial à acomodação das diferenças e ao respeito à participação das minorias. É por isso que o caráter instrumental das imunidades parlamentares vai além da neutralização do Poder Legislativo em face dos poderes Executivo e Judiciário para viabilizar a própria existência das minorias.¹⁴⁸

As imunidades parlamentares são *prerrogativas* inerentes e indissociáveis ao exercício da função legislativa. Por sua dimensão de direito objetivo, destinam-se a preservar a liberdade do exercício do mandato, a independência do próprio Parlamento e a organização das forças políticas (maioria/minoria). Entretanto, a crise de legitimidade das democracias representativas reacende, com frequência, a discussão acerca da natureza pública ou privada das imunidades parlamentares. Prerrogativas ou privilégios?

No Estado Liberal, as imunidades parlamentares espelhavam na esfera pública os direitos individuais, especialmente a liberdade de expressão e de locomoção, garantidos aos cidadãos na esfera privada. Tratava-se de um direito reflexo (PIOVESAN e GONÇALVES, 2003, p. 194). Se os parlamentares eram os representantes dos cidadãos no exercício do poder estatal, deviam titularizar os mesmos direitos e garantias individuais dos cidadãos no exercício do mandato.

Com o advento do Estado Social, com o surgimento de novas formas de participação no espaço público (sindicados, associações, entidades de classe, multinacionais, conglomerados econômicos, instituições financeiras, organizações não-governamentais etc.), com o aumento da participação política dos cidadãos por meio da internet (blogs, twitter, facebook, instagram, whatsapp, telegram etc.) e com a perda da centralidade da lei como fonte de direitos, em prol do ato administrativo e (principalmente) da decisão judicial, tem-se uma reconfiguração do papel do Parlamento nas democracias contemporâneas e, conseqüentemente, do papel do legislador.

Se o Direito assume preponderância na realização da igualdade, especialmente na efetivação dos direitos sociais, e se há uma descentralização das formas de representação política, com o deslocamento do eixo do Parlamento para outras instituições públicas e privadas, a sociedade passa a questionar o papel

¹⁴⁸ Segundo Flavia Piovesan, e Guilherme Leite, “a controvérsia, enquanto condição de decidibilidade, atribui à imunidade parlamentar uma função essencial na formação da democracia contemporânea: além de neutralizar o Legislativo da ingerência dos demais poderes, viabiliza a existência de minorias” (PIOVESAN e GONÇALVES, 2003, p. 193).

desempenhado pela Política e toda a estrutura estatal voltada a sustentar os agentes políticos e suas prerrogativas.

A crítica à atuação dos legisladores, agravada com os escândalos de corrupção, e as promessas não cumpridas pelo Estado Social produzem forte pressão social para que as imunidades sejam redefinidas, porque associadas a privilégios, ou seja, dotadas de forte carga antissocial e anti-isonômica.

Segundo Flávia Piovesan e Guilherme Gonçalves, o redimensionamento do instituto tem ocorrido em vários países da Europa e da América (2003, p. 198).¹⁴⁹ No Brasil, as imunidades parlamentares sempre foram uma constante no direito constitucional e o seu núcleo essencial se manteve preservado, à exceção das Constituições ditatoriais de 1937 e 1967, com a redação conferida pela EC n. 01/69. Com o advento da Constituição Federal de 1988, as imunidades parlamentares foram reestabelecidas em sua plenitude no ordenamento jurídico brasileiro, abarcando não apenas a inviolabilidade por palavras, opiniões e votos, mas igualmente a prerrogativa de foro e a licença prévia para o processo criminal de senadores e deputados. Entretanto, acompanhando o movimento das democracias constitucionais, o Brasil restringiu o alcance das imunidades parlamentares com a promulgação da EC nº 35/2001, sob a justificativa de se assegurar a igualdade de direitos entre todos os cidadãos. A principal mudança referiu-se à extinção da licença prévia para o processo criminal de senadores e deputados federais, considerada uma condição de procedibilidade para o recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal.

Mais recentemente, e associadas ao fenômeno da criminalização da política e, em especial, da função legislativa, há diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que têm esvaziado o alcance normativo das imunidades material e formal, redefinindo o regime jurídico aplicável aos parlamentares e, conseqüentemente, o sistema de freios e contrapesos desenhado pela Constituição de 1988, uma vez que tais modificações não se reproduzem em igual medida aos membros dos Poderes Executivo e Judiciário,

¹⁴⁹ Segundo os autores “os delineamentos da imunidade parlamentar passam a ser redefinidos. A Lei Fundamental de Bonn, por exemplo, prescreveu certos limites à liberdade de falar não aplicando a inviolabilidade em casos de ofensas caluniosas. Já as Constituições da Argentina, do Chile, da Bolívia, da Espanha, de Portugal, da Itália e da França condicionaram o alcance da imunidade material ao exercício das funções parlamentares. Esta modalidade de imunidade foi ainda mais limitada pelas Constituições de Porto Rico e da República Dominicana, que a estipularam somente no momento das sessões das Câmaras. A imunidade processual, concernente ao processo criminal, por sua vez, foi banida pelas Constituições da Colômbia de 1991, de Portugal de 1976, da República Dominicana de 1966, de Porto Rico de 1956, da Costa Rica de 1949. A licença para o processo dos deputados nas Constituições mexicana de 1917 e chilena foi transferida ao Poder Judiciário, retirando este poder da própria Casa Parlamentar” (PIOVESAN e CONÇALVES, 2003, p. 198).

também dotados de similares prerrogativas para o exercício independente de seus cargos.

Historicamente, a narrativa de que as imunidades convolveram-se em privilégios é reforçada pelo fato de que foram concebidas fundamentalmente para minimizar o risco do arbítrio representado pelo Absolutismo, garantindo aos parlamentares de outrora a liberdade de manifestação e de voto e a liberdade de locomoção. Muito embora o risco de retorno a um Estado de configuração absolutista seja inexistente na atualidade, as formas de arbítrio estão muito presentes nas democracias constitucionais e têm enorme potencialidade para produzir disfuncionalidades.

Além de exemplos mais claros de ditaduras, sustentadas pela força militar (como Cuba, China e Venezuela), verifica-se nas democracias da atualidade o crescimento do radicalismo na organização das forças políticas, com o fortalecimento de líderes populistas que dão vazão a ideologias de extrema direita e de extrema esquerda. A intolerância e o discurso de ódio transformam a esfera pública numa arena de combate, em que os plurais são vistos como inimigos que devem ser eliminado dos espaços de discussão e de formação da vontade estatal. O debate travado no ambiente virtual, especialmente nas redes sociais, não observa regras basilares de participação, tampouco considera os atores como iguais.

Essa realidade de violência, aliada à difusão das formas de representação, produz a séria consequência de deslegitimar os canais institucionais do Poder Legislativo, nos quais, pelas regras do jogo político, pautadas pelo Estado de Direito, há de ser garantido o debate plural e o espaço das minorias. A importância dos canais institucionais está justamente no *design* normativo que lhes impõe, sob pena de invalidade, observar o sistema jurídico-constitucional.

Essa é a razão, aliás, de as imunidades estarem preservadas inclusive durante o estado de sítio, somente podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para atos que sejam praticados fora do recinto do Congresso Nacional e desde que incompatíveis com o estado de sítio (art. 53, § 8º, da Constituição Federal).

Nesse sentido, e a despeito das transformações experimentadas pelas sociedades contemporâneas, não se pode prescindir de poderes soberanos e dotados de prerrogativas constitucionais que, em momentos de reorganização das forças políticas e

sociais, sejam efetivamente capazes de proteger os direitos e as garantias individuais, razão primeira e fundamental da existência do Estado Democrático de Direito.

É por isso que a existência de prerrogativas que objetivam o normal funcionamento das instituições e o exercício livre do cargo público perpassam os agentes políticos de todos os Poderes da República, não apenas do Poder Legislativo. E juntamente com as prerrogativas, submetem-se a deveres e vedações, também inerentes ao exercício do cargo público.

As formas de autoritarismo são uma ameaça constante nos regimes democráticos, especialmente quando se manifestam de formas veladas. São mudanças paulatinas voltadas a reduzir a capacidade de organização e de mobilização da sociedade civil, ou das minorias, objetivando neutralizar ou anular a participação na esfera pública. Controle da imprensa, redução do orçamento de universidades, desmobilização dos sindicatos, ideologização da educação, alteração da composição das cortes constitucionais, extinção de conselhos públicos ou redução da representatividade da sociedade civil etc.

Nesse contexto, em que as formas de arbítrio se tornam cada vez mais sofisticadas, acompanhando a complexidade das relações políticas e sociais, o instituto das imunidades parlamentares continua a ter importância fundamental para a garantia da independência entre os Poderes, já que a sua supressão imporá aos parlamentares uma significativa restrição da liberdade no desempenho da função legislativa, além de uma posição de inferioridade em face dos agentes políticos dos Poderes Executivo e Judiciário, que, como já afirmado, gozam de similares prerrogativas constitucionais.

Além disso, as imunidades têm também importância fundamental para a garantia de um canal institucional em que minimamente assegurada a participação das forças políticas representadas no Parlamento, principalmente das minorias, com direito a voz, voto e locomoção livres, impedindo-se qualquer forma de perseguição ou aniquilação da diversidade no regime democrático.

Tese central o item 4.2: Diante das formas de arbítrio, muitas vezes veladas, dos regimes democráticos contemporâneos, as imunidades parlamentares continuam a ter natureza pública (dimensão objetiva) e constituem prerrogativas indispensáveis à independência do Poder Legislativo e à garantia da liberdade de fala e de locomoção do parlamentar no desempenho da função legislativa. As imunidades parlamentares constituem também condição de existência e de participação de diferentes forças

políticas no Parlamento, especialmente as minorias, assegurando representatividade à pluralidade inerente às sociedades contemporâneas.

4.3. Imunidade material e responsabilidade do ente público: um sinal de alerta

As imunidades materiais ou inviolabilidades afastam a responsabilidade do parlamentar por *quaisquer opiniões, palavras e votos*. Muito embora precipuamente relacionadas a afastar os delitos de opinião, ou seja, os delitos de calúnia, difamação e injúria, as imunidades materiais consubstanciam verdadeira *cláusula constitucional geral de irresponsabilidade* pelo exercício da liberdade de expressão no desempenho da função legislativa.

Há significativa divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica das imunidades materiais: atipicidade, excludente de ilicitude, isenção de pena, incapacidade penal, irresponsabilidade.¹⁵⁰ José Afonso da Silva afirma que a inviolabilidade é a exclusão de cometimento de crime por deputados e senadores em razão de suas palavras, opiniões e votos. Para o autor, o fato típico deixa de constituir crime porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência de norma penal (2007, p. 420). No mesmo sentido, Horta sustenta que a imunidade é imunidade de fundo, ou seja, a opinião e o voto perdem qualificação penal quando proferidos no exercício do mandato legislativo (2010, p. 564).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a inviolabilidade penal do *caput* do art. 53 exclui a antijuridicidade do fato e, portanto, a responsabilidade decorrente de opiniões, palavras e votos concernentes ao exercício do mandato (2015, p. 207). Já Walber de Moura Agra afirma que a imunidade material é causa de irresponsabilidade. Segundo o autor, os elementos do crime permanecem consubstanciados – fato típico, antijurídico e culpável –, mas as suas consequências não podem ser imputadas a quem deu causa porque a norma constitucional afasta a responsabilidade de deputados e senadores por opiniões, palavras e votos, desde que relacionados ao exercício do mandato (2007, p. 361).

A definição da natureza jurídica das inviolabilidades não é mero tecnicismo. Tem repercussão significativa no regime de responsabilidade pelo exercício da função

¹⁵⁰ Ver, por exemplo: (MORAES, 1998, p. 51); (SANTOS, 2003, p. 152-153).

legislativa tanto para o parlamentar quanto para o ente público. Isso porque, muito embora afastada a responsabilidade do mandatário, entendendo-se o fato como típico, antijurídico e culpável nas esferas penal e civil, pode-se cogitar da responsabilidade civil objetiva do ente público por atos praticados por seu agente no exercício da função (art. 37, § 6º, da Constituição). A questão está posta no Recurso Extraordinário n. 632.115/CE (BRASIL, 2017b), de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. O Supremo Tribunal Federal reconheceu por unanimidade a repercussão geral da matéria em junho de 2017.¹⁵¹

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído à imunidade material a natureza de excludente de responsabilidade criminal e civil, estendendo-se a excludente à responsabilidade do ente público pelos atos praticados por seus agentes.¹⁵² Independentemente da qualificação por vezes divergente das imunidades, ora excludentes de tipicidade, ora excludentes de antijuridicidade, ora ainda cláusula constitucional de irresponsabilidade, o Supremo Tribunal Federal vinha reiteradamente afastando a responsabilidade pessoal do parlamentar e a responsabilidade do ente público.

O reconhecimento de repercussão geral nessa questão constitucional, em sentido radicalmente distinto de precedentes anteriores da Corte, viola a coerência e a integridade do sistema de precedentes, porque constitui indicativo de que o conceito e a extensão do instituto da imunidade material, como historicamente consolidado na doutrina e na jurisprudência pátrias, podem ser redesenhados para afetar o *núcleo essencial* de prerrogativa da maior importância para o desempenho da função legislativa e para a independência do Poder Legislativo.

Desde sua origem, o conceito de imunidade material sempre abarcou a impossibilidade de responsabilização do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos na esfera criminal e na esfera civil. Ainda que comumente abordada sob a perspectiva de responsabilização pessoal e direta do parlamentar, a irresponsabilidade do ente público é consequência juridicamente necessária, porque as imunidades não se referem

¹⁵¹ “Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Responsabilidade Civil do Estado por atos protegidos por imunidade parlamentar. Presença de Repercussão Geral. 1. A decisão recorrida reconheceu a responsabilidade civil objetiva do Estado e condenou o ente público ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de atos protegidos por imunidade parlamentar. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se a inviolabilidade civil e penal assegurada aos parlamentares, por suas opiniões, palavras e votos, afasta a responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição.[...]” (BRASIL, 2017b)

¹⁵² Ver, a respeito: RE n. 232.057/DF (BRASIL, 2009); Inq. 3948 (BRASIL, 2016b); Pet 5626 AgR (BRASIL, 2018a).

à incapacidade civil ou penal do emissor do discurso, mas ao *conteúdo* mesmo da opinião, palavra ou voto, que, proferido no exercício de função legislativa, é intocável, imune, à incidência das normas penais e civis.

As imunidades materiais, por constituírem o núcleo essencial das prerrogativas inerentes aos parlamentares, são manifestação inafastável da independência do Poder Legislativo e, portanto, *cláusula pétrea* prevista no art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal.

Veja-se que os membros da magistratura também estão imunes à responsabilidade pessoal por seus atos jurisdicionais, ressalvados os casos de dolo ou fraude e de omissão, retardamento ou recusa de prática de ato, sem justa causa (art. 49 da LC n. 35/79 e art. 143 do CPC). A responsabilidade objetiva do Estado pelo exercício da função judicial é também excepcional e tem assento constitucional no art. 5º, inciso LXXV, para as situações gravíssimas de condenação por erro judiciário e de prisão por tempo superior ao fixado na sentença. Mas, como regra, carece de possibilidade jurídica a responsabilização do ente público pelo exercício da função judicial, especialmente pelas manifestações do magistrado ou pelo conteúdo de suas decisões judiciais.

Sob essa perspectiva, o cerceamento da liberdade de manifestação do parlamentar no exercício da função legislativa pelo reconhecimento da possibilidade jurídica de responsabilização objetiva do ente público por suas opiniões, palavras e votos exorbita as possibilidades hermenêuticas do art. 53, *caput*, da Constituição Federal, porque afeta o *núcleo essencial* da imunidade material, uma vez que o mandatário estará certamente tolhido em sua plena liberdade de expressão pela mera possibilidade de uma ação de reparação de danos contra o ente público em decorrência de suas manifestações políticas.

Além disso, a imunidade material, por ser garantia instrumental da independência do Poder Legislativo, constitui elemento nuclear do princípio da harmonia e independência entre os Poderes, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e que, por constituir cláusula pétrea, não pode ter seu conteúdo normativo esvaziado mediante a supressão de prerrogativas institucionais asseguradas a seus membros.

Tese central do item 4.3: A responsabilização do ente público pelas opiniões, palavras e votos do parlamentar é também manifestação do fenômeno da criminalização da

função legislativa, embora não diretamente, porque se insere num movimento mais amplo de restrição do regime jurídico constitucional aplicável aos parlamentares, principalmente quanto ao alcance das imunidades material e formal, elementos nucleares do Estatuto dos Congressistas voltados a assegurar ampla liberdade de manifestação e de locomoção do ocupante de cargo legislativo.

4.4. Imunidade material, critérios funcional e espacial e a superação da regra constitucional

A inviolabilidade por opiniões, palavras e votos do parlamentar estende-se ao desempenho da função legislativa em sentido amplo, compreendendo a atuação do parlamentar no processo legislativo (discursos na tribuna, relatórios, votos, opiniões, questionamentos, requerimentos etc.), o exercício da atividade político-partidária, a representação dos interesses do eleitorado e do Estado de origem, a articulação política com o governo, a fiscalização dos atos estatais e o julgamento político de agentes públicos.

Segundo o arranjo constitucional de 1988, e diferentemente de constituições anteriores, não se reproduziu no *caput* do art. 53 a expressão que vinculasse a imunidade material ao “exercício do mandato”. A novidade, introduzida pelo constituinte originário, teve o objetivo de ampliar a incidência das inviolabilidades ao desempenho amplo da função legislativa. O seu alcance estende-se, portanto, a todas as atividades inerentes ao exercício das funções constitucionais do Poder Legislativo, ou seja, das funções constitucionais do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, e em qualquer lugar do território nacional.

A norma contida no artigo 53 da Constituição, bem como a norma do seu artigo 27, parágrafo 1º, que trata dos deputados estaduais, decorre de uma opção política de se assegurar, de modo pleno e irrestrito, a imunidade do parlamentar federal, estadual e distrital no exercício da função legislativa.¹⁵³ Tanto é assim que, em relação aos vereadores (art. 29, inciso VIII, da Constituição), o constituinte manteve expressamente o alcance da imunidade aos atos praticados no exercício do mandato e na circunscrição territorial do município.

¹⁵³ A respeito da *mens legis* do art. 53 da Constituição, ver o voto do então Ministro Nelson Jobim no RE n. 210.917-7/RJ (BRASIL, 1998).

A redação inaugurada pela Constituição de 1988 foi objeto de específica consideração pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Inquérito n. 396 (BRASIL, 1989), decidindo-se que a imunidade material incidiria não apenas aos atos praticados *estritamente* no exercício do mandato (manifestações na tribuna ou nas comissões, pareceres, votações etc.), mas também aos atos logicamente vinculados à atividade parlamentar. Exige-se, a partir de então, *o nexó de implicação recíproca* entre a manifestação do congressista, ainda que fora do estrito exercício do mandato, e a condição de deputado ou senador, ou seja, a condição de agente político do Poder Legislativo.¹⁵⁴

Essa interpretação coaduna-se com a complexidade e com a amplitude do desempenho da função legislativa, a abarcar a atividade de representação política, a atividade político-partidária, a atividade de fiscalização e a atividade de julgamento de agentes políticos. Diante das pressões a que está submetido o parlamentar e das formas (sempre presentes) de arbítrio, as funções legislativas somente serão exercidas com independência se o parlamentar estiver salvaguardado em sua liberdade de manifestação se e enquanto atuar como ocupante de cargo eletivo, mesmo que fora do exercício de atividade tipicamente legislativa (processo legislativo).

Trata-se de compreensão essencial na atualidade, considerando a evolução dos meios de comunicação de massa e a sua utilização como instrumento de exercício da função legislativa. As plataformas virtuais (blogs, Facebook, Instagram, Telegram, Twitter, Youtube etc.), o rádio e a televisão são poderosas ferramentas de comunicação do parlamentar e viabilizam a transparência e o controle dos atos legislativos e a amplitude do debate político. O parlamentar, pela relevância do cargo ocupado, não se despe da qualidade de agente político em suas manifestações públicas,¹⁵⁵ havendo a *presunção relativa* de que elas são proferidas *no exercício do mandato* (relação de causalidade) ou *em razão do exercício do mandato* (relação de conexão).

Constata-se que o âmbito de incidência da imunidade material delimita-se preponderantemente pelo *critério funcional*, ou seja, pelo nexó de implicação recíproca entre os delitos de opinião e o pleno desempenho da função legislativa, operando-se, em

¹⁵⁴ No mesmo sentido, ver: Inq QO n. 390 (BRASIL, 1989a); Inq n. 503 (BRASIL, 1992); AgInq n. 874 (BRASIL, 1995).

¹⁵⁵ Nesse sentido, o precedente do STF no AgInq 874 (BRASIL, 1995), em que consideradas abrangidas pela imunidade material as palavras e opiniões dos parlamentares externadas em entrevistas a veículos de comunicação sobre matéria objeto de comissão parlamentar de inquérito que integravam.

favor do parlamentar, a *presunção relativa* de que suas manifestações na esfera pública estão implicadas com o exercício da função legislativa.

A *mens legis* introduzida pela Constituição de 1988 foi também respaldada pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que se consolidaram no sentido de que as opiniões, palavras e votos do parlamentar estariam abrangidos pela irresponsabilidade desde que externadas no exercício do mandato ou em razão dele, ou seja, desde que constatado o nexo de implicação recíproca entre a manifestação, de um lado, e a titularidade o pleno exercício do cargo, de outro.¹⁵⁶

Nessa perspectiva, e com respaldo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não estão abrangidas pela imunidade material as manifestações proferidas no âmbito da vida e dos relacionamentos privados,¹⁵⁷ inclusive profissionais,¹⁵⁸ e as manifestações de parlamentar licenciado para tratamento da saúde ou para ocupar cargo no Poder Executivo (ministro ou secretário), porque, embora titular do cargo eletivo, não está presente o pleno exercício do mandato.¹⁵⁹

Quanto à extensão da imunidade material ao amplo desempenho das funções legislativas, há dois aspectos que merecem aprofundamento. O primeiro deles se refere ao processo eleitoral. Não há dúvidas de que o desempenho da função legislativa, especialmente quanto à atividade de representação política, que está integralmente abarcada pela imunidade material, vincula-se ao objetivo do parlamentar de se reeleger para o mesmo ou outro cargo eletivo. Há, contudo, uma distinção necessária entre o exercício da função legislativa e a disputa de uma campanha eleitoral.

Em atenção à especialidade das regras que regem o processo eleitoral, excluem-se do alcance da imunidade material as manifestações proferidas em contexto de campanha eleitoral ou em razão dela, ainda que se trate de parlamentar no desempenho do mandato. Essa interpretação destina-se a assegurar a igualdade de condições entre os postulantes ao cargo eletivo, evitando-se o desvio de finalidade do

¹⁵⁶ “A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, "caput") - que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo - somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial ("locus") em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática "in officio") ou tenham sido proferidas em razão dela (prática "propter officium")” (BRASIL, 2002). No mesmo sentido: Inq. 390 (BRASIL, 1989a); Inq. QO 810 (BRASIL, 1994); RE 210917 (BRASIL, 1998); AgInq. 874 (BRASIL, 1995); AgR Inq. 1775 (BRASIL, 2001a).

¹⁵⁷ Nesse sentido: RE 299.109 AgR (BRASIL, 2011).

¹⁵⁸ Nesse sentido: Inq. 1710-QO/SP (BRASIL, 2002a).

¹⁵⁹ Mantém-se, nesses casos, apenas a prerrogativa de foro, vinculada exclusivamente à titularidade do cargo público eletivo. Nesse sentido: Inq. 777/TO QO (BRASIL, 1993a).

instituto, já que as inviolabilidades podem ser utilizadas pelo parlamentar como burla às regras eleitorais e às sanções decorrentes de sua violação.¹⁶⁰ Há, no caso, uma ponderação entre o princípio da liberdade de expressão do parlamentar, de um lado, e o princípio da igualdade de condições entre os candidatos, de outro, assegurando-se primazia a este como forma de manter a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral.

O segundo caso diz respeito à atividade político-partidária enquanto elemento do conceito de função legislativa. A relação necessária atuação partidária e desempenho do mandato pode ser evidenciada de muitas formas, em especial pelo fato de que os partidos políticos ocupam papel central no regime democrático brasileiro; a filiação partidária é condição de elegibilidade; os partidos políticos exercem significativa influência nos votos dos mandatários, assegurando a coesão e a fidelidade partidárias; o mandato conquistado nas urnas pertence ao partido político, e não ao candidato; a proporcionalidade partidária é observada para a composição das comissões; a indicação dos membros das comissões é realizada pelos líderes partidários etc.

Destoando dessa compreensão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito n. 1905, decidiu que não estão acobertadas pela imunidade material quizílias intrapartidárias entre o parlamentar presidente da agremiação e outro correligionário, porque, pelo contexto em que perpetradas, seriam alheias à condição de deputado ou senador.¹⁶¹ Entretanto, a correção da decisão é questionável pelo contexto em que proferidas as supostas ofensas – disputas intrapartidárias com vistas ao crescimento do partido e às estratégias para melhor desempenho nas eleições futuras.

No caso, um dos implicados era deputado federal e presidente da agremiação partidária e a discussão tinha como cerne decisões estratégicas para o partido político, as quais somente podem ser pensadas a partir da atuação de seus membros, especialmente daqueles que titularizam cargos públicos. Sob tais pressupostos, não parece haver qualquer razoabilidade no argumento de que são dissociáveis a atuação partidária e o desempenho do mandato parlamentar, especialmente em face das regras adotadas no sistema eleitoral brasileiro.

¹⁶⁰ Nesse sentido: RHC 82555 (BRASIL, 2003); Inq. 396 (BRASIL, 1989), Inq. 1400-QO (BRASIL, 2002c) e RE 210.917 (BRASIL, 1998).

¹⁶¹ Da ementa do julgamento do Inq 1905, extrai-se: “[...] 2. Não cobre, pois, a inviolabilidade parlamentar a alegada ofensa a propósito de quizílias intrapartidárias endereçadas pelo Presidente da agremiação - que não é necessariamente um congressista - contra correligionário seu. [...]” (BRASIL, 2004).

Em outras palavras, a atividade político-partidária do deputado ou senador possui nexo de implicação recíproca com o exercício pleno das funções legislativas constitucionalmente outorgadas ao Poder Legislativo e aos parlamentares, se não na modalidade direta de exercício do mandato (relação de causalidade), ao menos da modalidade conexa, *em razão do exercício do mandato*, já que a candidatura e a vaga ocupada pelo mandatário decorrem diretamente de sua vinculação ao partido político, e as decisões tomadas no curso do mandato estão normalmente alinhadas com as orientações do partido político.

Sob essa perspectiva, a decisão da Suprema Corte não reflete a relação necessária que o texto constitucional estabeleceu entre regime democrático e partidos políticos, e já reconhecida em outras decisões do próprio órgão, e acaba por restringir indevidamente o alcance da imunidade material em aspecto central do desempenho da função legislativa.

Não obstante, há que se reconhecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou, no pós Constituição de 1988, no sentido de garantir efetividade à imunidade material, assegurando-se ampla liberdade de manifestação aos parlamentares na esfera pública, porque presumido o nexo de implicação recíproca com o exercício do mandato, ainda que essa presunção seja relativa e admita prova em contrário. De outro lado, excluem-se de plano as manifestações do parlamentar no âmbito da vida privada e no processo eleitoral.

Essa amplitude conferida ao critério funcional acaba por inviabilizar, por decorrência lógica, que o conteúdo normativo do artigo 53 da Constituição Federal seja interpretado de modo a submeter a imunidade material a um *critério espacial* restritivo, ou seja, impede que o alcance da imunidade de parlamentares federais, estaduais e distritais fique adstrito às manifestações proferidas nas dependências das Casas Legislativas ou no território do ente federativo.

De fato, se a imunidade material é aplicável ao desempenho das funções legislativas em sentido amplo, e se elas se projetam em todo o território nacional (exceto para os vereadores), estão protegidos pela imunidade material os atos praticados em qualquer lugar do território nacional, presumindo-se o nexo de implicação recíproca, porque, como regra, o parlamentar não se despe da qualidade de parlamentar na esfera pública.

Embora a territorialidade não seja adotada como um critério restritivo do alcance da imunidade material, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as

manifestações proferidas nas dependências do Congresso Nacional presumem-se, de modo absoluto, vinculadas ao exercício da função legislativa. Entendeu a Corte que há *presunção absoluta* de que opiniões, palavras e votos proferidos na sede do Parlamento estão necessariamente conectados ao mandato eletivo. Isso significa que, *na sede do Poder Legislativo*, que é o espaço por excelência de atuação parlamentar, a imunidade material alcança *máxima amplitude*.

No julgamento do Inquérito n. 655-6/DF (BRASIL, 2002b), *leading case* sobre essa questão, o Ministro Nelson Jobim, em seu voto, sintetiza:

Sr. Presidente, gostaria de fazer uma distinção sobre esse tema porque já decidimos que o parlamentar, ao fazer declarações, mesmo fora do parlamento, estando elas vinculadas ao exercício do mandato, está sujeito à imunidade. Não faço qualquer perquirição. Quando a declaração do parlamentar é fora do parlamento, fora da tribuna parlamentar, seja da tribuna do Plenário, seja das comissões, procuro verificar a ligação com o exercício do mandato; mas, se a declaração é feita da tribuna do Congresso, não examino. Seja qual for a declaração que se fizer, parto do pressuposto de que, feita da tribuna do Congresso ou da tribuna da Comissão, está acobertado, qualquer tipo de declaração que tenha sido feita, porque o local lhe assegura a imunidade. Só faço a distinção, portanto, entre a vinculação exercício-mandato quando é fora. Dentro dos muros do Congresso, não entro em perquirições sobre isso.

A incidência absoluta da imunidade material na sede do Parlamento foi reafirmada nos debates do julgamento do Inquérito n. 1958/AC (BRASIL, 2003a),¹⁶² enfatizando-se que, nas dependências do Poder Legislativo, o parlamentar é inviolável por *quaisquer* opiniões, palavras e votos, sendo exatamente esse o sentido da alteração promovida pelo constituinte derivado com o advento da Emenda Constitucional n. 35/2001 (BRASIL, 2001), ao incluir o pronome indefinido. À época, entendeu a Corte não caber ao Poder Judiciário exercer o controle (o poder de polícia) dos atos de fala dos parlamentares no interior da Casa Legislativa, substituindo-se ao controle

¹⁶² Na ementa do Inq. n. 1958, assenta-se: “[...] Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa. No caso, o discurso se deu no plenário da Assembléia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade.[...]” (BRASIL, 2003a).

disciplinar que é próprio ao Poder Legislativo e que deve ser exercido pelos próprios pares.

A partir desse julgamento, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de haver presunção absoluta de nexo de implicação recíproca quanto a palavras, opiniões e votos proferidos nas dependências do Parlamento, estando, portanto, alcançadas pela imunidade material. Em contrapartida, a análise da relação de causalidade ou de conexão com o mandato torna-se relevante apenas para as manifestações proferidas fora da sede do Poder Legislativo,¹⁶³ pois, nestes casos, admite-se prova em contrário da relação de causalidade ou de conexão.

Recentemente, contudo, a Corte proferiu julgamento em sentido oposto ao posicionamento consolidado. Pelas circunstâncias fáticas gravíssimas do caso, não há como precisar se há uma clara ruptura com a integridade e com a coerência do sistema de precedentes, a sinalizar uma superação da jurisprudência até então consolidada a respeito do alcance da imunidade material, ou se o caso possui excepcionalidades que justificam o *distinguishing*, mantendo-se, como regra, a presunção absoluta de nexo de implicação recíproca quanto às manifestações proferidas na sede do Parlamento.

Trata-se do julgamento conjunto do Inquérito n. 3932/DF (BRASIL, 2016) e da Petição n. 5243/DF (BRASIL, 2016a) pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ajuizados pelo Ministério Público Federal em face de então Deputado Federal por manifestações proferidas nas dependências do Congresso Nacional e, posteriormente, reproduzidas em entrevista concedida a veículo de comunicação. O episódio, que se tornou amplamente divulgado à época, envolve desavença antiga entre o citado parlamentar e a então Deputada Federal Maria do Rosário, ocorrida no ano de 2003, no Salão Verde da Câmara dos Deputados, e retomada em 2014, na tribuna da Casa. Ainda em 2014, dias depois do fato ocorrido em plenário, ao conceder entrevista em seu gabinete parlamentar, o então Deputado, indagado sobre sua motivação, teria reafirmado as declarações, com acréscimos ofensivos.¹⁶⁴

O conteúdo das declarações é gravíssimo, especialmente porque o Brasil é um país de cultura fortemente machista e em que as estatísticas de violência contra a

¹⁶³ No mesmo sentido: RE 463.671 AgR (BRASIL, 2007), RE 299.109 AgR (BRASIL, 2011) e Inq. 3814 (BRASIL, 2014).

¹⁶⁴ O fato foi amplamente noticiado nos veículos de comunicação social. Ver, por exemplo, (GAÚCHA ZH, 2014).

mulher são altíssimas.¹⁶⁵ E parece que a excepcionalidade do caso foi fundamental para o deslinde do caso concreto. Não se pretende abordar o julgamento sob a perspectiva da correção ou da justiça da decisão de recebimento da denúncia. Pretende-se analisar a questão exclusivamente sob a perspectiva da interpretação conferida ao instituto da imunidade material pelo Supremo Tribunal Federal.

Os precedentes da Corte a partir de 1988, inclusive os citados expressamente no voto do Ministro Luiz Fux (item II), reafirmam a presunção absoluta de nexo de implicação recíproca entre *quaisquer* opiniões, palavras e votos proferidos nas dependências do Poder Legislativo e o exercício da função legislativa, ficando, em contrapartida, sujeitas à demonstração de ausência de nexo de causalidade ou conexão as manifestações proferidas fora da sede.

Não obstante, ao expor suas razões de decidir, o Ministro Relator acaba por solapar a tese da irresponsabilidade plena do parlamentar por manifestações proferidas no interior da Casa Legislativa ao exigir um conteúdo minimamente político do discurso ou a sua pertinência com o desempenho do mandato:

Para que as afirmações feitas pelo parlamentar possam ser relacionadas ao exercício do mandato, elas devem revelar teor minimamente político, referido a fatos que estejam sob debate público, sob investigação do Congresso Nacional (CPI) ou dos órgãos de persecução penal ou, ainda, sobre qualquer tema que seja de interesse de setores da sociedade, do eleitorado, organizações ou quaisquer grupos representados no parlamento ou com pretensão à representação democrática. Consequentemente, não há como relacionar ao desempenho da função legislativa (prática *in officio*), ou de atos praticados em razão do exercício de mandato parlamentar (prática *propter officium*), as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um Parlamentar. *In casu*, cuida-se de declarações que, a toda evidência, não guardam qualquer relação com o exercício do mandato. Vale anotar que as primeiras declarações foram reverberadas da tribuna da Câmara dos Deputados, aproveitando-se de momento em que o parlamentar manifestaria suas críticas à comemoração do Dia Internacional dos Direitos Humanos. Deveras, não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha entendimento no sentido da impossibilidade de responsabilização do parlamentar quando as palavras

¹⁶⁵ Há diversas fontes de dados a respeito da violência contra a mulher no Brasil. Ver (FORUM SEGURANÇA, 2019).

tenham sido proferidas no recinto da Câmara dos Deputados, *in casu* as declarações foram proferidas em entrevista a veículo de imprensa, não incidindo, assim, a imunidade.

Com efeito, o denunciado decidiu, ainda, conceder uma entrevista a diário de circulação nacional (Jornal Zero Hora). [...] O fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet. Portanto, cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal.

A despeito do conteúdo aviltante das ofensas, verifica-se, na fundamentação da decisão, incoerência com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, que assegurava a imunidade às manifestações proferidas no interior da Casa Legislativa, mas igualmente à divulgação dessas manifestações pelos meios de comunicação.

A Constituição de 1988, ao disciplinar o instituto, realizou uma opção político-jurídica de não vincular o alcance das inviolabilidades ao estrito exercício do mandato (atividade legislativa e atividade de fiscalização), pela compreensão, inerente à finalidade do instituto, de que a liberdade de expressão do parlamentar estende-se a um plexo muito mais amplo e mais complexo de funções, definidas, neste trabalho, como funções legislativas.

Isso se justifica porque, no exercício da função legislativa, é muito difícil separar manifestações de caráter político e manifestações de caráter não-político, tampouco representativas ou não-representativas de segmentos da sociedade civil. Como regra, a atuação dos parlamentares na esfera pública é representativa de interesses políticos ou partidários e se destina a uma parcela de seus eleitores e correligionários que compartilham das mesmas opiniões, dos mesmos interesses ou da mesma visão de mundo. Em alguns momentos, essa atuação revela um agir voltado ao entendimento, ou seja, à formação de compromissos e consensos; em outros momentos, revela um agir estratégico, voltado ao alcance de resultados específicos ou, em algumas situações, voltado ao confronto e ao embate político.

Nesse cenário, o discurso político muitas vezes exorbita o discurso racional, assumindo forte carga emocional, como parte do objetivo de persuasão e de convencimento dos destinatários. No caso citado, a desavença entre os parlamentares

envolvidos, que costumavam se agredir mutuamente nas reuniões e sessões legislativas, nunca se circunscreveu ao relacionamento pessoal. Ao contrário, eles sempre foram adversários políticos e os seus discursos inflamados, e por vezes agressivos, denotavam posições ideológicas divergentes e inconciliáveis.

Note-se igualmente que o agir estratégico voltado ao conflito e as posições políticas ligadas à extrema direita parecem ter o objetivo maior de estabelecer uma comunicação com o eleitorado, uma vez que o então Deputado Federal consagrou-se vencedor das eleições presidenciais brasileiras de 2018, representando, com suas ideias e programa de governo, parte significativa do eleitorado nacional.

A Constituição Federal, em seu artigo 53, *caput*, é clara ao tornar o parlamentar irresponsável por *quaisquer* opiniões, palavras e votos. A expressão “opiniões” tem nítido caráter pessoal, porque caracteriza o ato de fala que é originário do emissor do discurso e que reflete seu modo de ver, compreender e julgar o mundo. A pretendida distinção trazida no julgamento entre opiniões meramente pessoais e opiniões relacionadas ao debate democrático de fatos ou ideias vinculadas ao exercício da atividade parlamentar é artificial, meramente retórica.

De outro lado, não há direitos fundamentais absolutos nos regimes constitucionais e as imunidades materiais têm o papel fundamental de viabilizar os regimes democráticos, em especial a participação das minorias políticas, sendo um contrassenso admitir que o instituto seja utilizado com o objetivo de exclusão ou de esvaziamento de forças políticas. Nessa perspectiva, que extrapola a relevância do caso citado, impõe-se questionar se é possível impor algum limite à regra da imunidade material do parlamentar?

A questão é complexa e se insere num contexto mais amplo de criminalização da política e da função legislativa, no qual as imunidades parlamentares são frequentemente associadas a abusos e à impunidade. O sentido da imunidade material nos regimes democráticos é o de viabilizar a máxima liberdade de expressão dos parlamentares, ainda que as discussões políticas exorbitem o discurso racional e consubstanciem ilícitos civis e criminais. Portanto, a cláusula geral de irresponsabilidade somente tem sentido para afastar a responsabilidade pela ilicitude, porque, se ilicitude não houvesse, não se cogitaria de responsabilidade. Em outras palavras, a imunidade material não apenas tolera, mas pressupõe o exercício abusivo do direito fundamental de liberdade de expressão pelo parlamentar.

Como regra, o direito fundamental à liberdade de expressão tem como corolário o dever de reparar os danos decorrentes da lesão à honra ou à imagem de terceiros, e, portanto, uma pretensão de equilíbrio entre o direito de liberdade, de um lado, e os direitos de personalidade, de outro. Diferentemente, no regime jurídico aplicável aos parlamentares, a liberdade para emitir opiniões, palavras e votos não tem como corolário o dever de reparação de danos civis e criminais. Ao contrário, a liberdade de manifestação é reforçada pela irresponsabilidade do parlamentar perante terceiros, do que resulta que não há pretensão de equilíbrio entre a tutela da liberdade, de um lado, e a tutela dos direitos de personalidade, de outro.

Com maior razão, as manifestações do parlamentar proferidas na sede do Parlamento, em especial na tribuna, são a forma mais fundamental de desempenho da função legislativa. A tribuna é, por excelência, o lugar de fala do parlamentar a seus pares e à sociedade. É o momento de máxima amplitude da sua liberdade de expressão. E igual compreensão deve ser estendida aos demais espaços da sede do Poder Legislativo, porque destinados às funções primárias do Poder Legislativo de legislar e de fiscalizar os atos do poder público. Essa a razão pela qual se consolidou a jurisprudência da Suprema Corte no sentido da presunção absoluta de irresponsabilidade do parlamentar por manifestações proferidas no recinto do Poder Legislativo.

Mas se as ofensas proferidas pelo parlamentar forem de inequívoca gravidade, ainda assim estariam abarcadas pela imunidade material? O *discurso de ódio*, frontalmente contrário à pluralidade inerente ao princípio democrático, estaria abrangido pela inviolabilidade? Pode o parlamentar defender na tribuna o genocídio dos povos indígenas, a violência contra a mulher, a ditadura militar, a superioridade de povos e raças?

A resposta a essas questões não é dada pela imediata ponderação entre princípios constitucionais, ou seja, pela consideração do peso de cada princípio no caso concreto, de modo a se estabelecer uma precedência em face de um deles (liberdade de expressão do parlamentar *versus* dignidade da pessoa humana ou intimidade). Isso porque a Constituição estabelece de modo claro e inequívoco a *regra* da inviolabilidade civil e criminal do parlamentar por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Significa que o constituinte originário realizou uma opção política fundamental de assegurar primazia ao princípio da liberdade de expressão do parlamentar, como

dimensão fundamental do princípio democrático, conformando essa decisão política em regra jurídica, com elevado caráter de definitividade.¹⁶⁶

Conforme Humberto Ávila, a aplicação imediata da regra atende a dois objetivos fundamentais. O primeiro é o de pré-decidir o meio de exercício do poder, afastando a incerteza e o conflito moral decorrente da ausência de regras. O segundo é o de evitar ou eliminar a arbitrariedade que poderia potencialmente advir da aplicação direta de valores morais, ou seja, tem a finalidade de reduzir a discricionariedade. O terceiro é a redução de complexidade, uma vez que a ausência de regras dificultaria a coordenação entre as pessoas e elevaria demasiadamente o custo de negociação para a solução de conflitos (2011, p. 113-114).

Disso não resulta, entretanto, que as regras não possam ser *excepcionalmente superadas*. Ávila propõe que o modelo de superação das regras é um modelo bidimensional, ou seja, depende do preenchimento de requisitos materiais e formais. Quanto aos requisitos materiais, o autor sustenta a possibilidade de superação de uma regra quando a decisão do caso concreto, “ainda que incompatível com a regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar” (2011, p. 117). Em outras palavras, a possibilidade de superação de uma regra num caso concreto está vinculada tanto ao maior grau de promoção do valor subjacente à regra (finalidade específica da regra) quanto ao menor grau de vulneração da segurança jurídica decorrente da aplicação dessa regra (análise do impacto da superação da regra para a sua aplicação aos demais casos).

Já quanto aos requisitos formais, exige-se que a superação de uma regra tenha uma justificativa condizente, uma fundamentação condizente e uma comprovação condizente. A justificativa consiste na demonstração dos requisitos materiais, ou seja, na demonstração da incompatibilidade entre a hipótese da regra e a sua finalidade subjacente e que a justiça individual não afeta a justiça geral, ou seja, não provoca insegurança jurídica. A fundamentação condizente na explicitação das razões, de modo racional e transparente. E a comprovação consiste em demonstrar, por meios de prova

¹⁶⁶ Segundo Humberto Ávila, “as regras têm uma eficácia decisiva que os princípios não têm, na medida em que elas estabelecem uma decisão para um conflito entre razões, não cabendo ao aplicador substituir pura e simplesmente a ponderação legislativa pela sua. As regras têm uma eficácia definitiva dos princípios, no sentido de que vários dos ideais cuja realização é por eles determinada já se encontram ‘regrados’, não cabendo ao intérprete concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele previsto pela Constituição. E as regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior” (ÁVILA, 2011, p. 119).

adequados (documentos, perícias, estatísticas etc.), que não haverá aumento excessivo de demandas, incerteza jurídica, arbitrariedades ou redução da coordenação. A mera alegação não é suficiente para superar uma regra.

Se, de um lado, admite-se a superação excepcional da regra da imunidade material parlamentar, de outro lado, há uma resistência das regras a sua superação, a impor ao intérprete elevado ônus argumentativo, segundo o modelo proposto.¹⁶⁷

Sob a perspectiva material, impõe-se a demonstração de que, no caso concreto, a superação da regra atende melhor a sua finalidade subjacente que a sua aplicação, e que a superação não provoca insegurança jurídica para os demais casos. Em relação à imunidade material, há que se demonstrar que, numa situação específica e excepcional, a superação da regra melhor atende à preservação da liberdade de expressão política dos parlamentares e ao princípio democrático que a sua aplicação, e que não há risco significativo de insegurança jurídica na aplicação da regra a casos futuros.

Postas essas premissas, constata-se um equívoco de julgamento no Inquérito n. 3932/DF (BRASIL, 2016) e na Petição n. 5243/DF (BRASIL, 2016a), porque, ao invés de reafirmar a sua jurisprudência consolidada e, dada a excepcionalidade do caso concreto, propor a superação da regra constitucional da imunidade parlamentar, mantendo-a hígida para os demais casos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acabou por sustentar, com argumentos pouco consistentes e contrários a diversos precedentes do Plenário da Corte, que as manifestações do parlamentar, ainda que proferidas na tribuna e reproduzidas em entrevista no gabinete parlamentar, não tinham conteúdo político e não guardavam nexos de implicação recíproca com o exercício do mandato.

Sustentou-se igualmente que o lugar da entrevista, o gabinete parlamentar, constituiu fato meramente acidental, porque a sua divulgação deu na internet, alcançando número indeterminado de pessoas, não obstante diversos precedentes da própria Corte no sentido de que a reprodução de opiniões, palavras e votos alcançados pela imunidade material do parlamentar em veículos de comunicação para fins de

¹⁶⁷ Adotando caminho distinto, mas chegando a similar conclusão, Lucas De Laurentiis e Roberto Dias sustentam que, “se o parlamentar, sem qualquer razão ou fundamento, insulta gravemente minorias étnicas ou culturais, defende doutrinas nazistas ou xenófobas, prega o genocídio ou incita a prática de terrorismo, é provável admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF” (2012, p. 16).

cobertura jornalística constituem publicidade também abarcada pelo instituto, não configurando fato autônomo.

No caso, a superação da regra poderia ser sustentada na *absoluta excepcionalidade* do caso concreto, em face do qual a aplicação estrita da regra produziria uma eficácia jurídica e social contrária à finalidade subjacente à regra, que é a de viabilizar os regimes democráticos, em especial a participação das minorias políticas (como a participação das mulheres na política), sendo um contrassenso admitir que o instituto seja utilizado com o objetivo de esvaziamento ou aniquilação de quaisquer forças políticas. Não obstante, a regra (e a sua interpretação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal) continuaria aplicável aos demais casos, viabilizando-se a máxima liberdade de expressão do parlamentar, especialmente no interior das Casas Legislativas. A segurança jurídica estaria comprovada por dados da própria Corte a indicar que, após o advento da Constituição de 1988, a regra da imunidade material tem sido amplamente respaldada nos casos submetidos ao Poder Judiciário, sendo ínfimos os casos em que se entendeu pela superação da regra, sem prejuízo de sua eficácia jurídica geral.

Entretanto, considerando os fundamentos lançados da decisão da Primeira Turma no julgamento do Inquérito n. 3932/DF (BRASIL, 2016) e da Petição n. 5243/DF (BRASIL, 2016a), não há como afirmar que o Supremo Tribunal Federal continuará a aplicar a regra da imunidade material insculpida no artigo 53 da Constituição Federal, tratando-se tais processos de situação de absoluta excepcionalidade, ou se a Corte está a sinalizar para a relativização do Estatuto dos Congressistas também na óptica do instituto da imunidade material, como parte de um ativismo judicial que reforça o fenômeno da criminalização da política e, em especial, a criminalização da função legislativa.

Sob a perspectiva da harmonia e da independência entre os Poderes, a liberdade de expressão do parlamentar, especialmente quando na sede do Parlamento, deve ter a máxima amplitude, incumbindo ao próprio Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, exercer qualquer juízo sobre eventuais abusos no exercício da prerrogativa constitucional por meio da responsabilidade política decorrente da quebra de decoro parlamentar. Ressalvadas as situações de absoluta excepcionalidade, não cabe ao Poder Judiciário exercer o controle externo dos atos de fala dos parlamentares, premissa que,

aliás, já vem assentada como fundamental no direito constitucional desde o *Bill of Rights*, em 1689.¹⁶⁸

Tese central do item 4.4: A imunidade material é aplicável ao desempenho das funções legislativas em sentido amplo, projetando-se a todo o território nacional (exceto para os vereadores), havendo presunção relativa de nexos de implicação recíproca com o mandato porque o parlamentar não se despe da qualidade de mandatário na esfera pública. Em relação às manifestações proferidas nas dependências do Congresso Nacional, há *presunção absoluta* de que opiniões, palavras e votos estão vinculados ao mandato eletivo, alcançando a imunidade material sua máxima amplitude. A superação da regra insculpida no artigo 53 da Constituição Federal é situação absolutamente excepcional e somente se justifica quando voltada a assegurar os regimes democráticos, em especial a participação das minorias políticas, porque contraria a própria finalidade subjacente à regra a aplicação que resulta em para esvaziamento ou aniquilação de forças políticas.

4.5. Prerrogativa de foro e ruptura constitucional (quando a Moral e o pragmatismo vencem o Direito)

As imunidades tutelam o exercício da função legislativa e, em última instância, o princípio da soberania popular. Na acepção formal, as imunidades têm o propósito de assegurar a *liberdade de locomoção* do parlamentar no território nacional, dispondo, portanto, sobre a possibilidade jurídica de sua prisão e sobre as regras para o seu processamento criminal. Nesse sentido, o artigo 53 da Constituição Federal expressamente assegura que, desde a diplomação, os parlamentares serão submetidos a *processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal* (§ 1º). E uma vez recebida da denúncia contra o parlamentar, por crime cometido após a diplomação, a Casa respectiva poderá, por iniciativa de partido político nela representado e por decisão da maioria de seus membros, até decisão final, sustar o andamento da ação penal durante o mandato (§§ 3º e 4º). Da mesma forma, restringem-se as possibilidades jurídicas de prisão para as hipóteses de *flagrante delito por crime inafiançável*, circunstância em que a constrição deve ser comunicada à Casa Legislativa no prazo de vinte e quatro horas,

¹⁶⁸ “The freedom of speech or debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or place out of Parliament.”

para que o Plenário sobre ela delibere por maioria de seus membros, mantendo-a ou assegurando ao parlamentar a liberdade provisória.

Na redação original da Constituição de 1988, a imunidade formal compreendia uma condição de procedibilidade consubstanciada na *prévia licença* da Casa Legislativa para o início do processo criminal contra seu membro. Com o advento da Emenda Constitucional nº 35, de 2001, (BRASIL, 2001), a licença prévia, por manifestação do poder constituinte derivado, foi suprimida do Estatuto dos Congressistas e convertida na possibilidade de **s**ustação da ação penal mediante provocação de partido político com representação na respectiva Casa Legislativa.

Atualmente, o Estatuto dos Congressistas assegura três garantias instrumentais ao parlamentar em matéria penal: a excepcionalidade da prisão cautelar, o foro por prerrogativa de função e a possibilidade de sustação da ação penal para crimes praticados após a diplomação.

Neste item, interessa a imunidade formal consubstanciada no *foro por prerrogativa de função* para o processo e o julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, de ilícitos penais de que são acusados os deputados federais e os senadores, o que abrange inclusive a competência para o deferimento de medidas acautelatórias no curso da investigação penal.¹⁶⁹ A regra constitucional incide a partir da diplomação do parlamentar e, por ausência de disciplina expressa em sentido contrário, sempre se aplicou a crimes de qualquer natureza, tenham sido eles praticados antes ou depois da diplomação ou do início do exercício do mandato. O foro por prerrogativa de função definia-se pela atualidade do exercício do mandato eletivo, e não pela atualidade do cometimento da infração penal.

Tanto é assim que, quando pretendeu distinguir entre crimes praticados antes ou após a diplomação, a norma constitucional expressamente o fez ao tratar de possibilidade de sustação da ação penal, outra hipótese de imunidade formal (art. 53, § 3º, da Constituição).

Desse modo, o conteúdo normativo do parágrafo primeiro do artigo 53 da Constituição é de indiscutível clareza e, combinado com o disposto no artigo 102, inciso I, alínea b, também da Constituição, implica que o juízo competente para o processo e o julgamento dos parlamentares federais quanto a infrações penais comuns é o Supremo Tribunal Federal. Disso resulta não apenas a competência originária para a deflagração

¹⁶⁹ Nesse sentido, Recl. n. 511-9/PB (BRASIL, 1995a).

de investigações ou processos como, nos casos de investigações e processos em curso, a sua remessa para a Suprema Corte.

E essa sempre foi a interpretação conferida ao instituto do foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro, com respaldo na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁰ Aliás, a Corte brasileira havia consolidado interpretação extensiva da regra do foro por prerrogativa de função que culminou com a edição da Súmula n. 394, que contemplava a *perpetuatio jurisdictionis* da competência originária da Corte nas hipóteses em que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após o término do mandato parlamentar, desde que para apurar fatos praticados no exercício do mandato eletivo. Esta Súmula somente foi cancelada no julgamento da Questão de Ordem em Inquérito n° 687 (BRASIL, 1999).

O foro por prerrogativa de função, na esteira das demais imunidades parlamentares, não constitui privilégio pessoal do mandatário, mas garantia de um julgamento imparcial e destituído de pressões políticas ou motivações ideológicas. Há, na regra constitucional, uma dupla finalidade em assegurar o foro especial. A primeira delas é evitar que o juiz de primeira instância fique vulnerável a pressões políticas locais.¹⁷¹ A segunda é evitar que o processo penal seja instrumentalizado para a perseguição política, circunstância dificilmente verificável e controlável pelas instâncias superiores.

Numa e noutra hipótese, o foro por prerrogativa de função, ao determinar o processo e o julgamento de infrações penais comuns dos congressistas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, autoridades também dotadas de similares prerrogativas

¹⁷⁰ Ver, por exemplo, o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento de Questão de Ordem em Inquérito n. 516 (BRASIL, 1991a, p. 68-69), em que sintetiza o posicionamento da Corte: “O Supremo Tribunal Federal, em suma, é o juiz natural dos congressistas nos processos penais condenatórios em que eles figurem como réus ou acusados. Tal prerrogativa constitucional é estabelecida ‘ratione muneris’, não caracterizando, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal. ‘Fôro por prerrogativa de função’ – já assinalou esta Corte – ‘não é fôro privilegiado...’ (RTJ 90/950)”. E, mais adiante, complementa: “a ‘perpetuatio jurisdictionis’ e a fixação de competência do STF neste tema, supõem, portanto, a ocorrência alternativa de qualquer dessas circunstâncias: a) atualidade do mandato, sendo, neste caso, irrelevante o momento da prática do ilícito penal (se anterior ou concomitante com a investidura no cargo legislativo); b) simultaneidade do fato criminoso com o exercício do mandato (relação de contemporaneidade) sendo irrelevante, nesta hipótese, a instauração da persecução penal após a cessação da investidura parlamentar.” No mesmo sentido: Inq. 571 QO (BRASIL, 1993).

¹⁷¹ A finalidade do foro por prerrogativa de função tem sido respaldada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há décadas. Veja-se, por exemplo, o julgamento da Reclamação n. 473, de 1962, em que o Ministro Victor Nunes sustenta: “presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado” (BRASIL, 1962).

constitucionais no desempenho da jurisdição, pretende minimizar os riscos de pressões políticas ou motivações ideológicas e, como consequência, pretende tutelar o mandato outorgado pelo voto popular. Em outras palavras, a finalidade subjacente à regra constitucional do foro especial é a tutela da soberania popular e do regime democrático.

Nesse sentido, para que se alcance a finalidade subjacente ao foro por prerrogativa de função, é irrelevante a natureza do delito praticado e o momento da prática do delito. Exige-se apenas a *atualidade do mandato*, ou seja, que a investigação, o processo ou o julgamento esteja a ocorrer durante o exercício do mandato, do que resulta a imediata atração da competência para o Supremo Tribunal Federal, juízo natural para o processo e julgamento de infrações penais comuns imputadas aos congressistas. O aspecto central do foro especial é o *status de congressista*, justamente porque o que se pretende preservar é a higidez do processo penal que possa resultar em cerceamento do exercício do mandato. Essa a razão, aliás, da superação da Súmula n. 394, porque, cessado o exercício do mandato, tem-se como fática e juridicamente impossível o alcance da finalidade subjacente à regra constitucional, tornando absolutamente inócua a prorrogação da competência originária da Corte.

Não obstante a tradição constitucional brasileira do foro por prerrogativa de função, e da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, houve uma *ruptura* da coerência e da integridade do sistema de precedentes com o julgamento da Questão de Ordem em Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018), de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, e que culminou com a fixação das seguintes teses:

- (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Tais teses foram fixadas a partir das seguintes razões de decidir (d), sintetizadas na emenda do julgado: (d1) a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal para o foro por prerrogativa de função não realiza adequadamente os princípios constitucionais estruturantes da igualdade e da república, porque impede a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas; (d2) a falta de

efetividade mínima do sistema penal no processo e julgamento de congressistas frustra valores constitucionais importantes como a probidade e a moralidade administrativas; (d3) para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções, e não ao fim de assegurar a impunidade, é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo; (d4) a experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo; (d5) a decisão está em consonância com a jurisprudência da Corte, que exige nexo de implicação recíproca para o alcance da imunidade material e que realiza uma interpretação restritiva de sua competência originária; (d6) o encerramento da instrução, com a publicação do despacho para a intimação de alegações finais, fixará o critério de prorrogação da competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que o agente político não mais esteja no exercício do cargo eletivo.

A crítica ao julgamento (c) sustenta-se em quatro premissas gerais, que serão separadamente abordadas: (c1) não observância da técnica adequada para a superação de precedentes; (c2) não observância de critérios básicos de interpretação de normas jurídicas, de modo a produzir um resultado que contraria frontalmente a finalidade subjacente à regra constitucional, com pretensão de generalidade e abstração; (c3) a fundamentação da decisão está claramente permeada por juízos morais e opções de política criminal, extrapolando o conteúdo normativo da regra em discussão; e (c4) a decisão, a pretexto de atender ao princípio estruturante da igualdade, viola-o expressamente, porque aplicável apenas aos membros do Poder Legislativo, enquanto há inúmeras outras autoridades destinatárias da regra do foro por prerrogativa de função, às quais a interpretação restritiva não é aplicável (os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo).

A primeira premissa geral (c1) refere-se à dificuldade de se aplicar as técnicas de superação de precedentes no constitucionalismo brasileiro, possivelmente por se tratar de um país de tradição de *civil law* e que congrega um modelo misto de controle de constitucionalidade. No modelo da *common law*, a superação de precedentes têm impacto significativo na segurança jurídica do sistema e na autoridade da Corte Constitucional como fonte de Direito. No caso brasileiro, sendo a lei (e não os precedentes) a fonte primordial do Direito, a Corte confere maior preponderância à (sempre renovável) interpretação da norma posta, para torná-la mais adequada ao contexto, nitidamente suscetível às pressões políticas e sociais, que à coerência e à

integridade dos seus próprios precedentes, bem como às técnicas adequadas para sua modificação (*overriding*) ou superação (*overruling ou prospective overruling*).

Há basicamente duas razões para a superação de precedentes: sua incongruência social e sua inconsistência sistêmica. A primeira diz respeito à incompatibilidade entre as normas jurídicas e os padrões sociais de conduta, ou seja, uma dissonância entre o conteúdo normativo, considerado obsoleto, errado ou injusto, e as expectativas dos cidadãos. A segunda diz respeito à ausência de harmonia, de unidade entre as regras do ordenamento jurídico. Entretanto, no sistema do *common law*, a presença desses elementos não é suficiente para justificar a superação de precedentes. Por razões de justiça (*substantive reasons*) e de segurança jurídica (*authority reasons*), a Corte Constitucional possui elevado ônus argumentativo para superá-los, devendo avaliar os custos decorrentes de sua decisão, especialmente quanto à segurança dos cidadãos e a quebra da confiança, quanto à violação da isonomia, quanto às consequências para a administração da justiça e para a sua eficiência; quanto ao impacto sobre a credibilidade e autoridade do Tribunal (PERRONE, 2008, p. 237-238).

A partir da análise dos aspectos acima, a doutrina e a jurisprudência elencam as seguintes hipóteses de superação de precedentes no *common law*: precedentes inexecutáveis; precedentes sustados em doutrina injusta ou incorreta, em virtude de mudanças culturais, sociais, políticas, econômicas ou tecnológicas; obsolescência do julgado em face da evolução de princípios jurídicos aplicáveis; e reconhecimento de que uma exegese é originalmente incorreta (PERRONE, 2008, p. 239).

No julgamento da Questão de Ordem no Inquérito n. 937, o voto do Ministro relator possui como razões de decidir tanto a incongruência social quanto a inconsistência sistêmica do foro por prerrogativa de função. Sustenta-se, de um lado, a injustiça do instituto em virtude de mudanças culturais, sociais e políticas, e a sua obsolescência em face dos princípios estruturantes da igualdade e da república. De outro, sustenta-se a inefetividade do sistema penal em face de crimes praticados parlamentares.

Para os limites deste trabalho, importa considerar primeiramente que o foro por prerrogativa de função é regra constitucional que consta da tradição constitucional brasileira e que, com a Emenda Constitucional n. 35, de 2001 (BRASIL, 2001), foi reafirmada pelo poder constituinte derivado. Não se trata, portanto, de prerrogativa

historicamente assegurada por precedentes da Corte, a partir da interpretação de princípios constitucionais estruturantes, mas sim de regra que contempla uma opção política realizada pelo poder constituinte, à luz desses mesmos princípios constitucionais estruturantes, justamente com o propósito de reduzir a margem de discricionariedade e as possibilidades de arbítrio do intérprete.

A lei, enquanto fonte primária do Direito (especialmente nos países de *civil law*), atua para reduzir complexidade e garantir segurança jurídica. Nesse sentido, a interpretação das normas jurídicas deve observar as funções típicas do legislador e do juiz no Estado Democrático de Direito. Não é dado ao intérprete, especialmente a uma Corte Constitucional, consolidar precedente contra norma constitucional expressa, ou a ela conferir interpretação claramente refutada pelo legislador constituinte, violando a opção política normativamente traduzida na Constituição, a pretexto de guardá-la.

Nesse sentido, as hipóteses de superação de precedentes calcadas em razões de justiça ou correção, ou mesmo na evolução de princípios constitucionais, não podem ser utilizadas como razões de decidir para afastar a aplicação de regra constitucional expressa, e das finalidades a ela subjacentes, porque, em casos tais, há indiscutível extrapolação dos critérios interpretativos e, portanto, substituição do poder constituinte derivado pela atuação da Corte Constitucional.

Além disso, há que se respeitar a distinção fundamental entre princípios e regras, referenciada na crítica da não observância de critérios básicos de interpretação de normas jurídicas, de modo a produzir um resultado que contraria frontalmente a finalidade subjacente à regra constitucional, com pretensão de generalidade e abstração (c2).

Quanto a este aspecto, parece importante assentar que a “interpretação restritiva” vencedora introduz duas condicionantes para a aplicação do foro especial que, mais do que não contempladas (ou seja, mais do que uma omissão), foram refutadas pelo constituinte originário e pelo constituinte derivado a partir da interpretação sistemática dos parágrafos do artigo 53 da Constituição. A exigência de que as infrações penais comuns tenham sido praticadas no exercício do mandato e em razão do desempenho da atividade funcional não se relacionam logicamente ao alcance da finalidade subjacente à regra e, portanto, não são uma decorrência necessária. Explica-se.

As imunidades formais, dentre elas o foro por prerrogativa de função, têm a finalidade de evitar que o parlamentar seja *indevidamente* mantido ou afastado do

exercício do cargo eletivo no curso de investigação ou processo por crimes comuns, seja em decorrência de decisão judicial cautelar, seja em decorrência de decisão judicial definitiva. Tutela-se, de um lado, a imparcialidade do juízo e, de outro, o mandato legitimamente outorgado pelo voto popular mediante a garantia de um processo e de um julgamento isentos de pressões políticas ou influências ideológicas.

Nesse sentido, é irrelevante, para fins de preservação do mandato eletivo no curso do processo criminal, se o suposto delito foi praticado antes ou durante o exercício da função legislativa, tampouco se há relação de causalidade entre esta (a função) e o ilícito criminal. Tenha sido o delito praticado antes ou durante o exercício do mandato, e seja ele relacionado ou não à função legislativa, mantém-se hígida a finalidade da norma de prevenir a manutenção ou o afastamento *indevidos* do congressista. O *indevido*, no caso, relaciona-se ao risco de um processo e de um julgamento destituído de imparcialidade e pautado por pressões políticas ou influências ideológicas, risco esse que somente se justifica por se tratar de um agente político.

Desse modo, o processo que apura a prática do crime de falsificação de documento público, tenha sido o fato praticado antes ou depois da diplomação, e esteja ou não relacionado ao desempenho da função legislativa, tem igual potencialidade para afastar o parlamentar do exercício do mandato eletivo. A razão pela qual a Constituição assegurou o foro especial foi a de evitar que o congressista fosse processado e julgado por um juiz de primeira instância, seja porque é mais difícil controlar as influências políticas ou ideológicas de sua atuação destituída de imparcialidade, seja porque o juiz está muito mais suscetível a pressões políticas externas que um ministro do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a fixação de condicionantes para o foro por prerrogativa de função, consubstanciadas no delito praticado no exercício do cargo e em razão do cargo, acaba por contrariar a finalidade subjacente à regra constitucional, esvaziando significativamente o seu alcance normativo. A única condicionante que deriva logicamente da regra constitucional é a *atualidade* da investigação, do processo e do julgamento com o exercício do mandato. Esse aspecto foi, aliás, reforçado pelo cancelamento da Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal, como visto acima.

Critica-se igualmente que a introdução dessas duas condicionantes esteja fundamentada na concretização dos princípios da igualdade e republicano, produzem um resultado contrário à finalidade subjacente da regra constitucional, de modo que os princípios invocados não poderiam, sequer no caso concreto, superar excepcionalmente

a aplicação da regra constitucional. E, na perspectiva da relação entre regras e princípios, não poderiam ser utilizados para superar, com pretensão de abstração e generalidade, a aplicação dessa regra. Por questões de segurança jurídica e integridade do sistema, os princípios não podem superar as regras com pretensão de generalidade e abstração.

Outro aspecto importante da decisão é a expressa influência de juízos morais e de opções de política criminal como razões de decidir dos Ministros da Corte (c3), sobrepondo-se às razões de ordem jurídica. O voto do Ministro relator sustenta-se na premissa geral de que o foro por prerrogativa de função no Brasil “abrange gente demais” e “que o sistema é muito ruim e funciona muito mal” (BRASIL, 2018, P. 785) e que, “com essa quantidade de pessoas e com essa extensão, o foro se tornou penosamente disfuncional na experiência brasileira” (BRASIL, 2018, P. 787). Considera, ademais, que os membros do Congresso Nacional respondem pela quase totalidade dos processos em curso no Supremo (BRASIL, 2018, P. 786) e que este, pelo volume de processos e por não ter uma estrutura adequada para o processo e o julgamento de matéria penal, acaba elevando o tempo do processo, sendo frequente a prescrição da pretensão punitiva (BRASIL, 2018, p. 787-788) e, conseqüentemente, a impunidade, que se relaciona a um sistema punitivo ineficiente, não apenas no Supremo, mas de maneira geral (BRASIL, 2018, p. 790).

Os argumentos, embora relevantes e merecedores de ampla discussão na esfera pública, aportam juízos morais e de política criminal para o processo interpretativo da regra constitucional do foro especial, convolvando o juiz em legislador. Segundo o princípio da separação das funções estatais, o intérprete não está autorizado a rediscutir as opções morais e políticas realizadas pelo legislador, especialmente o legislador constituinte, a pretexto de interpretar a norma jurídica. Apesar das complexidades inerentes ao processo hermenêutico, não se pode artificialmente transformar a interpretação das regras jurídicas em *hard cases* para justificar (argumentativamente) a discricionariedade judicial quando o legislador, de modo indiscutível, quis restringir essa discricionariedade e o fez com elevado grau de clareza e determinação normativa.

Ademais, os argumentos de política criminal e morais utilizados como razão de decidir não são condizentes com a realidade brasileira. Atribuir a ineficiência do sistema criminal ao foro por prerrogativa de função contraria os dados da Justiça Criminal no Brasil, que evidenciam a impunidade pela ausência de investigação de

número significativo de delitos, bem como o elevado tempo do processo criminal em geral (inclusive com as instâncias recursais). A competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, em números absolutos, corresponde a uma ínfima parcela do sistema de justiça criminal.

Maximizar a relevância dessa competência originária em matéria penal e atribuir o grande volume de processos criminais a membros do Congresso Nacional – “mais de quinhentos processos de natureza criminal, envolvendo mais de um terço dos membros do Congresso Nacional” (BRASIL, 2018, p. 791) – sem uma demonstração analítica e comparativa desses dados, produz um impacto social de legitimação da decisão de restrição do foro especial pela via judicial e, nessa perspectiva, constitui manifestação do fenômeno da criminalização da função legislativa, porque fomenta a compreensão, já socialmente compartilhada, de que a maioria dos políticos associa-se a práticas criminosas e exerce o mandato na tutela de interesses privados, e não de interesses públicos.

Verifica-se, no discurso, uma tentativa de legitimação de juízos morais próprios do julgador a respeito dos políticos brasileiros, juízos esses que acabam por construir a seguinte linha de raciocínio do voto condutor (e majoritariamente adotada): *o foro por prerrogativa de função deve ser interpretado restritivamente aos membros do Congresso Nacional porque muitos deles estão associados a práticas criminosas e a aplicação estrita da regra constitucional no contexto de criminalidade sistêmica na política acarreta impunidade.*

Como a interpretação restritiva do foro especial também foi restritiva quanto ao seu alcance subjetivo, ou seja, quanto aos parlamentares, destinatários exclusivos da mudança jurisprudencial, infere-se da linha de raciocínio do voto condutor, a *contrario sensu*, que *aos demais detentores do foro aplica-se a interpretação estrita da regra constitucional, porque não estão associados a práticas criminosas ou a um contexto de criminalidade sistêmica.*

O argumento, além de não se sustentar em dados comparativos de todas as autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, viola os princípios da igualdade e republicano, justamente os princípios que, no voto condutor, são utilizados para justificar a mudança de orientação jurisprudencial (c4).

De fato, a decisão, a pretexto de concretizar o princípio estruturante da igualdade, viola-o expressamente, porque aplicável apenas aos membros do Poder Legislativo, enquanto há inúmeras outras autoridades destinatárias da regra do foro por

prerrogativa de função, às quais a interpretação restritiva não será aplicável (os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo), sem que tenham sido apresentados argumentos jurídicos legitimadores da discriminação.

Segundo o relator, a efetivação do princípio da igualdade se dá na dimensão de conferir igual tratamento ao congressista e ao cidadão, este processado e julgado por infrações penais comuns perante um juízo de primeira instância. A comparação é equivocada pela razão (simples, mas fundamental) de que o parlamentar é detentor de mandato eletivo assegurado pelo voto de milhares de brasileiros e, diferentemente dos demais cidadãos, está constitucionalmente investido do desempenho da função legislativa. A investidura em cargo público, especialmente como membro de um dos Poderes da República, é razão jurídica suficiente para o regime jurídico diferenciado, tanto assim que a própria Constituição estabelece normas aplicáveis aos servidores públicos e, no caso dos parlamentares, estabelece um regime jurídico especialíssimo – o Estatuto dos Congressistas.

Para fins de concretização do princípio da igualdade, a única comparação possível há de ser com os demais detentores do foro especial, para os quais a finalidade da regra constitucional é a mesma (evitar processos e julgamentos parciais ou pressões políticas externas) e, para estes, não houve a modificação da jurisprudência da Corte.

Ou o foro por prerrogativa de função contraria os anseios da sociedade e constitui preceito normativo que deve ser superado para todos os agentes políticos beneficiários (porque, na perspectiva simplista do argumento, todos são cidadãos iguais perante a lei, independentemente de estarem investidos do cargo de senador, deputado, ministro, presidente etc.), ou a regra é compatível com o princípio da igualdade (justamente o que se defende neste item) e deve ser mantida para todos os agentes políticos. O que não se justifica, sob hipótese alguma, é a superação da regra constitucional exclusivamente aos ocupantes de mandato eletivo, por razões (equivocadas, ou ainda que corretas) de ordem moral ou de política criminal.

A distinção entre parlamentares, de um lado, e demais detentores de foro por prerrogativa de função, de outro, não está posta nos artigos 53, parágrafo primeiro, e artigo 102, inciso primeiro, alínea b, da Constituição, tampouco se sustenta em fundamento jurídico razoável, senão na pré-compreensão de que, pela elevada incidência delitiva, aos membros do Congresso Nacional deve-se interpretar a regra do foro especial restritivamente, evitando-se a impunidade.

A violação da unidade e da sistematicidade das normas constitucionais com a interpretação restritiva aplicável *apenas* a senadores e deputados federais foi suscitada no voto do Ministro Dias Toffoli, nos seguintes termos (BRASIL, 2018, p. 1079):

Em verdade, não creio que possamos ter a pretensão de abarcar, no presente julgamento, todas as questões que possam derivar de uma alteração fragmentária do sistema.

De toda a sorte, uma vez assentada a tese, pelo Supremo Tribunal Federal, de que a prerrogativa de foro somente compreende os crimes praticados no exercício do mandato parlamentar em razão da função pública, **há que se estender essa tese aos demais agentes públicos**, a fim de preservar o conceito de **sistema de prerrogativa de foro**. (grifos no original)

Não obstante, o tratamento uniforme de todas as autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função restou vencido, em flagrante violação ao princípio da igualdade. E, da mesma forma, ao princípio republicano, na dimensão da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos. Se, como afirmado no próprio voto do Ministro Luís Roberto Barroso, “o modelo de foro por prerrogativa de função tornou-se não republicano no Brasil” (BRASIL, 2018, p. 793), assim o é em relação a todos os beneficiários da regra constitucional, e, em contrapartida, somente será viável a efetiva responsabilização dos agentes públicos se o modelo de foro especial (como um todo) for extinto pelo poder constituinte derivado. A interpretação restritiva da regra constitucional apenas aos membros do Congresso Nacional viabiliza a responsabilização de uma parcela reduzida dos agentes públicos titulares da prerrogativa e, na perspectiva do voto condutor do acórdão, legitima-se pela premissa compartilhada de que são os parlamentares os grandes responsáveis pelo volume de processos criminais do Supremo Tribunal Federal (ou seja, são os parlamentares que estão frequentemente envolvidos na prática de infrações penais, a revelar, uma vez mais, o fenômeno da criminalização da função legislativa).

A definição da competência em matéria penal também tem significativa repercussão ao parlamentar no que diz respeito ao deferimento de *medidas cautelares penais* alternativas à prisão, segundo o decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526 (BRASIL, 2017a). Significa que um juiz de primeira instância pode afastar um membro do Congresso Nacional do exercício do mandato eletivo, para os casos de crimes praticados antes da posse ou que não tenham relação

com o exercício da função legislativa, ainda que essa decisão seja posteriormente submetida à deliberação do Plenário da Casa respectiva. Há igualmente inúmeros outros problemas de coordenação que resultam da restrição artificial do foro especial aos parlamentares como, por exemplo, o caso de mandatos sucessivos, na mesma ou em outra Casa Legislativa, e o caso de governador ou prefeito eleito para mandato no Senado ou na Câmara dos Deputados.

Tem-se, portanto, que o julgamento da Questão de Ordem em Inquérito n. 937 (BRASIL, 2018), com a superação parcial da regra constitucional da prerrogativa de foro para restringir a sua aplicação aos crimes comuns praticados durante o exercício do mandato e em razão do mandato, representa uma *ruptura* na coerência sistêmica do instituto do foro especial, acarretando significativa alteração do regime jurídico-constitucional aplicável aos parlamentares, com graves prejuízos aos princípios da segurança jurídica e da separação de poderes.

Tese central do item 4.5: A regra constitucional do foro por prerrogativa de função tem como razão subjacente a garantia de juízos imparciais e de processos e julgamentos não afetados por pressões políticas ou motivações ideológicas. A superação parcial da regra constitucional do foro especial para restringir a sua aplicação aos crimes comuns praticados por parlamentares durante o exercício do mandato e em razão do mandato, mantendo-se a interpretação literal da regra aos demais agentes públicos beneficiários, representa uma *ruptura* na coerência sistêmica do instituto por razões de ordem moral e pragmática, acarretando indevida restrição ao regime jurídico-constitucional aplicável aos congressistas.

4.6. Considerações finais

Este capítulo analisou o impacto da *Criminalização da Função Legislativa* no regime jurídico aplicável aos parlamentares, conhecido como Estatuto dos Congressistas, na perspectiva da restrição, pela via interpretativa, do instituto das imunidades parlamentares nas suas dimensões formal e material.

O fenômeno da Criminalização é reforçado por um senso comum, amplamente compartilhado pela sociedade e pelos meios de comunicação, de que as imunidades constituem um “privilégio odioso” que confere tratamento diferenciado à

classe política com o objetivo de dificultar a sua responsabilização, favorecendo práticas criminosas.

Demonstra-se, não obstante, que as imunidades parlamentares continuam a ter natureza pública (dimensão objetiva) e constituem prerrogativas indispensáveis à independência do Poder Legislativo e à garantia da liberdade de fala e de locomoção do parlamentar no desempenho da função legislativa. E que, diante das diversas formas de arbítrio, muitas vezes veladas, dos regimes democráticos, as imunidades ainda se mostram indispensáveis à preservação dos regimes democráticos e condição de existência e de participação de diferentes forças políticas no Parlamento, especialmente as minorias, assegurando representatividade à pluralidade inerente às sociedades contemporâneas.

No que diz respeito à imunidade em sua dimensão material, defende-se que a responsabilização do ente público pelas opiniões, palavras e votos do parlamentar é também manifestação do fenômeno da Criminalização da Função Legislativa, porque se insere numa tendência mais ampla de restrição do regime jurídico constitucional aplicável aos parlamentares pelo Poder Judiciário, uma vez que a possibilidade de lesão ao patrimônio do ente público, por si só, já inflige ao parlamentar uma autocontenção em liberdade de expressão, que o constituinte originário pretendeu fosse a mais ampla possível.

Da mesma forma, sustenta-se que a imunidade material é aplicável ao desempenho das funções legislativas em sentido amplo, projetando-se a todo o território nacional (exceto para os vereadores), havendo presunção relativa de nexo de implicação recíproca com o mandato porque o parlamentar não se despe da qualidade de mandatário na esfera pública.

Já em relação às manifestações proferidas nas dependências do Congresso Nacional, defende-se que há presunção absoluta de que estão vinculadas ao desempenho do mandato eletivo, alcançando a imunidade material sua máxima amplitude. Desse modo, a superação da regra insculpida no artigo 53 da Constituição Federal é situação absolutamente excepcional e somente se justifica quando voltada a assegurar a finalidade subjacente à própria regra em um contexto de grave ameaça ao princípio democrático, como por exemplo a exclusão ou o aniquilamento de forças políticas, em especial as minorias.

Por fim, argumenta-se que a regra constitucional do foro por prerrogativa de função tem como razão subjacente a garantia de juízos imparciais e de processos e

juízos não afetados por pressões políticas ou motivações ideológicas, e que a superação parcial da regra constitucional do foro especial com pretensão de generalidade e abstração extrapola os limites da interpretação constitucional.

Além do mais, restringir a aplicação do foro por prerrogativa de função aos crimes comuns praticados por parlamentares durante o exercício do mandato e em razão do mandato, mantendo-se a interpretação literal da regra aos demais agentes públicos beneficiários, viola flagrantemente os princípios da igualdade e republicano, e representa uma ruptura na coerência sistêmica do instituto com fundamentos de ordem moral e de política criminal, evidenciando a substituição do legislador constituinte (originário e derivado) pelo juiz intérprete, com graves consequências ao princípio da separação de poderes, pilar estruturante do Estado Democrático de Direito.

4.7. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Emenda constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001*. Dá nova redação ao art. 53 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc35.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n. 1.073*, de 1898. 30/03/1898.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Reclamação n. 473, de 1962*. Relator Ministro Victor Nunes. 06/06/1962.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Inquérito n. 396*. Relator Ministro Octavio Gallotti. 20/04/1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem em Inquérito n. 390*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 27/09/1989a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Inquérito n. 510*. Relator Ministro Celso de Mello. 01/02/1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem em Inquérito n. 516*. Relator Ministro Celso de Mello. 01/08/1991a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Inquérito n. 503*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 24/06/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem em Inquérito n. 571*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 05/03/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem em Inquérito n. 777*. Relator Ministro Moreira Alves. 02/09/1993a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem em Inquérito n. 810*. Relator Ministro Néri da Silveira. 10/02/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Agravo Regimental em Inquérito n. 874*. Relator Ministro Carlos Velloso. 22/03/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Reclamação n. 511-9/PB*. Relator Ministro Celso de Mello. 15/09/1995a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário n. 210.917-7/RJ*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 12/08/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem em Inquérito n° 687*. Relator Ministro Sydney Sanches. 5/08/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Agravo Regimental em Inquérito n. 1775*. Relator Ministro Nelson Jobim. 21/11/2001a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem no Inquérito n. 1024*. Relator Ministro Celso de Mello. 21/11/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem no Inquérito n. 1710*. Relator Ministro Sydney Sanches. 27/02/2002a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Inquérito n. 655-6/DF*. Relator Ministro Maurício Correa. 01/07/2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem no Inquérito n. 1400*. Relator Ministro Celso de Mello. 04/12/2002c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso em Habeas Corpus n. 82555*. Relator Ministro Celso de Mello. 06/02/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Inquérito n. 1958*. Relator Ministro Carlos Velloso. 29/10/2003a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Inquérito n. 1905*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 29/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário n. 463.671*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 19/06/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário n. 232.057*. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 14/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 299.109*. Relator Ministro Luiz Fux. 03/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Inquérito n. 3814*. Relatora Ministra Rosa Weber. 07/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Referendo da Ação Cautelar n. 4039*. Relator Ministro Teori Zavascki. 25/11/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Inquérito n. 3932*. Relator Ministro Luiz Fux. 21/06/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Petição n. 5243*. Relator Ministro Luiz Fux. 21/06/2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Inquérito n. 3948*. Relatora Ministra Rosa Weber. 22/11/2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Referendo na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 402*. Relator Ministro Marco Aurélio. 07/12/2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Agravo na Ação Cautelar n. 4327*. Relator Ministro Marco Aurélio. 26/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526*. Relator Ministro Edson Fachin. 11/10/2017a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário virtual. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 632115*. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. 22/06/2017b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937*. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. 03/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental na Petição n. 5626*. Relator Ministro Celso de Mello. 14/12/2018a.

FÓRUM SEGURANÇA. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 2 ed. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-2-edicao/> Acesso em 10 de novembro de 2019.

GAÚCHA ZH. Bolsonaro diz que não teme processos e faz nova ofensa: "Não merece ser estuprada porque é muito feia". In *Gaúcha ZH Política*. Edição de 10 de dezembro de 2014.

Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2014/12/bolsonaro-diz-que-nao-teme-processos-e-faz-nova-ofensa-nao-merece-ser-estuprada-porque-e-muito-feia-cjkf8rj3x00cc01pi3kz6nu2e.html> Acesso em 10 de novembro de 2019.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5 ed. rev. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.

LAURENTIIS, Lucas De; DIAS, Roberto. Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 195, p. 07-24, jul/set. 2012.

MORAES, Alexandre de. Imunidades parlamentares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, jan – mar, p. 45-64. 1998.

PERRONE, Patrícia. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Miguel Angelo Ciavareli Nogueira dos. *Imunidades jurídicas: penais, processuais, diplomáticas e parlamentares*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPÍTULO 5. A CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA PERSECUÇÃO PENAL

Hugo Souto Kalil¹⁷²

5.1 Introdução

Nos primeiros capítulos, a presente obra busca estabelecer os pressupostos teóricos de uma análise acerca do processo de mudanças pelas quais passa o regime jurídico – em especial, o regime sancionatório – dos políticos no Brasil.

Inicialmente, trata-se das as origens do problema, tendo em vista a crise da democracia representativa, e em especial o funcionamento do presidencialismo de coalizão no Brasil; a expansão da intervenção penal e a fragilização da atividade política.

Nos capítulos seguintes, abordou-se o conceito de criminalização da política e as peculiaridades da função política vis-à-vis a aplicação conservadora de pressupostos penais classicamente voltados aos funcionários públicos em geral; ainda, estudou-se a função legislativa, tanto sob o prisma de seu conteúdo material – a revelar-se muito mais extenso do que as atividades rigidamente descritas em manuais tradicionais de direito constitucional – quanto em relação às suas garantias e estatuto jurídico.

Aqui, verificou-se um descompasso, que certamente desempenha papel considerável na compreensão do conceito de criminalização da política, entre as demandas crescentemente inovadoras da atividade política, mesmo à margem de um assento institucional pré-concebido, e, na outra margem, a gradual redução de seu estatuto de proteção jurídica.

Em outras palavras: a atividade política está a se tornar mais complexa e, por isso mesmo, trilha caminhos sobre os quais não há regulação formal; mas, ao mesmo tempo, recebe menor proteção jurídico-constitucional.

¹⁷² Advogado do Senado Federal. Mestre em Direito Constitucional (IDP). Frequentou o XX Curso de Especialização em Direito Penal Económico Internacional e Europeu, na Universidade de Coimbra.

O presente capítulo adota uma perspectiva de verificação dos pressupostos discutidos até o momento com as mudanças que se observam no direito penal e processual-penal nos últimos anos. Sua intenção é responder, tanto quanto possível, em que medida a persecução penal tem sofrido modificações, notadamente no contexto de casos de corrupção política, e quais conclusões se pode tirar dessas mudanças.

Para tanto, serão debatidas algumas das principais questões penais ou processuais-penais que foram tema de decisões judiciais nos últimos anos (desde a deflagração da Operação Lava Jato, pelo menos, e no contexto do Mensalão em alguns casos).

O enfoque da discussão não é, naturalmente, a elaboração de um tratado (uma análise vertical de cada instituto jurídico), nem tampouco a repetição de lições colhidas em manuais acadêmicos. A sua finalidade é explicar como as mudanças jurisprudenciais ou legislativas descritas tiveram (ou mesmo tencionaram) causar impacto na atividade política.

Esse impacto deve ser verificado a partir de três feixes de ocorrência, a serem oportunamente detalhados: o primeiro, relativo ao núcleo-duro do fenômeno da criminalização da política, que diz respeito a instauração de investigação ou de processo penal e eventual condenação em virtude de fatos que, a rigor, constituem atividade política legítima; o segundo, relativo ao fenômeno secundário do endurecimento das penas e da formação de modificações *ad hoc* em casos de fatos criminosos que tenham especial incidência de responsabilidade de agentes políticos; por fim, um efeito social que dimana dos anteriores, no sentido da promoção de certo descrédito público com a atividade política e com os políticos em geral.

Dessa análise, extrair-se-ão as conclusões necessárias, à luz de um breve reexame de alguns dos pressupostos teóricos desenvolvidos e de novos construtos relevantes, em especial das ideias do direito penal do autor e do inimigo, e do ativismo judicial, buscando relacioná-las ao fenômeno da criminalização da política.

5.2 Elementos teóricos em câmbio: a nova jurisprudência penal brasileira em matéria de criminalidade econômico-política

O Brasil vive, há alguns anos, um ambiente de intensa dedicação institucional, social e política ao problema da corrupção *lato sensu*. De um lado, as condenações por corrupção têm tido aumento substancial – mesmo antes da Operação

Lava Jato, o número de presos por corrupção teve uma variação positiva de 116% entre os anos de 2010 e 2014 (MOHALLEM, et al., 2017, p. 10); de outro, o Brasil apresentou, em 2018, sua pior nota no Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional, ocupando a 105ª posição entre 180 países avaliados (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2019).

Em conexão com a demanda por maior endurecimento da política de combate a corrupção, e em especial aquela praticada por agentes políticos, uma série de mudanças legislativas e jurisprudenciais tiveram curso nesse período. A seguir, algumas dessas modificações são elencadas e discutidas. Sua seleção responde ao impacto, potencial ou efetivo, que tiveram no contexto da atividade política e, em particular, na atuação dos membros do Poder Legislativo – e responde, portanto, à necessidade de uma verificação qualitativa do fenômeno da criminalização da política.

5.2.1 *A lei das organizações criminosas: antecipação do momento consumativo dos delitos, o emprego da colaboração premiada e de escutas clandestinas*

A modernidade tardia e a integração mundial modificaram a forma como a humanidade se relaciona com o incerto e seus temores. Com seus avanços tecnológicos e a massificação da produção, deslocaram a fundação e a racionalização dos temores – antes vistos como fatalidades, como a morte, a fome ou a guerra – para a semântica do risco que, conforme BECK (2015, p. 152), “*diz respeito a perigos futuros tematizados no presente, resultantes, frequentemente, dos avanços da civilização*”.

A prevenção e a distribuição social dos riscos e ameaças (que, em certa medida, complementa a noção moderna da distribuição das riquezas) pautam o debate político e acadêmico – segurança de alimentos, preservação ambiental, terrorismo, crimes virtuais etc. – e frequentemente põem a humanidade em situações de *tradeoffs*, obrigada a decidir entre riscos (e não somente entre uma solução segura e outra arriscada): optar, por exemplo, entre a difícil decisão de empregar mais energia nuclear, com seus perigos potenciais, ou manter matrizes energéticas sujas, que cooperam para as mudanças climáticas.

O medo determina o sentimento existencial. A prioridade máxima na escala de valores é atribuída à segurança, que suplanta a liberdade e a igualdade. Verifica-se um agravamento das leis, um ‘totalitarismo da defesa contra os perigos’ aparentemente razoável.

A 'economia do medo' enriquecerá à custa do colapso nervoso generalizado. O cidadão desconfiado e suspeito terá de ficar agradecido quando, para 'sua segurança', for sujeito ao controlo por scanner corporal, fotografado, revistado e interrogado. A segurança, tal como a água e a eletricidade, torna-se um bem de consumo lucrativo, fornecido pelos sectores público e privado (BECK, 2015, p. 267).

O direito não poderia ser indiferente à formação de uma sociedade mundial de risco, constatação formulada por BECK, hoje já clássica. A antecipação dos riscos e a prevenção de eventos catastróficos (precaução) legítima, no discurso e na prática jurídica, a imposição de controlos mais rígidos sobre as pessoas – que sequer reclamam desses novos mecanismos de vigilância.

Essa apresentação é o que introduz ao espírito da lei brasileira contra as organizações criminosas – a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Com efeito, trata-se de legislação inserta em um contexto internacional de combate à criminalidade organizada, cuja influência mais direta é a da Convenção de *Palermo* – a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – e que responde, portanto, a uma demanda internacional de combate ao crime organizado, em suas variadas vertentes: tráfico de drogas, de armas, de pessoas, e outras formas de criminalidade organizada, em especial a transnacional.

Uma característica dessa espécie de marco legislativo é o recurso à antecipação do momento consumativo do delito – justamente como técnica de prevenção e de gerenciamento do risco potencial dos danos, a serem evitados. Em outras palavras, dada a gravidade da criminalidade com a qual se está a lidar, o legislador opta por antecipar substancialmente a consumação do crime, a abarcar atos que, de outro modo, seriam tidos como preparatórios.

O fenômeno foi devidamente examinado por BOTTINI:

A ânsia por proteção leva o direito penal a coibir condutas cuja periculosidade é meramente indiciária, cujos riscos não são evidentes, apenas suspeitos. A tutela não se antecipa apenas ao resultado lesivo, mas, em determinados dispositivos, antecipa-se à própria constatação do risco, envolvendo a norma penal em um campo que, até então, lhe era estranho: o campo da precaução. (BOTTINI, 2019, p. 85)

A técnica utilizada pela legislação criada em resposta à necessidade de gerenciar riscos é, habitualmente, a do estabelecimento de tipos penais de perigo abstrato – em que o desvalor repousa sobre a conduta em si, sem que haja a necessidade de constatação da criação de um perigo concreto ou de um resultado lesivo para o bem

jurídico protegido. Essa técnica responde, ainda, a dificuldade de formação de prova do liame de causalidade que derivaria da complexidade de certas condutas delituosas, se fosse exigido o resultado. (BOTTINI, 2019, p. 93).

A Lei das Organizações Criminosas, no espírito das diretrizes da Convenção de Palermo, conceitua organização criminosa como

a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013a) [destacou-se].

O conceito legal praticamente repete aquele estabelecido pela Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, com a distinção de exigir o número mínimo de quatro pessoas (enquanto a lei anterior exigia três ou mais) e que as infrações penais tenham pena máxima *superior* (e não mais igual ou superior) a quatro anos.

Como se lê da definição legal, utilizada como conceito para a definição do crime de pertencimento a organização criminosa (art. 2º), o resultado (a efetiva obtenção de vantagem ou a prática de infrações penais) é indiferente para a consumação do delito. Basta a pertença à associação com a intenção de obter a vantagem mediante prática de infrações penais com pena máxima superior a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional; o crime definido no art. 2º da Lei é, portanto, formal e autônomo (FERRO, et al, 2014, p. 51).

Mais relevante: não se exige, em tese, no tipo, sequer que a dita associação de pessoas tenha chegado a praticar atos concretos: “(...) *ainda que no futuro nenhum delito seja efetivamente realizado*” (MASSON e MARÇAL, 2018, p. 77). No mesmo sentido, MENDRONI afirma que aqueles que pertencem à dita associação de indivíduos “(...) *deverão responder por crime de ‘integração em organização criminosa’, mesmo que nenhum dos integrantes chegue a sequer dar início a atos de execução de qualquer crime*” (2015, p. 23).

Cuida-se, como se vê, de larga antecipação do momento consumativo para a prevenção (ou gerenciamento) do risco representado por essa espécie de criminalidade, em que se lança mão do direito penal para coibir a estruturação prévia de uma organização destinada à atividade criminosa. No momento da consumação do delito não é necessário, ainda, que tenha havido nem lesão, nem perigo de lesão ao bem jurídico (paz social, segurança pública).

Embora se possam lançar questionamentos sobre a legitimação dessa estratégia de tipificação – em especial à luz dos princípios da proteção a bens jurídicos e da subsidiariedade do direito penal (DIAS, 1999, pp. 61-77) – não há inconstitucionalidade *per se* no manejo de tipos de perigo abstrato. Já o Colóquio Preparatório da Associação Internacional de Direito Penal, de 1982, reconhecia a validade dessa estratégia, com algumas cautelas, em sua Resolução n. 8:

8. Os crimes de perigo abstrato (*per se bans, abstrakte Gefährdungsdelikte, délits obstacle*) são meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados. A sua utilização como simples processo de facilitar a prova não se justifica. (COSTA e ANDRADE, 1998, p. 363)

Sem embargo, o caso é que a lei brasileira não reproduz uma exigência que, contudo, resta claramente disposta na Convenção de Palermo, qual seja, o da habitualidade do grupo organizado – “*existente há algum tempo*”, na redação do artigo 2, letra ‘a’, do tratado.

Embora a literatura geralmente derive essa exigência da ordenação estruturada, exigida pelo conceito legal brasileiro (MACIEL, 2015, pp. 39-40), o fato é que o silêncio legal abre margem a que atos de mera cogitação ou atos isolados, a partir de um contexto eventualmente ambíguo, possam receber esse enquadramento – e, portanto, os seus agentes passem a receber o tratamento conferido pela lei, em todas as suas características.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a Lei das Organizações Criminosas franqueia o uso de técnicas especiais de investigação e abrange formatação própria de proteção da atividade persecutória estatal – tudo em conformidade com o que foi preconizado pela Convenção de Palermo.

Com relação à proteção da investigação, notabiliza-se o crime de obstrução da investigação, contido no §1º do artigo 2º da Lei: “*nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”.

O crime de obstrução tem natureza material, ou de resultado. É preciso que haja o impedimento ou o embaraço da investigação para a sua consumação. No entanto, à vista da vagueza e generalidade do elemento *embaraçar*, abre-se grande margem interpretativa na verificação da subsunção de fato concreto à norma penal incriminadora.

Entre as técnicas de investigação, duas têm tido particular ocorrência na experiência recente brasileira: a colaboração premiada e a escuta ambiental. Ambas, no entanto, não estão imunes a críticas acerca de sua aplicação concreta em tempos recentes, em alguma medida, por apresentarem formato que se afasta do figurino legal ou constitucional – o que também tem relevo no exame e na verificação da hipótese de criminalização da política.

A colaboração premiada foi instituída pela Lei n. 12.850 como um dos meios de obtenção de prova especiais no contexto das organizações criminosas. O ordenamento brasileiro já conhece de há muito, contudo, outras hipóteses de direito premial – a hipótese mais antiga de que se tem notícia estava encartada nas Ordenações do Reino, aplicada no País até 1830; e, a legislação brasileira conta com diversas modalidades especiais de redução de pena para o delator.

A inovação mais significativa, nesse ponto, é o caráter sinalagmático, bilateral e, portanto, contratual do acordo de colaboração premiada (que também havia sido previsto pela Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, de vigência curta, logo revogada pela atual lei de drogas), firmado entre Ministério Público e o colaborador, com homologação judicial.

Por esse negócio jurídico processual, o colaborador assume deveres – entre os quais, o de reparar os danos causados pelos crimes praticados, narrar e pôr a disposição da acusação todos os elementos de informação de que possa dispor em relação aos crimes de que tiver conhecimento, bem como de renunciar ao privilégio contra a autoincriminação – e o Ministério Público propõe o ajuste da futura pena, inclusive com condições especiais de regime de progressão e de cumprimento, quando o caso.

Por sua natureza contratual, e em virtude das limitações que o Supremo Tribunal Federal determinou à ingerência do Poder Judiciário no momento da homologação do acordo, há uma ampla margem de poder que restou conferida exclusivamente ao Ministério Público na negociação – sem que os demais investigados tenham legitimidade para impugnar os termos do acordo, como decidiu o Pleno do STF no Habeas Corpus n. 127.483/PR, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2015b).

A condução da estratégia de investigação – que, em teoria, seria um subproduto legítimo da independência do Ministério Público e de sua prerrogativa como *dominus litis* – pode, contudo, ensejar o direcionamento de investigações em desfavor

de alguns investigados, por razões que escapem a critérios técnicos e impessoais – e que, pelas próprias características da negociação de acordos, não se inserem na possibilidade de ulterior controle judicial.

No Brasil, país em que o Ministério Público tem as feições e frui das garantias de uma magistratura, não se admite, contudo, que o órgão acusador busque, voluntariamente, direcionar eventuais investigações por motivações estranhas a critérios impessoais, ou que busque elementos apenas favoráveis à acusação e descarte eventuais informações que beneficiem a defesa – justamente porque, como órgão impessoal e neutro, deve investigar com obediência à estrita objetividade: *à charge et à décharge* (ANTUNES, 2017, p. 35).

Além disso, a colaboração premiada, em especial no concerto de processos que se desenvolveram no âmbito da Operação Lava Jato, tem sido obtida com larga frequência a partir de negociação entabulada depois de o investigado estar submetido a longos períodos de prisão cautelar – naquela operação, as prisões preventivas chegaram a ostentar, em 2017, a média de 142 dias por indiciado, e em alguns casos ultrapassam os 600 dias, conforme noticiou a Gazeta do Povo (GAZETA DO POVO, 2017) –, o que suscitou fortes críticas da comunidade jurídica, inclusive de ministros do Supremo Tribunal Federal.

Embora os membros da Força-Tarefa Lava Jato neguem a utilização da prisão como meio de coerção para a negociação de colaboração premiada, há elementos que já demonstravam a alta probabilidade da ocorrência dessa prática, tais como uma decisão do então juiz responsável pela operação, revogando a prisão de investigado tão logo soube que havia decidido colaborar ou o parecer do Ministério Público perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que se sustenta que “*o elemento autorizativo da prisão preventiva (...) tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos*” (MELO e BROETO, 2017).

Os diálogos publicados pelo portal The Intercept Brasil¹⁷³, consistentes em dados de diálogos privados entre os agentes de persecução penal e o magistrado da Operação Lava Jato, jogam luz sobre esse fenômeno, a demonstrar, por exemplo, que o vazamento de informações para a imprensa acerca do avanço de investigações sigilosas

¹⁷³ Embora ilegalmente obtidos, esses dados são dotados de inegável valor acadêmico, já que não tiveram sua veracidade rechaçada pelos envolvidos e ostentam grande verossimilhança, com base nas checagens que foram feitas, até o momento, por diversos veículos de comunicação.

era feito com o objetivo de infundir temor nos investigados, a fim de que se decidissem pela colaboração premiada. Além disso, revelou-se que pedidos de sequestro ou indisponibilidade de bens eram usados com a mesma finalidade: “*Colocar ele de joelhos e oferecer redenção. Não tem como ele não pegar*”, teria afirmado um procurador no grupo de mensagens (THE INTERCEPT BRASIL, 2019).

Outro ponto sensível acerca da colaboração premiada é a importância que adquiriu, no âmbito da Operação Lava Jato, a palavra do delator, a despeito de limitação legal (disposta no artigo 4º, §16, da Lei das Organizações Criminosas) devidamente ratificada pelo Supremo Tribunal Federal à sua utilização como parâmetro de fundamentação da sentença – a exigir, sempre, provas robustas de corroboração. Nesse sentido, o seguinte excerto de acórdão prolatado no Inquérito n. 4.074/DF:

(...)10. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 11. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 12. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 13. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 14. No caso concreto, faz-se referência a documentos produzidos pelos próprios colaboradores, a exemplo de anotações, registros em agenda eletrônica e planilhas de contabilidade informal. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elementos de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. (BRASIL, 2018c)

Alexandre Araújo Costa descortina esse ponto ao analisar a sentença do *Caso Tríplex*, que rendeu a primeira condenação penal ao ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. A sentença abraça como única explicação plausível aquela que havia sido dada pelo delator Léo Pinheiro, embora não houvesse provas de corroboração em relação a diversos elementos – e, notadamente, ao liame causal entre o benefício indevido (o apartamento e suas reformas) e o exercício do cargo do ex-presidente (COSTA A. A., 2017).

A questão ganha complexidade, ainda, ao se recorrer, mais uma vez, aos diálogos revelados pelo *The Intercept*, desta feita em parceria com o jornal Folha de São Paulo. Os procuradores da Lava Jato teriam rejeitado, por diversas vezes, o acordo com

o delator, e somente viriam a aceitar prosseguir nas negociações para o acordo depois da inclusão do apartamento do ex-presidente Lula como parte dos fatos conhecidos de corrupção, sob a denominação da conta de propinas do PT (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019).

Com relação ao emprego de escutas ambientais, a peculiaridade nas práticas das operações contra a chamada corrupção sistêmica foi a gravação feita por colaboradores, que, sem prévia autorização judicial, passavam a fazer escutas clandestinas contra outros investigados, instigando-os a falarem sobre supostas práticas delituosas ou contra a Operação Lava Jato.

Houve, portanto, na aplicação recente desses institutos, a par dos exemplos já mencionados, casos notórios de interferência de natureza política na atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, por meio desses recursos, isoladamente ou em combinação: o aparente direcionamento de colaborações premiadas contra determinados políticos; enquadramento, como atos de obstrução ou de pertença a organização criminosa, de atuações de natureza política – eventualmente irregular, mas não criminosa –, e o uso de escutas ambientais clandestinas como instrumento da acusação em face de políticos protegidos por imunidade.

De especial relevo foi a Ação Cautelar n. 4.173, em que o então Procurador-Geral da República requereu a prisão de dois senadores da República em atividade e de um ex-presidente da República, em virtude de gravações efetuadas por um ex-parlamentar e ex-diretor da TRANSPETRO.

Naquele caso, que teve grande repercussão social, o Procurador-Geral da República sustentava que os investigados estivessem a integrar uma organização criminosa disposta para a prática de crimes contra a Administração e, ainda, que planejavam obstruir a investigação – isso com fundamento nas aludidas gravações.

Chamam a atenção dois aspectos: o primeiro, que as conversas têm um aspecto largamente abstrato e cogitativo, não se assemelhando a um plano organizado ou estruturado, como seria exigível de uma organização criminosa; o segundo, que o suposto plano consistia, na narrativa do Ministério Público, justamente no uso aparentemente normal da atuação parlamentar, ainda que movido por finalidade antiética:

Na vertente estratégica, as conversas gravadas expõem a trama clara e articulada dos Senadores (...) e (...) e do ex-Presidente (...) a fim de mutilar o alcance dos institutos da colaboração premiada no processo penal e da leniência administrativa para pessoas jurídicas responsáveis por ato de

corrupção, impedir o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado definitivo dos processos penais pelos Tribunais Superiores, e, em prazo mais longo, subtrair atribuições do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário. (BRASIL, 2016b)

Além disso, a coleta clandestina das conversas, de cunho particular, não foi afastada, seja pela Procuradoria-Geral da República ou pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui, também, cuida-se de situação delicada, dado que os diálogos não se destinavam propriamente a formação de prova em benefício de um réu, mas foram colhidos na intenção de cooperar com a acusação por uma espécie peculiar de agente infiltrado, já em vista de possível acordo de colaboração premiada, inclusive com prática de instigação à confissão, do colaborador aos interlocutores.

A título comparativo, em Portugal, a Lei n. 5, de 2002, autoriza o registro de voz e imagem do investigado, mesmo sem seu consentimento, na persecução da criminalidade organizada e econômico-financeira – mas impõe a prévia autorização judicial para a validade da prova coletada – art. 6º (PORTUGAL, 2002).

Nesse processo, o ministro Relator indeferiu o pedido de prisão formulado pelo Ministério Público e, alguns anos depois, o caso foi arquivado pelo próprio MPF; o ônus político da divulgação dos fatos, contudo, foi severo – a ponto de um dos senadores, então Ministro no Poder Executivo, ter se exonerado do cargo e, inclusive, não ter logrado a reeleição para o mandato parlamentar nas eleições gerais de 2018.

Caso semelhante ocorreu – ao menos parcialmente – na Ação Cautelar n. 4.327/DF. Nesta cautelar, o Procurador-Geral da República narrou, entre outros fatos, que senador da República em atividade buscava obstruir ou impedir os avanços da Lava Jato por meio de articulação para aprovação de leis e influência política para substituir o então Ministro da Justiça e requereu, do mesmo modo, a sua prisão. Leia-se o resumo feito, em decisão, pelo Ministro Relator:

Aduz existirem provas de suposta atuação do parlamentar voltada a obstruir ou impedir os avanços da denominada Operação Lava Jato, tendo-a como revelada em dois pontos: 1) articulação para aprovação de lei visando anistiar o crime de “caixa dois” eleitoral e aprovar o de abuso de autoridade; 2) influência na nomeação de Ministro da Justiça visando interferir na escolha de Delegados da Polícia Federal para conduzir inquéritos oriundos da referida Operação, objetivando assegurar a impunidade de determinadas autoridades políticas. (BRASIL, 2017d)

O Relator, ao dar provimento a agravo da defesa, reconheceu que os dois fatos narrados constituíam exercício legítimo da atividade parlamentar – em vista da realidade do presidencialismo de coalizão.

Contudo, a Turma acabou por reformar a decisão, deliberando pelo afastamento cautelar do parlamentar, além de outras medidas cautelares. O voto vencedor, do Ministro Luís Roberto Barroso, reconhecia inclusive o flagrante pelos delitos de organização criminosa e obstrução de investigação – embora tenha deixado de impor eventual prisão.

Mais uma vez, como na hipótese anterior, o caso tratava, a rigor, de posições políticas, ainda que possivelmente questionáveis sob o prisma ético, colhidas em gravações clandestinas e nas quais o interlocutor era estimulado a se manifestar contra a operação ou acerca de supostos delitos pelo colaborador (ou candidato a colaboração).

Tenha-se em mente que o parlamentar pode, em sua esfera de atuação legítima, defender até mesmo a descriminalização de delitos ou a extinção de órgãos. *A fortiori*, tem legitimação para buscar, junto a seus pares, a aprovação de projetos de lei de controle de órgãos estatais, bem como para defender correções de rumo políticas que entenda necessárias.

Do mesmo modo, parece legítimo compreender, ao menos em relação a esses fatos – excluída da análise as outras imputações do mesmo processo –, que não havia atos concretos relatados de embaraço ou de impedimento da investigação (recorde-se, crime material ou de resultado), nem a estabilidade e habitualidade da suposta associação (que ensejaria o reconhecimento do crime de pertença a organização criminosa).

Em outras duas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal também deliberou, com manejo das fragilidades já apontadas na interpretação da Lei das Organizações Criminosas, pela prisão de um senador da República e pelo afastamento do mandato do então Presidente da Câmara dos Deputados.

No primeiro caso, havido na Ação Cautelar n. 4.039, então Senador da República teve sua prisão requerida pelo então Procurador-Geral da República e deferida pelo Ministro Teori Zavascki, em decisão posteriormente ratificada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em sessão reservada. Na narrativa do MPF, aceita pelo STF, não se tratava, na hipótese, de atos de caráter político; o senador,

supostamente, buscava oferecer suborno, em concerto com outros agentes, para que terceira pessoa não o delatasse em processo da Operação Lava Jato.

Ainda assim, a decisão se fundamenta, como critério de legitimação da prisão, no estado de flagrância do suposto delito permanente de organização criminosa – sendo que, naquela hipótese, não havia nenhuma demonstração da habitualidade e estabilidade do grupo de pessoas em associação, já que somente fora narrada, no requerimento ministerial, a associação para a prática de um grupo de fatos delituosos concretos (BRASIL, 2015a).

Finalmente, na Ação Cautelar n. 4.070, o então Procurador-Geral da República requereu o afastamento cautelar do mandato eletivo (e do cargo na Mesa) do então Presidente da Câmara dos Deputados. A ação elenca uma dezena de fatos que fundamentariam a aludida decisão, cuja análise pormenorizada escapa aos objetivos do presente trabalho.

Entretanto, em sua maioria, os fatos diziam respeito: a) a atividades de natureza estritamente política e parlamentar – como ‘manobras’ regimentais ou apresentação de projetos etc., ainda que com finalidades consideradas reprováveis pelo MPF, como a preservação do próprio mandato; b) a fatos praticados por colegiados, nem sempre integrados pelo investigado – como a contratação de empresa de consultoria e a convocação de advogada em CPI em curso na Casa; c) supostos atos claramente criminosos, como a suposta troca de atos de ofício por vantagens indevidas – ainda que, em alguns casos, a narração deixe em dúvida se, de fato, se trataria de corrupção ou de doação eleitoral e convergência de atuação político-parlamentar.

Embora a decisão pudesse ser admitida, à luz das balizas posteriormente fixadas pelo mesmo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 5526, em vista dos fundamentos de *periculum in mora* considerados (em especial nos atos propriamente delituosos narrados e considerados pelo Ministro Relator), a sua fundamentação recorre insistentemente a aspectos morais relativos ao cargo e à atuação do parlamentar em questão para, alegadamente, evitar sua própria cassação – matéria claramente de natureza política, que foge inteiramente ao âmbito criminal (BRASIL, 2016a).

Ainda que o resultado, de outra forma, pudesse ser o mesmo, desde que usada a motivação apropriada, o que deve ser observado de anômalo nesta decisão é o manejo, declarado e reconhecido, do direito penal para solucionar um problema essencialmente de caráter ético-sancionatório, interno à Câmara dos Deputados – e tudo

isso sob o escudo da suposta prática do delito de obstrução de investigação em organização criminosa.

Esses casos, que certamente figuram dentre os casos-limite mais relevantes acerca da relação entre parlamentares e o Poder Judiciário nos tempos de Lava-Jato, confirmam a hipótese de intervenção indevida – ao, quando menos, irregularmente motivada – de órgãos de aplicação da lei penal na atividade política, inclusive na atividade política eventualmente irregular ou antiética, mas, frequentemente, não comprovadamente criminosa, em virtude de interpretação demasiado larga dada à Lei de Organizações Criminosas e de seus instrumentos – em especial, o da colaboração premiada.

Adiante, tratar-se-á de outros tópicos em que se pode aferir o surgimento de questões análogas.

5.2.2 Os problemas do ato de ofício e da vantagem indevida no delito de corrupção

O delito de corrupção passiva, crime praticado por funcionário contra a administração pública, está definido no artigo 317 do Código Penal Brasileiro. Sua redação é a seguinte:

Corrupção passiva

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.

Duas discussões avultam em relação à interpretação dada ao delito: a primeira, diz respeito à questão acerca da determinação de um potencial ato de ofício como elemento do tipo objetivo do delito, e sua relação com o cargo exercido; a segunda, acerca da natureza da vantagem indevida.

Em relação ao primeiro ponto, a discussão está delimitada a partir da literatura especializada (a dogmática penal) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O crime de corrupção passiva encontra sua contraface no delito de corrupção ativa. No primeiro, trata-se do crime do funcionário que solicita, recebe ou aceita promessa de receber vantagem indevida, em razão do cargo; no segundo caso, trata-se do particular que oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público “para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

A ausência de reprodução, no delito de corrupção passiva, da finalidade expressa de praticar, omitir ou retardar ato de ofício conduz à dúvida acerca de ser ou não o ato de ofício, ainda que em potência, uma elementar do tipo.

Tradicionalmente, a doutrina tem compreendido que a mercancia do cargo, elemento essencial do tipo da corrupção, exige que se negocie um ato de ofício dentro da esfera de atribuições do cargo público exercido – ainda que esse ato, depois, não venha a ser realizado, dada a natureza formal do delito, que não exige o resultado lesivo para a sua consumação:

Assim, diante da objetividade jurídica do delito previsto no art. 317 do CP, pode-se afirmar que o crime exige não apenas que o sujeito ativo seja funcionário, para os efeitos penais (art. 327), nem que a ação se relacione meramente com função pública, mas que o fato tenha relação com um ato de ofício em particular.

(...)

Os elementos básicos das infrações, simples, qualificada ou privilegiada são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, *caput*, do CP, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que a menção ao ato funcional é expressa. (MIRABETE, 2010, pp. 340-341)

No mesmo sentido, podem ser elencados os seguintes autores, representativos da literatura de maior relevo no cenário jurídico: Nelson HUNGRIA (1959, pp. 367-372); Paulo José da Costa Jr. (2010, p. 899); Magalhães NORONHA (2003, p. 258); Bento de Fatia (1959, p. 108); Franz Von Liszt (2006, pp. 496-498).

O Supremo Tribunal Federal, na esteira da doutrina jurídica prevalente, firmou *leading case* sobre a matéria na Ação Penal n. 307, julgada pelo Plenário e relatada pelo ministro Ilmar Galvão, que cuidava de denúncia apresentada contra ex-presidente da República, pelo delito de corrupção passiva.

Naqueles autos, a Corte firmou, por maioria, o entendimento de que a negociação de um ato de ofício, ainda que não venha a ser praticado são elementares ao crime de corrupção passiva descrito no art. 317 do Código Penal, sendo obrigatória a sua descrição na denúncia (BRASIL, 1994).

Esse precedente se sustentou como *leading case*, sem maiores alterações, até o julgamento da Ação Penal n. 470 – dita do Mensalão. Naquele julgamento, o Supremo Tribunal acabou por tornar obscura a conclusão acerca da necessidade de negociação de um determinado ato de ofício para a consumação do delito de corrupção passiva.

Juarez Tavares e Ademar Borges examinam, em profundidade, os votos dos Ministros nas duas fases do julgamento do Mensalão, e concluem que houve prevalência, embora com alguma dificuldade de determinação do voto médio, da exigência de potencial ato de ofício para o reconhecimento do delito (TAVARES e BORGES, 2017).

Do mesmo modo, Gustavo Quandt destrincha os acórdãos do julgamento acerca desse ponto, a concluir que houve formação de maioria para manter o entendimento pela necessidade do ato de ofício – mas que há incerta definição sobre o grau de exigência acerca da determinação do ato no momento da consumação do delito. E acresce as seguintes razões para defender a manutenção desse entendimento:

Cremos que a completa (ou quase completa) dispensa da vinculação da vantagem a um ato de ofício tende a criar atritos entre os arts. 333 e 317 do CP. Com efeito, tem-se entendido que o pagamento de vantagem indevida, pelo particular, constitui participação no crime de corrupção passiva, e só não é punido a tal título porque conta com incriminação específica. Mas se isso for correto, então a referência a ato de ofício no art. 333 do CP se torna inócua nos casos de corrupção bilateral, pois ela não aparece expressa no art. 317 do CP. Em outras palavras: por mais que o Código Penal exija, na corrupção ativa (art. 333 do CP), a relação entre a vantagem indevida e algum ato de ofício, o particular que sucumbisse à solicitação feita pelo funcionário público em razão de sua função, mas sem qualquer referência, implícita ou explícita, a algum ato de ofício acabaria incorrendo em participação no crime de corrupção passiva, sofrendo as mesmas penas. Assim, julgamos que a tendência do STF de identificar os requisitos típicos dos arts. 317 e 333 do CP é correta, e a única forma de fazê-lo é acrescentar ao art. 317 do CP as exigências adicionais do art. 333 do CP, pois o caminho contrário - supressão das exigências abundantes do art. 333 do CP - obviamente violaria o princípio da legalidade. (QUANDT, 2014)

A despeito disso, há uma forte tendência, ampliada a partir da Lava Jato, de desconsiderar a mercancia do cargo público para a caracterização da corrupção passiva (FREIRIA e FREIRIA, 2018), passando-se, de forma jurisprudencial, a ampliar o espectro punitivo do crime para abarcar o denominado delito de ‘vantagem indevida’. Hoje, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal ostentam divergência sobre o ponto. A Segunda Turma remanesce fiel ao entendimento firmado na Ação Penal n. 307, compreendendo a necessidade de negociação por potencial ato de ofício (que pode

ou não vir a ser praticado, o que representa causa de aumento); a Primeira Turma, contudo, adota o entendimento de que o crime do art. 317 do CP exige tão-somente a percepção de vantagem indevida pelo agente público, independentemente de descrição a um ato de ofício em sua esfera de atribuições.

Subjaz à preferência pela criminalização da vantagem indevida a ideia de que o corruptor, ao oferecer a servidores públicos vantagens não justificadas em contrato ou outras relações jurídicas lícitas, está a comprar influência – uma corrente de boa-vontade ou *stream of benefits* – destinado a, no futuro, obter benefícios econômicos ou outras vantagens junto à Administração Pública. Essa tese foi afirmada pela Corte do 3º Circuito, nos Estados Unidos, no julgamento *US v. Kemp*, de 2007.

Essa teoria, que tem relevante repercussão acadêmica e em algumas esferas do Poder Judiciário nos Estados Unidos, parece, entretanto, ter sido rechaçada pela Suprema Corte Americana em pelo menos duas ocasiões.

A primeira, no julgamento *US v. Sun Diamond Growers of California*, de 1998, quando a Corte, à unanimidade, cassou um julgamento de instância inferior (a Corte do Distrito de Columbia) que havia admitido denúncia contra uma associação por oferecer gratuidades a um funcionário público. Na *opinion* (fundamentação) dada pelo *Justice Scalia*, registra-se que a adequada interpretação do respectivo preceito incriminatório do Título 18 do *US Code* exige a demonstração de que a gratuidade fora concedida para ou devido a um ato oficial praticado ou a ser praticado, não bastando que o presente fosse dado em função do fato de o destinatário ser agente público (ESTADOS UNIDOS, 1999).

Mais recentemente, no julgamento *MacDonnel v. US*, a Suprema Corte afastou do âmbito de incidência da cláusula de atos oficiais, para os fins de corrupção, diversas ações pessoais e informais de promoção adotadas por um Governador de Estado em favor de um empresário, como a marcação de encontros, oferecimento de jantares, etc., em troca de benefícios significativos – como presentes, empréstimos e outras vantagens que montavam a cerca de US\$175.000,00, adotando uma visão mais estrita de ato de ofício e da necessidade de constatação da troca ou mercancia de ato do cargo pela vantagem – *quid pro quo* (ESTADOS UNIDOS, 2016).

Vê-se, portanto, que a matéria está longe de representar uma referência já definitiva no direito americano. Com efeito, ALSCHULLER demonstra a deficiência da ideia de compra de influência, em especial quando aplicada a agentes eleitos ou a políticos de modo amplo:

‘A intenção de influenciar’ pode ser um padrão apropriado quando aplicado a benefícios dados a juízes indicados (tanto no século XVII quanto atualmente), mas é um padrão desarrazoado quando aplicado no Século XXI para pessoas que precisam pedir doações para se candidatarem a cargos eletivos e que são apropriadamente sujeitas à persuasão em uma larga variedade de situações sociais que ostentam pequena similaridade com as de um fórum. O conceito de “contrato ilegal” é mais apropriado.

(...)

Definições amplas de corrupção não apenas acabam por colher em sua teia comportamentos comuns e amplamente aceitos, como também convidam a inferências injustificadas e dão poder aos promotores para escolher seus alvos (ALSCHULER, 2015).¹⁷⁴

Em Portugal, estabeleceu-se um delito próprio de recebimento indevido de vantagem, com pena inferior ao de corrupção passiva (art. 372 do Código Penal Português, em sua redação atual). A solução poderia ser aconselhável também no Brasil, desde que observasse e pusesse em salvo, de algum modo, a situação peculiar da atividade política, que é essencialmente diversa da atividade funcional de um servidor público estatutário e, portanto, não pode ser tratada sob o mesmo rigor factual.

No âmbito dos processos da Operação Lava Jato, tanto na primeira instância quanto no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, parece prevalecer a adesão à ideia da corrente de benefícios – ou seja, da aquisição de influência – a dispensar, portanto, a descrição ou a comprovação da negociação de ato de ofício determinado na esfera de atribuições do cargo.

Caso que demonstra essa opção interpretativa – que contraria aquela ainda fixada pelos precedentes do Plenário do STF – é o do *tríplex*, em que ex-presidente da República foi condenado pelo delito de corrupção passiva, e no qual o julgador registra expressamente não ser necessário o ato de ofício para caracterização do delito:

862. Há crime de corrupção se há pagamento de vantagem indevida a agente público em razão do cargo por ele ocupado.

863. A efetiva prática de ato de ofício ilegal é causa de aumento de pena, mas não é exigido para a tipificação dos crimes dos arts. 317 e 333 do CP.

864. Assim, uma empresa não pode realizar pagamentos a agentes públicos, quer ela tenha ou não presente uma contrapartida específica naquele momento.

¹⁷⁴ Tradução livre do inglês. Texto original: “Intent to influence” may be an appropriate standard when applied to benefits given to appointed judges (both in the seventeenth century and today), but it is a preposterous standard when applied in the twenty-first century to people who must collect donations to run for office and who are appropriately subject to persuasion in a wide variety of social settings bearing little resemblance to a courtroom. The “illegal contract” concept is more appropriate. (...) Broad definitions of bribery not only sweep into their net common and widely accepted behavior, they also invite unjustified inferences and empower prosecutors to pick their targets.

865. Basta para a configuração que os pagamentos sejam realizadas em razão do cargo ainda que em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam. Citando Direito Comparado, "é suficiente que o agente público entenda que dele ou dela era esperado que exercitasse alguma influência em favor do pagador assim que as oportunidades surgissem" ("US v. DiMasi", no 11-2163, 1st Cir. 2013, no mesmo sentido, v.g., "US v. Abbey", 6th Cir. 2009, "US v. Terry", 6th Cir. 2013, "US v. Jefferson", 4th Cir. 2012, todos de Cortes de Apelação Federais dos Estados Unidos).

(...)

869. Tal compreensão é essencial em casos de macrocorrupção envolvendo elevadas autoridades públicas, especialmente quando o crime de corrupção envolve não um ato isolado no tempo e espaço, mas uma relação duradoura, o que é o caso quando o pagamento de vantagem indevida é tratado como uma "regra de mercado" ou uma "obrigação consentida" ou envolve uma "conta corrente informal de propinas" entre um grupo empresarial e agentes públicos. (BRASIL, 2017a) [destacou-se].

Chama a atenção, na sentença do então juiz Sérgio Moro, a justificativa da abertura do âmbito da proibição em virtude da necessidade, dada a natureza do crime – a envolver elevadas autoridades públicas; trata-se, aí, de um indício claro no sentido de que, na percepção do magistrado, autoridades públicas *devem* estar sujeitas a uma proteção penal menor, em relação a eventuais casos de criminalidade ‘comum’. Nota-se, ainda, a ausência de menção aos precedentes da Suprema Corte americana que poderiam conduzir a uma interpretação diversa quanto ao direito comparado.

Além daquele processo, a Apelação Criminal n. 5023162-14.2015.4.04.7000/PR bem demonstra a prevalência da teoria da *stream of benefits* na Lava Jato, também em caso que envolve investigação relativa a parlamentar – e, em especial, às condições do financiamento eleitoral de seu mandato. Leia-se, nesse sentido, o seguinte excerto do acórdão, em que se narra um dos casos enquadrados como corrupção passiva:

Juiz Federal:- A partir de quando o senhor começou a efetuar pagamentos pra ele?

Interrogado:- Ele foi eleito em 2010, eu acredito que eu comecei a ajudar a ele a partir de 2011, mas não lembro bem a data.

Juiz Federal:- E o senhor ajudava a ele, tinha algum, desinteressado, ou qual era o seu interesse nisso?

Interrogado:- Olha, eu achava o (...) um político que poderia ter uma certa expressão em algum momento da sua carreira, ele era um político bem ativo e lógico que eu aspirava alguma coisa naquele político, por conta de que eu achava que ele poderia chegar ao Governo do Estado, ao Senado, enfim.[...]

Interrogado:- Ele falava que o partido não o ajudava em nenhum sentido com esses valores.

Juiz Federal:- Que eram da Petrobras?

Interrogado:- Que eram da Petrobras.

Juiz Federal:- E aí o senhor decidiu começar a contribuir com ele com a sua parte?

Interrogado:- Sim.

Juiz Federal:- Foi essa a resposta que o senhor deu?

Interrogado:- Foi.

Juiz Federal:- Com a sua parte dos valores do esquema da Petrobras?

Interrogado:- Não, com a minha parte dos valores que eu recebia, que eu recebia valores de vários assuntos, não só da Petrobras, tinha negócios que eu fazia que era negócio de comissionamento de venda de tubo, negócio, de outros negócios, esse dinheiro era todo misturado ali, eu não posso dizer que 'Ah, esse dinheiro veio da Petrobras' ou 'Esse dinheiro não veio'. (BRASIL, 2016c).

Verifica-se da leitura dos autos que não havia, em relação ao fato investigado, a fixação mínima de um ato de ofício a ser praticado. O interrogado afirma textualmente que patrocinava a atividade política do corrêu por aspirar a adquirir influência futura – quando se tornasse um político de maior dimensão.

Embora se trate, no entanto, de uma hipótese bastante clara de *corrente de influência* ou *stream of benefits*, o acórdão afirma, surpreendentemente, a ocorrência de ato de ofício, na modalidade de compra de apoio político.

Diversamente, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, na apreciação da Ação Penal n. 996, condenou parlamentar que teria usado poder de fato de indicação de cargo no Executivo (formalmente, um poder não típico do Poder Legislativo, mas existente em vista das peculiaridades da formação da coalizão) para obter vantagem indevida. O acórdão registra o seguinte:

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, numa 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. (BRASIL, 2018a)

Nesse caso, supondo que os fatos tenham sido corretamente avaliados pela Corte, a incidência típica seria melhor alinhada à dogmática penal. Note-se que o acórdão tem o cuidado de anotar que, no caso concreto, o deputado tinha o poder de indicação – e não mera influência remota. Assim, o julgamento preservou a utilidade da ideia de ato de ofício – o que contrasta com a apreciação feita no acórdão do TRF-4, anteriormente examinado.

Importa, ainda, destacar de que modo essa nova compreensão do delito de corrupção passiva, inaugurada, coincidentemente, a partir do escândalo do Mensalão e aprofundada pela Operação Lava Jato, pode ter impacto sobre a atividade política.

A atividade política no Poder Legislativo não se circunscreve ao âmbito da própria Casa parlamentar. Como se viu no Capítulo III, a representação de interesses também constitui parte das atividades de um deputado ou senador.

Ao contrário do servidor público estatutário, o parlamentar pode e deve tomar partido em favor de interesses privados, quando verifica nesses interesses a existência de confluência com as propostas de seu mandato; em outras palavras, porque entende que há benefícios ao bem comum, na vertente de seu espectro político (justiça social, liberdade econômica, maior ou menor carga tributária em determinados ramos e atividades, etc.).

Ora, se o delito de corrupção se firma como mero crime de vantagem indevida, também para o parlamentar – e considerado o fato de que, em tese, o crime pode ser cometido até mesmo antes do ingresso no cargo – então qualquer doação de natureza eleitoral ou política pode acabar erroneamente enquadrada como o mercadejo da função, ainda mais que os elementos de prova certamente apontariam confluência da atividade parlamentar com os interesses do ramo econômico ou social que deram o patrocínio.

Em outras palavras: é inteiramente razoável que políticos colem contribuições justamente entre as pessoas e grupos que convergem com seus interesses e que constituem, portanto, suas bases. Depois, do mesmo modo, é esperado que legislem e atuem em seus mandatos tendo em vista os interesses dessas mesmas bases.

O delito de corrupção na forma de vantagem indevida, da maneira como tem se posto, dá demasiada abertura semântica para que o Ministério Público escolha, de forma discricionária, talvez levado a erro por adversários políticos – e portanto, em detrimento da objetividade que o norteia –, denunciar determinados políticos com base na doação de valores que não se constituam em compra da atividade estritamente parlamentar ou em mercancia com a função eletiva, mas em mero apoio (ou mecenato) da atividade político-partidária *lato sensu* ou eleitoral.

Nas palavras de Paulo José da Costa Jr., “*a conduta criminosa visa à obtenção de uma vantagem que implique uma violação dos deveres do cargo, à qual não tenha o funcionário direito*” (COSTA JR., 2010, p. 899).

A vantagem *indevida* é aquela obtida em violação de deveres do cargo – e, portanto, uma determinada vantagem que se relacione com a atividade política *lato sensu*, mas que não tenha pertinência direta com ofício parlamentar propriamente dito, não deve ser confundida com vantagem indevida, para fins criminais, para o membro do Poder Legislativo.

Nesse sentido, a opção pela dispensa da demonstração de ato de ofício, nesta nova corrente jurisprudencial que busca se impor nas recentes operações contra a corrupção, funciona, na prática, em prol da inversão do ônus probatório ministerial em relação à vantagem percebida.

Se antes caberia ao Ministério Público demonstrar o *quid pro quo*, ou seja, a comutatividade (ou o pseudo-sinalagma), a fim de provar o caráter indevido da vantagem, com a tese da desnecessidade de determinação do ato de ofício, a vantagem, qualquer que seja, presume-se ilícita e indevida se não tiver um fundo contratual ou legal claro.

Assim, à vista da percepção de eventual vantagem, tornar-se-ia dever do político beneficiário fazer prova de que o benefício está ancorado em eventual relação privada e contratual, ou, pelo menos, que não tinha sequer a representação de que o valor poderia se destinar a comprar influência em ordem a futuros benefícios do agente doador.

Na prática, a solução tradicional confere maior segurança à atividade legislativa, reservando o direito penal apenas para fatos comprovadamente graves, em que não se corra o risco de confundir a mercancia do mandato parlamentar com o mero patrocínio da atividade política *lato sensu*.

5.2.3 O problema do afastamento da função pública e a prisão dos parlamentares

A gradativa e constante redução do espectro de imunidades e prerrogativas foi abordada, nesta obra, em seu capítulo IV, quando se tratou do Estatuto Constitucional do Congressista. Além disso, alguns dos casos examinados no primeiro tópico deste capítulo tangenciam a matéria, embora se cuidasse, ali, do enfoque na aplicação da Lei das Organizações Criminosas.

Neste tópico, pretende-se retomar brevemente o tema das imunidades, com o escopo de sublinhar como a aplicação de medidas cautelares penais – em especial a

prisão e a medida de afastamento de mandato ou função – é um indicador especialmente relevante para a constatação do fenômeno da criminalização da política.

Antes de iniciar a análise, contudo, convém fazer um *caveat*. Não se pretende, aqui, avaliar ou dar ênfase às razões de fundo pelas quais o Supremo (ou outros tribunais), em algum momento, aplicaram drásticas cautelares penais a parlamentares em atividade – até porque esse exame seria desnecessário: disso não depende, em relação aos membros do Poder Legislativo, a verificação da legalidade da medida processual em si, já que, de regra, essas medidas estão limitadas pelo Estatuto do Congressista.

Com efeito, de acordo com o artigo 53, §2º, da Constituição da República,

desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Em sua jurisprudência clássica, o Supremo compreende que o membro do Congresso Nacional está sujeito a apenas duas modalidades de prisão: a) a prisão definitiva, por cumprimento de sentença penal condenatória transitada em julgado; b) a prisão em flagrante por crime inafiançável (MENDES, et al, 2008, p. 903).

Ressalvados casos pontuais, portanto, não houve, ao longo dos anos, registros de interferência severa do Poder Judiciário no mandato parlamentar, no âmbito penal.

A situação, contudo, sofre modificação severa, em decorrência das investigações no contexto da Operação Lava Jato. No biênio 2015-2017, o Supremo Tribunal Federal, com prodigalidade, determina prisões e afastamentos: prisão cautelar de Senador da República na Ação Cautelar n. 4039; afastamento do mandato de então Presidente da Câmara dos Deputados na Ação Cautelar n. 4070; afastamento do cargo de presidente do Senado Federal, em liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 402; e afastamento do mandato de Senador da República, com imposição de outras medidas cautelares na Ação Cautelar n. 4327.

A considerável cifra do período poderia ter sido maior, se o Supremo Tribunal Federal tivesse acolhido todos os pedidos de prisão ou afastamento formulados pela Procuradoria-Geral da República naquele período.

A tese suscitada pelo Ministério Público, então, era a possibilidade de substituição hermenêutica dos requisitos da inafiançabilidade do delito e do estado de

flagrante por, respectivamente, gravidade da conduta e clareza probatória (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017). Vale dizer: a leitura do MPF, no período, pretendia reduzir as garantias da imunidade formal ao mesmo nível de proteção de qualquer cidadão, dado que *gravidade de conduta e clareza probatória* já são requisitos para a decretação da prisão preventiva, ordinariamente.

No ano de 2017, diante de reação firme do Senado Federal em caso de afastamento de Senador (AC 4327), o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526, que cuidava da possibilidade de aplicação de medidas cautelares a parlamentares. Por maioria, o Pleno entendeu possível a aplicação de medidas cautelares pessoais a parlamentares, tanto em substituição à prisão em flagrante nas hipóteses constitucionais, quanto autonomamente, em situações graves e excepcionais. Contudo, reconheceu o direito de a Casa Legislativa resolver sobre a medida, por analogia da hipótese da prisão, quando haja intervenção no exercício do mandato parlamentar.

Além disso, o Tribunal reafirmou a sua jurisprudência tradicional relativa à vedação imposição de prisão cautelar aos membros do Congresso Nacional.

Posteriormente, a Corte voltaria a se debruçar sobre situação análoga, em relação à prisão e aplicação de medidas cautelares a deputados estaduais.

É que o texto constitucional determina, em seu artigo 27, §1º, que “*será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas*” (*destacou-se*).

Sem embargo, alguns tribunais determinaram a prisão preventiva ou a imposição de medidas cautelares a parlamentares e, ainda, deixaram de cumprir o preceito constitucional de encaminhamento dos autos para deliberação da Casa Legislativa.

Em pelo menos três Estados (Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro e Mato Grosso), houve derrubada das prisões ou medidas cautelares pelas Assembleias Estaduais. Em resposta, a Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou Ações Diretas de Inconstitucionalidade sobre o tema, sob o n. 5.823, 5.824 e 5.825.

Em julgamento finalizado em 8 de maio de 2019, o STF manteve o posicionamento no sentido de que as garantias aplicáveis aos parlamentares federais são extensíveis aos deputados estaduais, nos termos da Constituição. Assim, rejeitou a aplicabilidade da prisão cautelar para parlamentares estaduais.

Sem embargo, há parlamentares estaduais que foram presos, no exercício do mandato, no âmbito da Operação Fumaça e que não obtiveram liberdade¹⁷⁵, mesmo depois do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme noticiou recentemente o Portal G1 (2019) – em alguns casos, mesmo depois de impetrarem *habeas corpus* no próprio STF.

Vê-se, portanto, que, a despeito da relativa preservação de prerrogativas parlamentares pelo STF em seus julgamentos mais recentes sobre a matéria, restou aberta a porta para a aplicação de medidas cautelares, inclusive de afastamento do cargo, por via judicial.

Trata-se de interferência elevadíssima na atividade política, porque importa em uma suspensão de mandato pela via da construção de uma cautelar penal atípica – na medida em que a legislação processual penal somente autoriza afastamento da função pública, donde não se deve incluir o mandato, por sua especialidade e por ter o Estatuto do Congressista assento constitucional.

Por outro lado, o nível de proteção oferecido tende a ser menor do que o que se extrai do teor do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade; tanto é assim que, como se registrou, e transcorridos diversos meses do julgamento, ainda há deputados estaduais presos preventivamente, em franca contrariedade à deliberação judicial e, sobretudo, ao próprio texto constitucional.

Não deixa de causar grande impressão, ainda, a tentativa do MPF de reinterpretar, com substancial redução de alcance, as garantias da imunidade formal dos parlamentares. Quanto a esse ponto, contudo, não se descarta a possibilidade de se tratar de posição individual e isolada do então Procurador-Geral da República, dado que não se tem notícia de que seus sucessores tenham voltado a agitar esses fundamentos.

De todo modo, desenha-se aqui substancial redução do âmbito de proteção da garantia do mandato – em virtude da autorização para a imposição de medidas cautelares – o que coincide com o momento político de identificação de corruptos como um inimigo a se combater e, simultaneamente, de um Judiciário com funções messiânicas. É oportuna a citação de discurso do Ministro Barroso, no julgamento da ADI n. 5526:

O direito não pode ser interpretado fora da realidade em que está inserido. E o momento atual é o da revelação de esquemas espantosos de corrupção sistêmica e endêmica no país. Resta saber, portanto, se a Constituição deve

¹⁷⁵ Ao menos até a data de fechamento do presente trabalho.

ser interpretada de modo a permitir que a sociedade brasileira enfrente este mal ou se, ao contrário, deve ser interpretada de modo a se criar o máximo de embaraço à transformação dos costumes no país. (BARROSO, 2017)

Afirma-se, também pela via do exame da questão das imunidades formais dos parlamentares, a constatação de uma degradação em relação ao nível de proteção oferecido – e essa degradação, parece seguro concluir, está relacionada com as operações policiais e com a ideia de combate a corrupção que permeia o fenômeno da criminalização da política.

5.2.4 *Caixa dois eleitoral e os delitos conexos e a vedação de doações empresariais*

Outra questão que perpassa as modificações recentes – se bem que, nesse caso, a modificação foi tempestivamente interrompida pelo Supremo Tribunal Federal – acerca do tratamento de questões penais que atinem à atividade política diz respeito à competência da Justiça Eleitoral para o processamento dos crimes eventualmente conexos aos crimes eleitorais.

A matéria surge, no contexto da Operação Lava Jato, em virtude do alegado uso de doações eleitorais como forma de mascarar ou de lavar recursos financeiros que eram produto de crimes anteriores – como corrupção ou peculato.

Nesses casos, o Ministério Público Federal passou a defender que a competência para o processamento e julgamento dos processos fosse cindida: a parte eleitoral seria de competência da Justiça Eleitoral, enquanto a parte comum deveria permanecer com a Justiça Federal. Sustentava a competência absoluta da Justiça Federal, que não poderia ser modificada pelo Código Eleitoral. Além disso, o que parece mais relevante, manejava um argumento pragmático: a Justiça Eleitoral não estaria estruturada para o combate à criminalidade organizada, enquanto a Justiça Federal concentrava os melhores recursos para o enfrentamento à corrupção sistêmica.

O tema foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Inquérito n. 4.445/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, originário da Primeira Turma e afetado ao Pleno.

No julgamento, prevaleceu a manutenção do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer que em casos de crimes eleitorais e conexos a estes, a competência é da Justiça Eleitoral. O julgamento se deu por uma

apertada maioria de seis votos – Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Um aspecto que chama a atenção, no julgamento, é o manejo de argumentos extrajurídicos – e notadamente da necessidade criação de condições para o enfrentamento da corrupção no Brasil.

Nesse sentido, o excerto de voto do Ministro Barroso:

Aqui, e esse é um ponto que eu gostaria de enfatizar, no mínimo existem duas interpretações possíveis: uma que reconhece a competência da Justiça Federal e outra que pretenderia mandar boa parte dos casos para a Justiça Eleitoral. Esse ponto me parece muito importante. Pela primeira vez, na História do Brasil, nós vimos obtendo resultados concretos, efetivos contra a corrupção. O movimento contra a corrupção começa, aos poucos, a produzir o principal papel do Direito Penal, que é o de funcionar na prevenção geral; as pessoas não delinquirem pelo temor de que vão ser efetivamente punidas. Portanto, ações do Ministério Público Federal perante a Justiça Federal levaram à condenação inúmeros saqueadores do Estado brasileiro. O modelo de competência da Justiça Federal, que tem dado certo, tem sido replicado e vem ampliando, com sucesso, a repressão à criminalidade institucionalizada no Brasil.

Aí, então, uma das coisas que estão dando certo no Brasil, nesse momento em que tanta coisa anda dando errado, nesse momento em que tem uma coisa que está dando certo, vem o Supremo e muda, e passa para uma Justiça que não tem nenhuma *expertise* no tratamento de questões penais, e menos ainda no enfrentamento criminal da corrupção. Com todas as vênias aos eminentes Colegas, é difícil de entender e é difícil de explicar para a sociedade por que nós estamos mudando alguma coisa que está funcionando bem para o País. (BRASIL, 2019b)

Na verdade, o julgamento acabou por ser ocasião, fora dos autos, para uma grande mobilização em torno da Operação Lava Jato – notadamente, de críticas à Justiça Eleitoral e contra a remessa de inquéritos com crimes eleitorais em conexão com crimes investigados na operação para esse ramo especializado. Um procurador da República integrante da operação chegou a publicar um artigo, no portal O Antagonista, em que afirmava que a Segunda Turma do STF preparava um golpe contra a Lava Jato e que a Justiça Eleitoral não condenava nem mandava ninguém para a prisão, porque seus tribunais seriam inteiramente compostos por indicações políticas (ANTAGONISTA, 2019).

Destaca-se, desse episódio, a ideia, que resultou ao fim minoritária, de que haveria necessidade de constituição de uma espécie de trincheira judicial contra a corrupção política – que somente teria eficácia se toda a persecução penal permanecesse no âmbito da Operação Lava Jato, encarando-se a Justiça Eleitoral como uma espécie de ameaça, em virtude de sua suposta ineficiência.

Tais aspectos têm inegável relevância sob a ótica da atividade política, porque demonstrativos de uma atmosfera de desconfiança para com a política, que resulta em seguidas iniciativas de endurecimento de institutos jurídicos ou de reduzir entraves formais à investigação e à punição de pessoas que sejam associadas, de algum modo, ao dito fenômeno da corrupção sistêmica.

Outro ponto de relevo, que diz com as doações eleitorais e o delito do caixa dois eleitoral, é a associação feita, com invulgar frequência, entre as doações eleitorais – legais ou irregulares – e o pagamento de suborno ou propina: “(...) *no Brasil todo político corrupto pede propina a pretexto de uso em campanhas políticas*”, dizia o artigo assinado pelo procurador da Lava Jato.

Na verdade, a doação em caixa dois não deve ser imediatamente associada à corrupção – assim como a doação regular, em algumas hipóteses, pode ser utilizada como mecanismo para dissimulação do recebimento de produto de corrupção.

O fato é que, já como um subproduto do processo de crise democrática e descrença na atividade política (de que se trata no Capítulo 1 desta obra), o Supremo Tribunal Federal proibiu a doação eleitoral feita por empresas – limitando-a às pessoas físicas e à hipótese de autofinanciamento. O acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650, em que decidida a matéria, revela a ideia, subjacente à vedação, de que o financiamento por empresas seria antirrepublicano e capturaria a atividade política pelo poder econômico.

Sem embargo das ponderáveis razões do acórdão, entende-se que se fechou à atividade política uma janela relevante de contato com a sociedade civil, consistente na interação e na conexão de representante e representados pela liberdade de expressão e, conseqüentemente, de financiamento de projetos políticos com os quais se concorda – nos moldes em que decidido pela Suprema Corte americana no caso *Citizens United v. Federal Election Commission* – em que se afirmou que a liberdade de expressão, sob a Primeira Emenda à Constituição daquele País, assegura o direito de que grupos independentes possam fazer gastos para promover ou criticar candidatos que participam do processo eleitoral.

Reitere-se, aqui, o quanto restou afirmado no item 5.2.2, na parte relativa à possível confusão entre doação eleitoral e a tentativa de corrupção pela compra de influência: a exigência de marcos mais seguros para o enquadramento de atos políticos no fenômeno da corrupção é imperiosa, visto que a atividade política é uma manifestação da liberdade de pensamento e de expressão e, portanto, o financiamento da

política (*lato sensu*, sem identificação necessária com o financiamento eleitoral) é necessário para difundir ideias, persuadir e conquistar novos adeptos e ajudar a formar uma base política comum.

Ora, justamente por isso é que não se pode, apressadamente, considerar como dado da realidade que eventual doação feita por pessoa ou empresa que tenha sido beneficiada, de forma inespecífica, por ações parlamentares constitua ilícito penal; na verdade, desconsideradas as nuances próprias da atividade política, corre-se o risco de confundir-se o seu transcurso normal com eventuais formas patológicas.

Em revés da concessão de maior liberdade nesse aspecto, percebe-se, no País, uma tendência de que a denominada hipertrofia do direito criminal, de que falava Eduardo CORREIA (1998, p. 3), esteja a atingir a os políticos em sua atividade, que vem de ser cercada pelos órgãos de aplicação da lei penal – tanto para o endurecimento das penas e maior abrangência das proibições, quanto para adoção de estratégias que aumentem o poder das investigações e a força de medidas de intervenção, ainda que às custas de determinadas garantias, como o juiz natural.

5.2.5 A natureza jurídica no crime de lavagem de dinheiro e a mudança do entendimento relativo à consunção com o delito de corrupção

As questões que dizem respeito ao delito da lavagem de dinheiro e suas recentes modificações – seja no âmbito do Supremo Tribunal Federal, seja no âmbito da Operação Lava Jato – não dizem respeito de forma imediata ao exercício da atividade política.

No entanto, dadas as circunstâncias que as envolvem, entende-se que se possa inseri-las no contexto maior da verificação da hipótese de criminalização da política, cerne desse estudo, em uma segunda ordem de acontecimentos jurídicos, que pode cooperar na demonstração de sua ocorrência.

Enquanto nos casos abordados nos tópicos anteriores – ainda que em caráter parcial ou concomitante com matéria criminal estranha à função política – havia a constatação de determinados problemas que causavam impacto no mérito da atividade política legítima – impedindo ou criminalizando condutas que devem ser consideradas como emprego regular da conduta parlamentar – , aqui se retoma a ideia, explorada no tópico anterior, de buscar demonstrar a dispensa de um tratamento mais severo para os políticos a partir de mudanças recentes na jurisprudência.

Em outras palavras: nos problemas que envolvem o delito de lavagem de dinheiro, que serão adiante examinados, não se está propriamente a defender a hipótese de criminalização da atividade política legítima ou regular; especula-se, aqui, com a hipótese da criação judicial de um direito *ad hoc*, mais rigoroso – o que, em uma vertente, também reforçaria o fenômeno da criminalização da política e dos políticos, pelo emprego do ativismo como forma de endurecer, à margem da legalidade estrita penal, o processamento e a pena aplicáveis contra políticos ‘corruptos’ (*lato sensu*).

A lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais consiste no

ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude. (BADARÓ e BOTTINI, 2017).

Segundo a definição tradicional, a lavagem conta habitualmente um ciclo composto por três fases: a primeira fase, denominada de *placement*; a segunda, de *layering*; e a última, de *integration*. Como os nomes indicam, na primeira fase há a inserção e ocultação do produto do crime antecedente, por algum modo, no sistema financeiro. Segue-se o seu mascaramento, na segunda fase, por operações que lhe possam camuflar a origem ilegal. Por fim, dá-se a sua integração, já com aparência de legitimidade, na circulação de bens e serviços (última fase).

O marco legal da lavagem de dinheiro, no Brasil, está dado pelo art. 1º da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que estabelece, como condutas típicas do delito, “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

Para o interesse do presente capítulo, o primeiro ponto a examinar diz respeito à fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, da natureza jurídica do crime de lavagem de dinheiro.

Até 2017, o Tribunal não havia resolvido, em definitivo, se as condutas típicas previstas na lei de regência constituíam crime instantâneo de efeitos permanentes ou se configuravam crimes permanentes.

§123. Como a própria designação imediatamente indica, os crimes de realização instantânea são aqueles cujo momento de consumação não se prolonga no tempo. (...) Inversamente, o crime será permanente (ou

duradouro) quando a consumação perdurar no tempo (FARIA COSTA, 2015, p. 249).

No julgamento da Ação Penal n. 863, estavam sob o exame da Corte cinco imputações de delito de lavagem de dinheiro em face de um notório político brasileiro, que fora associado ao estigma do “rouba, mas faz”, originariamente empregado para o ex-governador paulista Adhemar de Barros.

A Corte, por sua Primeira Turma, reconheceu a prescrição de quatro destas imputações, aplicando a regra mais favorável de contagem do prazo prescricional para maiores de setenta anos de idade (artigo 115 do Código Penal Brasileiro).

A imputação restante serviu de oportunidade para o debate acerca do tema da natureza jurídica do crime de lavagem, na modalidade da conduta típica ‘ocultar’. Na ocasião, a maioria da Turma formou-se, no mesmo sentido do voto do relator, para entender que o delito era de natureza permanente – e não instantâneo com efeitos permanentes. Com isso, a consumação do crime somente teria cessado com a descoberta, pelas autoridades brasileiras, dos valores depositados em contas em paraíso fiscal. No voto do relator observa-se, contudo, que mesmo que o delito fosse instantâneo, não haveria prescrição, porque a última movimentação da conta teria ocorrido no ano de 2006 – e o marco interruptivo era de 2011.

Não se pode afirmar que se trate, neste caso, de hipótese de câmbio jurisprudencial em sentido próprio, dado que, como se afirmou, àquela altura não estava firmada em definitivo a jurisprudência da Corte, embora se informe nos autos que prevalecia, na doutrina, a classificação de crime instantâneo com efeitos permanentes.

Sem embargo, a decisão não está imune de críticas. Em primeiro lugar, parece ter faltado ao acórdão certo grau de refinamento quanto à necessidade de observar se as movimentações financeiras efetuadas posteriormente ao depósito do dinheiro na conta faziam ou não parte do ciclo da lavagem, ou se, pelo oposto, já constituíam uso finalístico dos recursos financeiros obtidos – o que configuraria *post facto* impunível.

Como se sabe, o branqueamento pressupõe um ciclo, nem sempre de fácil identificação (já que pode haver sobreposição de suas etapas), mas que se destina, ao final, na disponibilidade dos recursos oriundos de infração penal, já sob a aparência de licitude (BADARÓ e BOTTINI, 2017).

Por essa razão, mesmo que se compreenda a lavagem de dinheiro como crime duradouro (ou permanente), não é razoável fixar que sua cessação somente se dá

pelo descobrimento dos recursos pelas autoridades – quando teria cessado a ocultação – já que, se encerrado o ciclo da lavagem, mesmo não descoberto pelas autoridades, deve se reconhecer cessada a consumação delitiva, sendo a movimentação financeira posterior mero exaurimento ou *post facto*.

Quanto ao ponto, leia-se o alerta do Ministro Marco Aurélio, dado em seu voto vencido naqueles autos:

Sob a óptica da acusação, visando revelar estar-se diante de delitos de natureza permanente, o cometimento das infrações teria persistido até o dia 11 de maio de 2006, quando o Ministério Público Federal tomou ciência, por meio de comunicação oficial oriunda do Departamento de Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça, da volumosa documentação enviada ao Brasil pelas autoridades de Jersey.

Não cabe agasalhar o articulado. Surge impróprio conceber que, realizado o ato a revelar o crime, a lavagem, a ocultação, no ano de 1998, com a remessa dos valores ilícitos identificados para o exterior via cabo, tenha ocorrido ainda a conduta delituosa em 2006, quando do conhecimento dos fatos por autoridades brasileiras. O termo inicial da prescrição penal é a data da prática criminosa, e não a da ciência pelo Estado-acusador. A tese da necessidade do conhecimento nega, por completo, tudo que foi implementado em termos de acusação, defesa, doutrina e pronunciamentos judiciais até aqui.

(...)

Entender que o crime de lavagem de dinheiro se projeta no tempo enquanto os bens ou valores forem usados conduz à descaracterização do delito, revelando conduta com viés imprescritível. Quem sabe, no dia de hoje, o dinheiro ainda esteja sendo movimentado, ainda esteja sendo usado, ainda esteja sendo gasto. Esses fenômenos da vida não consubstanciam lavagem de dinheiro.

O valor espúrio não é lavado diversas vezes, consideradas as movimentações, realizadas pelo mesmo agente. Estas decorrem de atos subsequentes, após a lavagem. (BRASIL, 2017c).

Um aspecto que deve ser destacado é que o julgado afirma o caráter permanente do delito sob a modalidade *ocultar*, o que importa, em tese, na prorrogação da consumação delitiva (a ponto de se poder constatar o flagrante em qualquer momento) e no impedimento de fluxo de prazo prescricional.

Contudo, nos mesmos autos, pelo menos duas outras imputações, em que as movimentações financeiras descritas na denúncia eram mais antigas, foram consideradas prescritas – invocando-se o princípio da correlação (ou congruência) e da inércia do juiz, sob o fundamento de que a denúncia haveria limitado o conhecimento ao período em que descreve as movimentações.

O argumento revela-se incongruente com a qualificação jurídica atribuída pela Corte de crime permanente – qualificação que não constitui fato, mas interpretação do direito sobre o substrato fático aplicável, e, portanto, não se sujeitaria ao princípio da congruência entre denúncia e sentença.

A evidência desse desnivelamento das conclusões em hipóteses análogas, a que se soma a negativa de plenos efeitos às conclusões a que a própria maioria chegou, notadamente acerca dos efeitos da qualificação jurídica de delito duradouro (ou permanente) e, ainda, o fato de pelo menos dois julgadores terem, na ocasião, feito fortes discursos de caráter moral contra a corrupção política, apontam no sentido de ter havido a constituição de uma solução *ad hoc* com a finalidade de assegurar a punição do réu – que, como se sublinhou alhures, é um dos políticos mais folclóricos do período pós-redemocratização.

Em reforço dessa hipótese, registra-se que, em decisão invulgar para os padrões do Supremo Tribunal Federal, algum tempo depois o relator decidiu determinar o trânsito em julgado antecipado da condenação, quando pendia a apreciação de agravo regimental em embargos infringentes para a Turma, determinando-se o imediato cumprimento da pena imposta – o que efetivamente veio a ocorrer.

O segundo ponto que cabe examinar acerca do tópico da lavagem de dinheiro é a questão da consunção com o crime de corrupção passiva. Aqui, sim, se está diante de uma modificação pretoriana em relação à jurisprudência que havia sido firmada no julgamento do mensalão.

Em síntese, na Ação Penal n. 470, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o recebimento de valor oriundo de delito de corrupção indiretamente, por interposta pessoa, com a finalidade de ocultar ou dissimular o caráter ilícito do ato, representava hipótese em que a lavagem configurava crime-meio, não autônomo e, portanto, havia consunção, devendo o agente responder somente pela corrupção. É pertinente a transcrição de excerto da ementa do julgado:

Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. **O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação.** 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta.(BRASIL, 2014) [destacou-se].

Como se vê, a interpretação do Pleno do STF, então, foi a de que a ocultação praticada no mesmo ato do recebimento da vantagem indevida não poderia constituir crime autônomo de lavagem de dinheiro.

Na Operação Lava Jato, inaugura-se relevante modificação dessa interpretação. Com efeito, o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba passou a entender que há autonomia de delitos quando, por mecanismos sofisticados, o recebimento de vantagem indevida já se dá com sua eficiente ocultação. Transcrevam-se trechos da sentença prolatada na Ação Penal n. 5051606-23.2016.4.04.7000/PR:

432. Vinha este Juízo adotando a posição de que poder-se-ia falar de lavagem de dinheiro apenas depois de finalizada a conduta pertinente ao crime antecedente.

433. Assim, por exemplo, só haveria lavagem se, após o recebimento da vantagem indevida do crime de corrupção, fosse o produto submetido a novas condutas de ocultação e dissimulação.

434. A realidade dos vários julgados na assim denominada Operação Lavajato recomenda alteração desse entendimento.

(...)

445. As condutas, embora concomitantes, afetam bens jurídicos diferenciados, a corrupção a confiança na Administração Pública e no império da lei, a lavagem, a Administração da Justiça e o domínio econômico e até mesmo a integridade do processo eleitoral.

447. Assim, se no pagamento da vantagem indevida na corrupção, são adotados, ainda que concomitantemente, mecanismos de ocultação e dissimulação aptos a conferir aos valores envolvidos a aparência de lícitos ou a colocá-los em contas secretas no exterior, configura-se não só crime de corrupção, mas também de lavagem, uma vez que atribuída ao produto do crime de corrupção a aparência de licitude ou ocultado o produto do crime em receptáculo fora do alcance das autoridades públicas. (BRASIL, 2017b)

A interpretação defendida pelo juízo foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, que manteve a condenação do réu pelo delito de lavagem de dinheiro (autolavagem) por ato concomitante ao recebimento *indireto* de vantagem indevida.

Do mesmo modo, no caso *Tríplex*, o juízo considerou que estava presente a lavagem de dinheiro em virtude da cessão do apartamento pela construtora, sem que fosse transferida a titularidade para o réu.

Entende-se, também aqui, que se trata de fato concomitante e inerente àquele definido, na sentença, como corrupção, na modalidade ‘receber’; no caso, o que foi qualificado por lavagem é a própria forma do recebimento da vantagem indevida, e não algum ato posterior de ocultação. Alexandre Araújo Costa (2017, p. 42), em sua análise acerca daquela sentença, chega à mesma conclusão.

Trata-se, portanto, de importante modificação jurisprudencial – o afastamento da consunção do crime de lavagem pelo de corrupção, quando o meio de recebimento da vantagem indevida for o mesmo da ocultação –, apta a revelar, no contexto de todos os avanços punitivos havidos na Operação Lava Jato, o

endurecimento do tratamento penal do fenômeno da corrupção e da lavagem de dinheiro em nossos tribunais – e mesmo no Supremo Tribunal Federal.

Como se disse na abertura do presente tópico, o fato não tem impacto direto, imediato, na atividade política em si – ao menos, não naquela que se desempenha legitimamente, dentro dos parâmetros legais; nem se pretende, com a presente análise, advogar em favor de um ou de outro entendimento, ressalvados os casos em que se defendeu expressamente, no texto, alguma corrente específica.

A principal finalidade da análise é aferir em que medida o novo momento de intenso discurso de combate à corrupção acaba por provocar o endurecimento da persecução penal, em especial em matérias que se relacionam à política. Sua utilidade, portanto, se constata em conjunto com os demais tópicos, de onde se pretende extrair conclusões acerca do fenômeno da criminalização da política no Brasil.

5.2.6 *O domínio do fato e da organização e sua aplicação no direito brasileiro*

A teoria do domínio do fato foi um desenvolvimento conceitual aportado pelo finalismo de Welzel aos problemas relativos ao concurso de agentes, preconizando um critério diferenciador entre autoria e participação objetivo-subjetivo, no sentido de que o autor é aquele que tem o domínio final sobre o fato.

Essa teoria tem excepcional impulso a partir dos desenvolvimentos que recebeu da parte de Claus Roxin, a partir de 1963, e que se afastam, em grande medida, da teoria do domínio final welzeliana. Um dos aspectos de grande relevo da teoria repousa na formulação de uma subespécie de teoria do domínio (o da organização), em vista da insuficiência, na realidade tedesca de então, dos construtos da autoria direta (domínio da ação), mediata (domínio da vontade), coautoria (domínio funcional do fato), e da participação, frente às situações em que o crime ocorre sob as ordens de um *homem-de-trás*, que detém o poder de controle sobre uma organização criminosa ou de uma ditadura.

A teoria, já sob a forma de *domínio da organização*, enuncia quatro pilares:

(...) quatro fatores que permitem fundamentar o domínio de fato do homem de trás em organizações delitivas: o poder de emitir ordens que possui o homem de trás, a dissociação da ordem jurídica (*Rechtsgelöstheit*) do aparato de poder à disposição do emissor das ordens, a fungibilidade do executor imediato e a disposição essencialmente alta para o fato do executor. (ROXIN, 2014, p. 183)

Cuida-se, assim, de modalidade especial de autoria mediata. Na autoria mediata clássica, o agente exerce todo o domínio da vontade do fato criminoso, enquanto o executor é mero instrumento da vontade do agente, sem aderir conscientemente ao fato – e, por isso, sem responder pelo fato.

Já no domínio da organização ou de aparatos organizados de poder – ao menos em suas formulações mais recente – há duas formas concomitantes de domínio do fato – que não se excluem mutuamente. Conforme Roxin, “*o domínio exercido pelo autor imediato que executa o fato com suas próprias mãos não exclui o domínio exercido por aquele que controla o aparato*” (ROXIN, 2014, p. 186). O mesmo autor reconhece a correta aplicação de sua teoria, por exemplo, no julgamento do ex-ditador peruano Alberto Fujimori pela Corte Suprema daquele país.

No Brasil, tem-se pelo Código Penal a adoção de uma teoria unitária quanto à autoria e participação (artigo 29), temperada pela distinção da medida da culpabilidade (*caput*) e pela possibilidade de reconhecimento da pequena relevância e da diversidade de desígnios da contribuição dos partícipes (§§ 1º e 2º do mesmo artigo).

A compatibilidade da adoção da teoria do domínio do fato no direito brasileiro é controversa. Discípulos de Roxin, Greco e Leite (2013b) mencionam, em nota de rodapé, a compatibilidade da norma do artigo 29 do CP com teorias diferenciadoras entre autoria e participação – o que inclui a teoria do domínio do fato – arrimando-se em diversos outros autores nacionais. Já Pablo Rodrigo Alflen sustenta a incompatibilidade entre a teoria do domínio do fato e o ordenamento penal vigente no Brasil:

Dois fatores conduzem a uma resposta para esta questão, a saber: em primeiro lugar, Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário¹⁰⁰, como esclarece que desenvolveu sua teoria (do domínio do fato) sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, a concepção de domínio do fato (tanto finalista quanto funcionalista-normativista) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário. Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato ao plano brasileiro. (ALFLEN, 2014)

Para o interesse da pesquisa ora desenvolvida, importa, contudo, destacar a importância que desempenhou a teoria do domínio do fato, sobretudo como elemento retórico e persuasivo, no julgamento do mensalão (APn 470).

Como visto, a teoria diz respeito, sobretudo, à adoção de critérios diferenciadores entre autoria e participação. É essa a medida central de sua utilidade.

Não se destina, portanto, a agravar – e nem poderia fazê-lo – o resultado da aplicação do artigo 29 do Código Penal, que se inclina pela adoção de uma teoria unitária. É o que ressaltam Greco e Leite:

Dessas conclusões, gostaríamos de destacar a 7.7 como a mais importante na prática. Isso significa, concretamente, que se alguém, reportando-se ao domínio do fato, chegar a uma conclusão que pune mais do que seria possível punir só com recurso ao art. 29 do CP, há grande probabilidade ou mesmo uma presunção de que esse alguém esteja aplicando a ideia de domínio do fato de forma errônea, usando como artimanha retórica um termo cujo real significado desconhece. (GRECO e LEITE, 2013b)

Sem embargo, o STF parece ter utilizado a teoria do domínio do fato, ao menos em duas ocasiões, como recurso para a redução do *standard* probatório necessário à condenação penal daquele que ocupava determinada função ou posição de mando.

No caso de acusado ex-ministro-chefe da Casa Civil, o então Procurador-Geral da República reconheceu, em entrevista à Folha de São Paulo, que a aplicação da teoria se devia à dificuldade de formação de prova direta – já que somente havia provas indiretas ou circunstanciais (indiciárias) de seu envolvimento nos delitos:

A teoria do domínio do fato vem para dizer que essas provas indicam que ele se encontrava numa posição de liderança nesse sistema criminoso. Então, é possível, sim, responsabilizá-lo a despeito da inexistência da prova direta. Prova havia bastante do envolvimento dele. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2013)

Em outro momento do julgamento, como bem assinala Alflen (2014), entendeu-se que dois dirigentes de instituição financeira, dado que figurassem como gestores no quadro social da companhia, deveriam presumir-se investidos do domínio do fato e, portanto, responderiam objetivamente pelos atos praticados pela instituição financeira:

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes.
(...)

Na hipótese *sub judice*, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta. Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do

crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato: (BRASIL, 2013b, p. 1162)

A aplicação dada pela Corte à teoria do domínio do fato mereceu severas críticas da academia. Alflen (2014) demonstra bem a ocorrência de erros técnico-metodológicos no emprego da teoria pelo STF – como, por exemplo, a composição desordenada de argumentos que transitam entre as vertentes teóricas de Welzel (teoria do domínio final) e a de Roxin (teoria subpartida em domínio da ação, da vontade e domínio funcional do fato, além da ideia do domínio da organização). Ocorre que essas vertentes apresentam diferenças conceituais substanciais.

Não se nega, evidentemente, que o STF pode – no sentido de que tem autonomia para tanto – desenvolver, em seu trabalho pretoriano, uma determinada concepção que mescle diferentes elementos doutrinários, desde que consiga elaborar um todo integrado e não-contraditório – ainda que isso não seja desejável, sob o prisma acadêmico.

Como se viu, contudo, o uso do domínio do fato, no caso do julgamento do Mensalão, parece servir mais ao propósito de suprir eventuais deficiências de colheita de provas e, assim, reduzir o padrão probatório exigido para a condenação ao dispensar determinadas provas factuais, substituindo-as pela menção a determinada posição de poder (GRECO e LEITE, 2013a), do que, propriamente, para fazer eventuais distinções técnicas entre autoria e participação dos envolvidos.

Embora não se tenha dado destaque a eventual uso deturpado da teoria do domínio do fato no âmbito da Operação Lava Jato – pelo contrário, consta que a fundamentação do voto do Desembargador Revisor na Apelação do caso *Tríplex* faz adequada descrição do construto –, a *ratio* subjacente à posição adotada pelo STF no julgamento da Ação Penal n. 470, com a fixação de responsabilidade pela posição, parece ter deflagrado um processo de alocação de certas presunções factuais para reduzir o *standard* probatório em processos complexos de macrocriminalidade.

É nessa medida que se constata o elevado risco de impacto indevido do problema de ordem jurídico-penal na atividade política: que o fato de se tratar de político possa, por si somente, implicar em certas presunções – ainda que não explicitadas na forma da aludida teoria do domínio do fato ou do domínio da organização, seu subproduto – contrárias às noções do direito penal do fato e da culpabilidade subjetiva.

Recorde-se o teor do discurso do Ministro Barroso, exposto no tópico 5.2.3, que defende que o direito deva ser interpretado para facilitar o combate à corrupção – o que, em uma visão punitivista, implica na necessidade de viabilizar, pelo discurso jurídico, que haja mais condenações e menores garantias de defesa.

Nesse contexto, insere-se a aparente presunção estabelecida no sentido de que o apoio político emprestado por parlamentar à indicação de determinado diretor de estatal pressupõe necessariamente adesão aos fatos criminosos que seriam praticados pelo último, sendo que o mesmo acórdão, contraditoriamente, afastou a ocorrência concreta de adesão subjetiva do parlamentar aos atos praticados pelo então indicado – a se considerar, então, o apoio, por si só, como apto a se configurar como ato de ofício do delito de corrupção passiva - Ação Penal n. 996 (embargos de declaração) – donde, a criminalização pela função exercida e pelo contexto partidário.

Do mesmo modo, na sentença do caso *Tríplex*, na Lava Jato, o juiz utiliza 25 parágrafos (de 264-289) para descrever outras ações penais, a maioria delas sentenciada, como forma de demonstrar a amplitude e a extensão dos esquemas criminosos apurados. E, no parágrafo subsequente, lança o seguinte:

290. O presente caso insere-se perfeitamente no mesmo contexto, mas mais especificamente em repartição de vantagem indevida paga em contratos da Petrobrás com a Construtora OAS a agentes da estatal e a agentes políticos, especificamente ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Não se pretende avaliar, de forma ampla, se a sentença é correta ou se o réu deveria estar preso – tarefa que seguramente desborda dos propósitos da obra. Contudo, nota-se a narrativa descrita neste ponto da manifestação judicial incorre em uma espécie de *petição de princípio*, na medida em que acolhe fatos estranhos ao processo em curso para, em seguida, dando-os como provados e superados, afirmar que o caso em julgamento se amoldaria àqueles outros.

O argumento embute a tendência de formular uma criminalização a partir do contexto, em que, dadas as premissas maior (grande esquema) e menor (o caso se insere no mesmo contexto), já está dada a conclusão pela culpabilidade do acusado, a não se verificar qualquer espaço de defesa materialmente relevante para que o réu possa impugnar a validade das premissas adotadas.

O problema concreto é que a importação, como *ratio decidendi*, das conclusões de outros processos nos quais o réu não tenha participado importa em vulneração do devido processo legal, na medida em que se lhe fecham as portas para se

defender, de forma como entender apropriada, desses mesmos pontos, já colhidos por uma sentença de mérito (e, portanto, pela convicção do mesmo órgão julgador).

Com a necessidade de dar respostas institucionais à criminalidade organizada e a outros fenômenos criminológicos complexos, que importam na difusão da responsabilidade penal por um número crescente de agentes, conectados em complexas teias organizacionais, desenvolvem-se técnicas de investigação e de julgamento que tendem a reduzir as garantias e a individualidade do investigado dentro do contexto geral do esquema – inclusive pela mitigação da individualização de suas condutas, como se viu no julgamento do Mensalão e nos casos examinados.

Relevante demonstração dessa questão é a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que dispensa a individualização precisa da conduta em crimes de ação coletiva:

3. Nos casos de crimes de autoria coletiva, tem-se admitido a denúncia geral, a qual, apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas a cada um dos denunciados, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre sua conduta e o fato delitivo, conforme ocorre nos autos. (BRASIL, 2019a)

A culpabilidade difusa, obtida por demonstração de ligação ‘sutil’ da conduta de cada um dos investigados com o fato delitivo geral, não pode ser diretamente imputada à ideia de criminalização da política; tem, contudo, efeitos sobre a atividade política, naturalmente suscetível à ocorrência de crimes funcionais, por sua elevada discricionariedade (NASCIMENTO, 2019, p. 446), abertura e deficiência de controles – e que podem, portanto, ser injustamente atribuídos a pessoas que deles não tomaram parte, apenas a partir de certos contextos equivocadamente interpretados.

No caso da política, em especial, é possível identificar nesse fenômeno da difusão da responsabilidade penal um reflexo do uso do processo penal como *prima ratio*, em substituição dos mecanismos de controle pertinentes a cada esfera de atuação estatal, em certa medida devido a colonização do discurso jurídico pelo discurso moral e político – que faz avançar uma agenda legislação (e de aplicação da lei penal) simbólica, como resposta à demanda social por honestidade na política.

É natural que no campo ético e político, os feitos de um determinado grupo sejam genericamente imputados a todos. Esse é um fenômeno que tem sido visto de lado a lado do tabuleiro político nacional; contudo, a transposição desse forma de

responsabilização para o direito penal é inconcebível, porque compromete as bases de um direito penal de culpabilidade subjetiva.

5.2.7 *O novo marco pretoriano do foro por prerrogativa de função*

A Constituição da República determina que o julgamento criminal dos membros do Congresso Nacional é de competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I, alínea *b*, do texto constitucional).

Até o ano de 2014, essa competência estava distribuída, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao plenário da Corte. Pela emenda Regimental n. 49, de 2014, contudo, o tribunal passou a admitir o julgamento em plenário apenas dos presidentes das Casas Legislativas, transferindo para as suas turmas a atribuição de julgar os deputados e senadores.

Por entender inconstitucional a norma regimental, face ao tratamento desigual estabelecido entre o presidente da Casa Legislativa e seus pares – o que, na leitura da requerente não seria admissível –, bem como por compreender ter a Constituição assegurado o Plenário como órgão de julgamento dos parlamentares, a Mesa da Câmara dos Deputados ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.175, firmada pelo então presidente da Casa.

Em suas informações, o então presidente do STF defendeu a medida, como mecanismo de racionalização dos julgamentos no tribunal – para fazer face ao elevado volume de processos em tramitação.

Independentemente de considerações acerca da constitucionalidade ou da utilidade da medida – que, à primeira vista, não parece padecer do vício que a Câmara lhe atribuiu – o fato é que tal decisão efetivamente representa um declínio quanto à situação jurídica do parlamentar no exercício da função, em especial por duas razões:

a. a possibilidade de embargos infringentes acabou sendo drasticamente reduzida, já que a Corte interpretou (*contra legem*, já que o regimento interno não estabelece essa exigência) que seriam necessários pelo menos dois votos divergentes e absolutórios para o conhecimento do recurso, em um universo de, no máximo, cinco votos;

b. as divergências entre as turmas em matéria penal são substanciais e já foram relatadas inclusive pela imprensa (O GLOBO, 2019), de modo que houve, de

fato, a criação de uma diferença de tratamento, ainda que aleatória, entre os acusados – todos membros do Congresso Nacional.

A questão jamais chegou a ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Desde 2014, as Turmas da Corte vêm julgando normalmente os parlamentares em matéria penal.

Mais recentemente, em Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Barroso na Ação Penal n. 937, o Plenário do Supremo Tribunal Federal modificou substancialmente o regime jurídico do foro por prerrogativa de função para parlamentares federais (BRASIL, 2018c).

Passou-se a entender, por maioria, que o foro por prerrogativa de função somente se aplica para os crimes cometidos durante o exercício do mandato (desde a diplomação) e em razão do mandato (*propter officium*). Dessa forma, modificou-se jurisprudência tradicional, de longa data, que compreendia que o foro por prerrogativa de função aplicar-se-ia, durante o período de mandato, para todos os crimes (independente da data em que ocorridos).

Para o que interessa ao presente trabalho, o julgamento merece ser destacado em dois de seus pontos: a) a seletividade da decisão; b) o seu discurso de legitimação.

Com relação ao primeiro ponto, é necessário destacar que a decisão versou apenas sobre o foro por prerrogativa por função estabelecido em favor dos membros do Congresso Nacional. O Ministro Tóffoli, em seu voto, propôs a ampliação da tese para todos os detentores de cargo com foro por prerrogativa, mas não houve formação de maioria nesse sentido.

Desse modo, a despeito dos termos dilatados usados nas teses que constam do dispositivo do acórdão, a Corte entendeu que sua aplicação está restrita aos parlamentares.

Rômulo de Andrade Moreira destaca, em artigo, a seletividade da decisão do STF, ao destacar que entre cerca de 54 mil pessoas que têm alguma forma de prerrogativa de foro no País, a decisão alcança apenas deputados federais e senadores, o que representa cerca de 1% do contingente total (MOREIRA, 2018).

Salta aos olhos, nesse sentido, como a deliberação representa uma redução de prerrogativa – um dano, portanto à situação jurídica dos parlamentares – em uma decisão que não apresenta, aparentemente, elementos justificadores para o fator de

discrímen utilizado para separar os membros do Congresso Nacional das demais autoridades com foro por prerrogativa (MELLO, 2009).

Nesse sentido, o discurso de legitimação da decisão, empregado pelo Ministro Relator, e que contou com a adesão da maioria, não trata somente da otimização dos trabalhos do tribunal (esse aspecto, na verdade, é minoritário), como havia sido feito no caso da alteração regimental que transferiu competência às turmas. O acórdão, na verdade, vai bastante além, constituindo-se em discurso contra a suposta odiosidade do privilégio dado aos parlamentares e pelo fim da impunidade que, na visão do Relator, o foro por prerrogativa de função ocasionaria:

(...) É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. (BRASIL, 2018b)

Esses dados, portanto, ratificam os elementos anteriormente descritos, e que dão a medida, em sua complexidade, da realidade do fenômeno que se discute na presente obra, constituído pelo agravamento da situação jurídica do parlamentar, um mal-estar e uma desconfiança em relação ao Poder Legislativo e a seus membros; e, como nesse caso, a utilização de expedientes de certo grau de ativismo político (como uma questão de ordem em um processo individual) para dar sequência ao processo de redução do estatuto jurídico do Congressista.

5.3 Análise dos achados: há um processo de criminalização da política em curso?

O objetivo do presente capítulo é empreender uma análise acerca das principais mudanças relativas à aplicação da lei penal que podem representar alguma forma de impacto no exercício da atividade política.

Buscou-se, para tanto, um recorte que pusesse em diálogo a aplicação de certos institutos do direito penal ou processual-penal e o seu processo de modificação na jurisprudência.

Os achados desse trabalho podem ser sintetizados em três grupos, para os interesses da presente obra:

- a. Decisões ou interpretações que tem ou podem ter um impacto negativo direto na atividade política: nesse grupo, pode se inserir a aplicação que se tem dado à Lei das Organizações Criminosas, pela tentativa recorrente de atribuir a pecha de crime de obstrução de investigação às movimentações parlamentares em favor de leis que aumentem o controle sobre a atividade jurisdicional e do Ministério Público; pela excessiva discricionariedade que empresta ao órgão do Ministério Público na condução das negociações de colaborações premiadas – que podem ser usadas com fins políticos; pelo avanço da jurisprudência que permite, sem autorização judicial, a gravação ambiental com instigação por colaborador (análogo a agente infiltrado), e pelo uso dessas gravações com finalidade política – especialmente com vazamentos à imprensa; ainda, o uso da lei de organizações criminosas como subterfúgio para promover, *contra legem*, o afastamento ou a prisão de parlamentares. Ainda nesse grupo, a interpretação que vem adquirindo força pós-mensalão acerca das questões do ato de ofício e da vantagem indevida, no crime de corrupção passiva, é matéria que tem potencial para interferir no financiamento legítimo da política (*lato sensu*), porque acaba por estabelecer uma presunção de ilegitimidade em toda vantagem oferecida que não seja diretamente contraprestacional, ao deixar de exigir a delimitação do ato de ofício como elemento do tipo objetivo. Ao fazê-lo, acaba por inverter os ônus probatórios contra o agente público – que passa a ter de fazer prova da comutatividade da vantagem percebida. Do mesmo modo, a decisão do STF que vedou o financiamento de campanhas eleitorais por empresas, por ter fechado uma das janelas de comunicação e de exercício legítimo da atividade política por afinidades referentes às propostas políticas – a demonstrar certo nível de desconfiança institucional nos políticos. Há, ainda, um feixe de preocupação com a liberdade da atividade política que diz respeito à proteção do discurso parlamentar – que não foi abordada especificamente em tópico próprio, mas que levantou discussões recentes, em especial devido a processos criminais e civis, por supostos delitos cometidos em discurso, face ao então deputado Bolsonaro, que veio posteriormente a ser eleito presidente da República.

- b. No segundo bloco, devem ser inseridas decisões ou interpretações que não têm impacto imediato na atividade política propriamente dita, mas que podem ser lidas como formas de ataque e endurecimento direcionadas aos políticos – a demonstrar uma estratégia de criminalização e de deslegitimação pela majoração de sanções e redução de prerrogativas e direitos: nesse grupo, insere-se a constatação de que decisões aparentemente *ad hoc* são tomadas contra políticos (como o caso da natureza jurídica do delito de lavagem de dinheiro); a modificação de jurisprudência do STF que havia sido firmada há poucos anos, para deixar de compreender a consunção da lavagem pela corrupção, na hipótese do recebimento da vantagem indevida se dar de forma indireta e oculta, aplicando-se a pena de ambos os delitos; a utilização da teoria do domínio do fato (com componentes dogmáticos ora do domínio final de Welzel, ora dos domínios funcional do fato ou da organização, de Roxin), como instrumento retórico para rebaixar o *standard* probatório exigido para a configuração do delito por pessoas em determinadas posições políticas ou empresariais (como se viu no Mensalão); como defluência desse processo, certa difusão da responsabilidade penal, com uso de elementos que indicam a assunção de culpabilidade a partir do contexto geral do esquema criminoso, a dispensar, inclusive, na esteira da jurisprudência do STJ, a individualização precisa da conduta em crimes de autoria coletiva, bastando a descrição sutil de liame entre os agentes e a suposta prática criminosa; a seletividade na redução de prerrogativas processuais de parlamentares federais: primeiro, a afetação dos julgamentos às Turmas, por emenda regimental de 2014; depois, o novo regime de foro por prerrogativa de função, que foi aplicado exclusivamente para os membros do Congresso e fundamentado, pelo relator, como forma de decisão contra a impunidade.
- c. Finalmente, pode-se cogitar de um outro bloco, que não foi abordado de forma específica, mas que talvez seja perceptível do conjunto dos temas aqui expostos: há um esforço de caráter social e parcialmente institucional – já que algumas das campanhas contam com patrocínio do MPF, por exemplo – para, na esteira de todo o movimento de

agravamento da esfera jurídica do parlamentar e do político, de modo geral, instituir medidas legislativas ainda mais restritivas e duras contra o político e mobilizar a população contra políticos que não têm convergências com as linhas políticas defendidas pelo MPF. Como exemplo maior dessa prática, deve ser mencionada a iniciativa das Dez Medidas contra a Corrupção, movimento iniciado no seio da Operação Lava Jato e que propunha, entre outras coisas, a restrição ao conhecimento de *habeas corpus*, o aproveitamento de provas ilícitas, o estabelecimento de prisão, antes de condenação, para devolução de valores presumidamente desviados, o confisco alargado (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015). Houve, ainda, mobilização da parte de procuradores da operação contra políticos, tanto em redes sociais, quanto por meio de entrevistas ou mensagens. Essas intervenções, nesse bloco, seriam legítimas se partissem da sociedade civil – mas perdem legitimidade face ao dever estrito de objetividade e neutralidade que se impõe ao Ministério Público.

Adiante, passa-se ao exame desses dados à luz dos referenciais teóricos do ativismo judicial e do punitivismo penal.

5.3.1 *O direito penal do autor e o direito penal do inimigo: a política como inimiga*

Se não por convicção, ao menos pela falta de uma certeza metodológica acerca da indagação – e porque o direito penal atual não é campo apropriado para postular a defesa de uma *ética das virtudes* – deve-se rejeitar a ideia de um direito penal do autor, que vê no delito uma inferioridade moral, uma espécie de estado civil de pecado ou, na expressão de Zaffaroni, um estado de pecado jurídico.

O discurso do direito penal do autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição da pessoas. (...) Em sua total coerência, o direito penal do autor parece o produto de um crítico desequilíbrio deteriorante da dignidade humana daqueles que o sofrem e o praticam. (ZAFFARONI e BATISTA, 2011, p. 133)

A ideia de direito penal do autor é dessas questões que se impregnam no senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994), mesmo depois de superadas na academia. Com efeito, no discurso do enfrentamento à corrupção e à

macrocriminalidade econômica, identifica-se a ideia de que o corrupto brasileiro é frequentemente incorrigível e que a corrupção seria um delito mais grave que os outros e merecedor da maior reprovabilidade – chegando-se a falar em hediondez, violência e, nas palavras empregadas pelo Ministro Barroso – a identificação do fato com o homicídio – “corrupção mata” (BARROSO, 2019).

O aprofundamento do combate à corrupção como política de Estado, associado à ampla exploração midiática – típica da civilização do espetáculo descrita por Mario Vargas Llosa (2013) – das prisões, colaborações, e operações realizadas pela Polícia Federal, com entrevistas ao vivo de membros dos órgãos de persecução penal, tem, como efeito colateral, a tendência de adoção de uma linguagem de guerra aos delitos de criminalidade política-econômica.

A esse aspecto se somam todo o processo de derrocada da confiança na política e nos políticos – a crise de representação, a aparente insuficiência do direito para a solução dos problemas emergentes, etc. – já descritos nos primeiros capítulos dessa obra.

O resultado é, como se viu, a construção de soluções *ad hoc*, fora do âmbito de legitimação do Poder Legislativo – único espaço adequado de criminalização de condutas, em vista da legalidade estrita penal –, para reduzir as prerrogativas dos políticos e para criminalizar ou agravar a incriminação de condutas que se relacionem com o fenômeno.

A incapacidade de se combater a macrocriminalidade pelos remédios clássicos do direito penal enseja um paradoxo, revelado pela pressuposição de que ou se dispensam certos marcos assecuratórios – e facilita-se a condenação – ou se utilizam todas as garantias tradicionais – e jamais se chegaria à condenação. À sociedade restaria apenas a escolha de se conformar entre a absolvição de culpados e a condenação de inocentes.

Como resposta, aplicam-se a esses crimes técnicas de investigação e de julgamento que pressupõem, de logo, a alta probabilidade de culpa, por meio da adoção de mecanismos que repugnam ao processo clássico – prisão como forma de coerção para colaboração, agentes instigadores municiados de instrumentos clandestinos de gravação, difusão da responsabilidade penal pelo contexto, enfraquecimento da necessidade de individualização da conduta, redução do *standard* probatório exigido para uma condenação penal, inclusive com recurso retórico inadequado a teorias estrangeiras, como foi o caso da teoria do domínio do fato no julgamento do Mensalão.

É inevitável associar o fenômeno com o marco teórico desenvolvido por Günther Jakobs do *direito penal do inimigo*:

Aquele que pretende ser tratado como uma pessoa deve, por seu lado, oferecer certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Faltando essa garantia ou sendo ela expressamente recusada, o Direito Penal transforma-se, de uma reação da sociedade ao fato de um de seus membros, em uma reação contra um inimigo. Isso não precisa significar que, a partir daí, *tudo* estaria permitido, até mesmo uma ação desmedida; pelo contrário, pode-se conceder ao inimigo uma *personalidade potencial*, de modo que não se deve exceder [a medida do] necessário ao combatê-lo. E isso já é muito, mais do que na legítima defesa, onde a repulsa necessária não pode ser senão uma reação a uma agressão atual, enquanto, no Direito Penal do Inimigo, como mostrar-se-á a seguir, pode-se tratar também da repulsa de agressões futuras. (JAKOBS, 2008, pp. 102-103)

Jakobs identifica como características típicas do direito penal do inimigo: a antecipação da punibilidade (antecipação do momento consumativo em relação a fatos vindouros, como a incriminação da formação de organização criminosa), sem que o tipo penal resultante tenha uma redução proporcional da pena – na verdade, sem nenhuma redução de pena em relação aos crimes de resultado correspondentes; transição de uma legislação penal para uma legislação de combate – instrumento do Poder Estatal para ameaçar o inimigo; supressão de garantias processuais (2008, pp. 103-104).

É natural que o uso da expressão direito penal do inimigo provoque desconforto, porque a classe política ainda goza, de modo geral, da autoridade pública e, portanto, não parece legítimo, à primeira vista, afirmar *tout court* que já se esteja diante de uma modalidade de legislação penal de enfrentamento.

Contudo, essa é uma tendência que se desenha, o que está demonstrado pelo fato de que as características típicas todas, sem exceção, tem sido manejadas em face de políticos investigados – e, com alguma frequência, sem que isso tenha sido regularmente estabelecido por lei, mas pelo recurso a modificações jurisprudenciais e mutações constitucionais (como o caso do foro por prerrogativa de função).

Naturaliza-se, assim, um estado geral de desconfiança com a atividade política, a naturalizar iniciativas investigatórias mais amplas e gerais (aproximando-se de autênticas devassas, como teria sido o caso da investigação do COAF na Assembleia do Estado do RJ, com investigação ampla de todos os servidores do órgão, segundo noticiaram à época os veículos de comunicação) (O GLOBO, 2018).

Essa é, portanto, uma faceta da criminalização da política que se desvela independentemente de haver impacto mensurável e direto na atividade política *stricto*

sensu. O seu impacto é menos direto, mas não menos pernicioso, dado que o enfraquecimento substancial da posição jurídica dos políticos, com acúmulo de investigações e de processos, provoca o desencorajamento de pessoas mais sensíveis aos riscos da criminalização de ingressar na política – abrindo-se a porta, eventualmente, para agentes menos bem intencionados, que aceitem os riscos inerentes à atividade em busca de incentivos financeiros (possivelmente ilícitos) proporcionais aos mesmos riscos.

5.3.2 Ativismo como instrumento da colonização da atividade política pelo direito penal

Como se pode observar ao longo da pesquisa, uma das ferramentas manejadas pelos órgãos de aplicação da lei penal para a adoção de medidas que causam impacto à atividade política é a promoção de mudanças de critério jurisprudencial.

Dos elementos que foram recolhidos e examinados na parte inicial do tópico 5.3, com efeito, constam sobretudo mudanças de orientação pelo Judiciário (ou propostas de mudança de orientação formuladas pelo Ministério Público) que, abandonando posições anteriores de maior autocontenção, passam a intervir de forma mais dura e direta na esfera jurídica dos parlamentares.

É o que ocorre, por exemplo, nos institutos da corrupção passiva, da aplicação da lei dos crimes organizados – com as interpretações largas relativas à habitualidade, à obstrução de investigação, etc. –, com a vedação ao financiamento privado empresarial. Trata-se, em regra, de modificações de posição da jurisprudência.

Adota-se a tipologia de Bradley Canon (1983) para sustentar que a mudança de critério jurisprudencial ou a falta de adesão da jurisprudência a precedentes e à doutrina prevalecente pode ser criticada como forma de ativismo.

O autor, de forma seminal, buscou explicar de quais formas se produz uma decisão que possa receber a alcunha de ativista. Entre seus critérios, dois têm aplicabilidade direta aos casos sob exame: a violação da estabilidade interpretativa e da fidelidade interpretativa.

Com relação ao primeiro, a estabilidade interpretativa, Canon afirma que essa dimensão “*mede o grau em que uma decisão da Suprema Corte mantém ou abandona um precedente ou uma doutrina judicial existente*”. Subjaz a ideia de que a mudança inesperada de uma interpretação firme – fosse pela doutrina ou pela

jurisprudência anterior – acaba por resultar em uma mudança da própria norma, o que não deveria incumbir ao Judiciário.

Já o critério da fidelidade interpretativa aborda o dever que o intérprete deve observar quanto à manutenção, na interpretação constitucional, do significado legítimo e comum dos termos do texto constitucional e/ou da intenção original do constituinte. Dá-se ênfase à ideia de que o guardião da Constituição não é fiel se desconstrói o seu significado autêntico. (CANON, 1983).

Pois bem. A tentativa de impor aos congressistas severas restrições às suas imunidades formal e material, associada à mudança jurisprudencial na interpretação de institutos penais que eram mais benéficos, ambos os fenômenos ligados a uma prática discursiva que insinua que o Parlamento é parte do problema, enquanto o messianismo dos órgãos penais poderá solucionar o grande mal da corrupção sistêmica, satisfaz plenamente os requisitos de instabilidade e de infidelidade interpretativa.

Destaque-se, nessa linha, o alerta de Zaffaroni:

2. Não obstante, as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que fundamentam o princípio da legalidade e a proibição de retroatividade detrimetosa: não é admissível que se apene a quem não poderia conhecer a proibição. Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do “proibível”) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos.(...) (ZAFFARONI e BATISTA, 2011, pp. 223-224) (destacou-se).

Dessa forma, nota-se que o ativismo judicial – nas modalidades de infidelidade e de instabilidade interpretativas – responde pela forma pela qual avançam as modificações de institutos e de jurisprudência que tornam cada vez menos seguras e mais porosas e incertas as margens que delimitam o espaço de incolumidade da atividade política, em especial aquela aplicada aos parlamentares federais.

Essas modificações – que não parecem vinculadas a um processo sistematizado, mas desordenado, embora constante – abrem margem a que o direito penal seja convertido de *ultima ratio* em *prima ratio*, porque instrumentalizado para obtenção de um pretenso aprimoramento político e institucional que, contudo, não faz parte das finalidades que lhe são peculiares, em especial porque a sua subsidiariedade e fragmentariedade impõem sempre extremada cautela e contenção em sua interpretação e aplicação (DIAS, 1999, p. 78).

5.4 Considerações finais

Os achados que foram levantados nesta pesquisa, devidamente agrupados em nível de intervenção, do mais para o menos grave, permitem ter uma compreensão bastante abrangente do que pode se caracterizar como o fenômeno da criminalização da política.

Note-se que há, de fato, uma confluência de tentativas de limitação da própria atividade política, interdita sob pretextos jurídico-penais que não são, contudo, convincentes à luz do direito vigente: episódios de intervenção nas Casas Legislativas, afastamento de seus presidentes, tentativa de criminalização de iniciativas de lei contrárias à vontade do órgão de persecução penal, crítica em sentença por que o réu, tendo sido presidente, deixou de apresentar PEC para execução provisória da pena em segunda instância (como se se tratasse de um dever moral universal, e não uma opção legislativa); limitação ao financiamento da atividade política e criminalização do mecenato da atividade política por intermédio da resignificação do conceito tradicional de corrupção – que se desvincula de sua interpretação estável pela doutrina e jurisprudência ao longo de meio século.

Esses, portanto, são vetores diretos da criminalização da atividade política, em sua vertente mais clara – e que demonstram o ativismo judicial, em ato (quando a mudança foi ratificada pelo Judiciário) ou em potência (quando se trata de tese do MP ainda não plenamente aceita no Judiciário), como instrumento para a promoção de tentativa de redução do espaço legítimo de atribuições do Congresso Nacional, com finalidades estranhas ao direito – de ordem moral, política ou ideológica.

Quanto às hipóteses de endurecimento da aplicação da lei penal, o tema é, sem dúvida, mais delicado. De um lado, é certo que se pode sustentar que se trataria de uma espécie de reação legítima do direito ao problema da impunidade que historicamente foi descrito no Brasil.

Por outro, a substancial e sistemática redução de direitos e prerrogativas, associada a técnicas de criminalização que reduzem os padrões probatórios normalmente exigíveis para uma condenação penal, legitimam o reconhecimento de que a criminalidade econômico-política recebe, hoje, as maiores atenções do punitivismo penal e do direito penal simbólico.

Com efeito, o político parece se desenhar – nas perspectivas próximas de interpretação e de aplicação da lei penal – como uma espécie de inimigo, no combate contra o qual se legitima a mitigação até mesmo da culpabilidade, admitindo-se uma relativização dos preceitos constitucionais penais que acaba por aproximar o juízo penal do juízo ético-sancionatório – a se olvidar, porém, que no primeiro caso está em jogo a própria liberdade do cidadão que se reveste de papel político e que, portanto, deveria manter a incolumidade de suas garantias constitucionais, enquanto, no segundo caso, em geral, somente o mandato corre riscos.

Desse modo, entende-se ser afirmativa a resposta da indagação que perpassa todo esse capítulo: é possível afirmar que a criminalização da política é um fenômeno que está em curso no País, no campo penal. Como se lê de editorial publicado pelo Estado de São Paulo:

Desde o sucesso popular alcançado pela Operação Lava Jato - sucesso merecido, diga-se -, alguns setores do Ministério Público Federal (MPF), da Polícia Federal (PF) e do Poder Judiciário, animados pelo calor dos holofotes e dos afagos da opinião pública, autoatribuíram-se uma missão de salvação nacional, uma espécie de plano permanente de combate à corrupção, causa maior de todos os males do País, a fim de resgatar uma sociedade sequestrada por uma “classe política” carcomida. Em nome da batalha épica contra um inimigo tão poderoso, os limites do Estado Democrático de Direito, não poucas vezes, foram solenemente ignorados justamente por aqueles que deveriam ser os primeiros a lhes prestar reverência. (ESTADÃO, 2018)

Esse fenômeno, no entanto, caminha em paralelo com um processo legítimo de correção de rumos e de enfrentamento à criminalidade, o que torna mais difícil a identificação dos marcos delimitadores: onde termina o combate à corrupção *regular* ou *legal* e se inicia o combate simultâneo aos políticos e à ordem política estabelecida. É preciso resistir à tentação de romper violentamente com o sistema político, sem saber o que será posto em seu lugar.

O ajuste fino, embora complexo, é o que há de mais relevante para que o processo de depuração penal não invada os domínios da política e se converta em seu destruidor.

5.5. Referências bibliográficas

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APn 470 do STF. in: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, Ano 2, Volume 2*, dezembro/2014. pp. 138-164.

ALSCHULER, Albert W. Criminal Corruption: Why Broad Definitions of Bribery Make Things Worse. in: *84 Fordham Law Review* 463, 2015. pp. 463-492.

ANTAGONISTA, O. *Procurador da Lava Jato denuncia "o mais novo golpe" do STF*. Publicado em 9 de março de 2019. Disponível em <https://www.oantagonista.com/brasil/procurador-da-lava-jato-denuncia-o-mais-novo-golpe-stf/>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. 2ª ed. em ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Anotações para o voto na ADI 5.526/DF*. Publicado em 2017. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5.526-Anotações-para-o-voto-2.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil*. (discurso proferido em evento). 1º de abril de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI299321,41046-Ministro+Barroso+disserta+sobre+combate+a+corrupcao+e+refundacao+do>. Acesso em 22 de setembro de 2019..

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. (edição kindle). Lisboa: Edições 70, 2015.

BENTO DE FARIA. *Código Penal Brasileiro (Comentado)*. Volume VII. 2ª edição. Rio de Janeiro: Record, 1959.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

CANON, Bradley. Defining the dimensions of Judicial Activism.” *Judicature* 66 n. 6, dec-jan 1983. pp. 236-246.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. *in*: IDPEE. *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. pp. 3-18.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. Entre fatos e convicções: análise da sentença do juiz Sérgio Moro que condena o ex-presidente Lula. *in*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017. pp. 34-42

COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico: notas a propósito do Colóquio Preparatório da AIDP. *in*: IDPEE. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. pp. 347-364.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

FERRO, Ana Luiza Almeida, Flávio Cardoso PEREIRA, e Gustavo dos Reis GAZZOLA. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. Esquema do mensalão é muito mais amplo, diz procurador-geral. *In Folha de São Paulo*. Edição de 10 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/01/1212639-esquema-do-mensalao-e-muito-mais-amplo-diz-procurador-geral.shtml>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. Lava Jato desconfiou de empreiteiro pivô da prisão de Lula, indicam mensagens. *in Folha de São Paulo*. Edição de 30 de junho de 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/lava-jato-desconfiou-de-empreiteiro-pivo-da-prisao-de-lula-indicam-mensagens.shtml>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

FREIRIA, Marcelo Turbay; FREIRIA, Thiago Turbay. A questão do ato de ofício. *In Portal JOTA*. Edição de 20 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-questao-do-ato-de-oficio-20042018>. Acesso em 5 de setembro de 2019.

G1. *Fachin rejeita liberdade a deputados estaduais do Rio presos em desdobramento da Lava Jato*. Publicado em 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/23/fachin-rejeita-liberdade-a-deputados-estaduais-do-rio-presos-em-desdobramento-da-lava-jato.ghtml>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

GAZETA DO POVO. Com duração média de 142 dias, prisões preventivas na Lava Jato estão no radar do STF. *Jornal Gazeta do Povo*, Edição de 20 de fevereiro de 2017. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/com-duracao-media-de-142-dias-prisoes-preventivas-na-lava-jato-estao-no-radar-do-stf-dpoofdxck90t78eyvc0x5j9qt/>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. Fatos e mitos sobre a teoria do domínio do fato. in *Folha de São Paulo*, edição de 18/10/2013(a).

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. in *Revista dos Tribunais*, Vol 933, n. 61, julho/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013(b).

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Volume IX*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MACIEL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Curitiba: Juruá, 2015.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime Organizado*. 4ª edição rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. 2017. Prisão para delatar transforma a preventiva em método de tortura. in *Revista Consultor Jurídico*. 20 de dezembro de 2017. Disponível, em

<https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/opinioao-ilegalidade-prisao-preventiva-delatar#sdfootnote2sym>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni.. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 4.327/DF*. Brasília, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dez medidas contra a corrupção*. Brasília, 2015. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em 21 de setembro de 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. in FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. Vol. VI. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Diagnóstico Institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio, 2007. Disponível em https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/diagnostico_institucional_-_primeiros_passos_para_um_plano_nacional_anticorruptcao.pdf. Acesso em 13 de setembro de 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Farinha pouca, meu pirão primeiro: eis a conclusão do STF sobre a prerrogativa de função. *Empório do Direito*, 4 de maio de 2018. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/farinha-pouca-meu-pirao-primeiro-eis-a-conclusao-do-stf-sobre-a-prerrogativa-de-funcao>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Volume IV. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

O GLOBO. Coaf identificou movimentação suspeita em transferências financeiras de 75 servidores da Alerj. Edição de 12 de dezembro de 2018. *O Globo*. 12 de dezembro de 2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/coaf-identificou-movimentacao-suspeita>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

O GLOBO. *Turmas do Supremo têm sentenças diferentes para casos semelhantes*. (online). Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/turmas-do-supremo-tem-sentencas-diferentes-para-casos-semelhantes-23727548>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470/MG do STF). in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, Rio de Janeiro: IBCCRIM, 2014. pp. 181-214.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, Juarez; BORGES, Ademar. O crime de corrupção passiva na visão do STF e a sentença que viola o princípio da legalidade. in PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017. pp. 232-248.

THE INTERCEPT BRASIL. *Vazamento seletivo. As mensagens secretas da lava-jato - parte 18*. Publicado em 2019. Disponível em <https://theintercept.com/2019/08/29/lava-jato-vazamentos-imprensa/>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção 2018*. Berlin: Transparency International, 2019.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão. Volume II*. Brasília: Senado Federal, 2006.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

ZAFFARONI, E. Raúl, e Nilo BATISTA. *Direito Penal Brasileiro*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Legislação e precedentes:

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ. *Sentença na Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Curitiba, 2017(a).

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ. *Sentença na Ação Penal n. 5051606-23.2016.4.04.7000/PR*. Curitiba, 2017(b).

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. DOU de 5 de agosto de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em 28 de agosto de 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 107985/PR. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma*. Brasília, 2019(a).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão dos Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal n. 470. Relator para o Acórdão Ministro Roberto Barroso*. Brasília, 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Ação Penal n. 307/DF*. Brasília, 1994.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Ação Penal n. 470. Relator Ministro Joaquim Barbosa*. Brasília, 2013(a).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Ação Penal n. 863/SP. Relator Ministro Fachin*. Brasília, 2017(c).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Ação Penal n. 996. Relator Ministro Edson Fachin*. Brasília, 2018(a).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ. Relator Ministro Luis Roberto Barroso*. Brasília, 2018(b).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão no 4º Agravo Regimental no Inquérito n. 4.445/DF. Relator Ministro Marco Aurélio*. Brasília, 2019(b).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na Ação Cautelar n. 4.039. Relator Ministro Teori Zavascki*. Brasília, 2015(a).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na Ação Cautelar n. 4.070. Relator Ministro Teori Zavascki*. Brasília, 2016(a).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na Ação Cautelar n. 4.327/DF. Relator Ministro Marco Aurélio*. Brasília, 2017(d).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na Medida Cautelar n. 4.173/DF. Ministro Teori Zavascki*. Brasília, 2016(b).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 127.483/PR, Pleno. Julgado em 27.8.2015. Brasília, 2015(b).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inquérito n. 4.074/DF. Relator para o Acórdão Ministro Dias Toffoli*. Brasília, 2018(c).

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Acórdão na Apelação Criminal n. 5023162-14.2015.4.04.7000/PR*. Porto Alegre, 2016(c).

ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT. *McDonnell v. United States*, 579 U.S. _____. Columbia, 2016. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-474_ljgm.pdf. Acesso em 8 de setembro de 2019.

ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT. *United States v. Sun-Diamond Growers of Cal.*, 526 U.S. 398. Columbia, 1999. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/398/>. Acesso em 8 de setembro de 2019.

PORTUGAL. *Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro*. Lisboa: Assembleia da República, 2002.

CAPÍTULO 6. A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DOS PARLAMENTARES (POR ATO INDECOROSO E CORRUPÇÃO)

Roberta Simões Nascimento¹⁷⁶

6.1. Introdução¹⁷⁷

A corrupção e as formas para o seu enfrentamento têm sido objeto de muita atenção nos últimos tempos, mas, como já tem sido possível observar a partir dos capítulos que antecedem o presente, tem prevalecido uma má-compreensão, tanto na teoria, quanto na prática jurisprudencial, sobre o papel do Direito no combate à corrupção política. O movimento iniciado pela Operação Lava Jato desde 2009 contribuiu para desencadear o fenômeno aqui chamado de “criminalização da política”, que passou a considerar criminosas determinadas atuações até há pouco associadas ao exercício legítimo da função legislativa.

Paralelamente a tal tendência (ou talvez como parte ou verso dela), também tem sido possível verificar uma crescente “desdiferenciação” entre os discursos político e jurídico. De forma indevida, subordina-se uma possível resposta política – como, por exemplo, um pedido de explicações, a destituição do cargo, a atribuição de uma penalidade disciplinar ou mesmo a cassação do mandato – a um desfecho judicial, como se a “responsabilidade política” dependesse da “responsabilidade jurídica”, isto é, da comprovação da culpabilidade tal como concebida pelo Direito.

Tal prática acarreta o esvaziamento da noção de “responsabilidade política” e, ao mesmo tempo, demonstra o relativo fracasso das ferramentas estritamente jurídicas para punir e prevenir a corrupção política, na medida em que a dinâmica jurídica, as diversas garantias processuais e a dificuldade quanto às provas e reunião de indícios das condutas tornam muito mais difícil a atribuição de uma responsabilidade penal. A efetividade da punição por condutas que ficam em uma zona de penumbra entre o

¹⁷⁶ Advogada do Senado Federal desde 2009. Doutora *cum laude* em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha (2018). Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professora voluntária na Universidade de Brasília (2019).

¹⁷⁷ Agradeço a Carlos Cruz, Edvaldo Fernandes, Felipe Cadete, Gabrielle Tatith, Hugo Kalil, Tairone Messias e Walmar Andrade, pela leitura, com sugestões, críticas e comentários, de versões anteriores deste trabalho.

exercício legítimo da função legislativa e a prática de crimes fica, portanto, severamente comprometida. A discussão se desloca do terreno político para o jurídico e o pior acontece: por nenhuma das duas vias se consegue a responsabilização.

Nesse contexto, justifica-se a necessidade de enfatizar a noção de responsabilidade política como conceito autônomo e, ao mesmo tempo, uma das ferramentas com maior potencial de controle dos agentes políticos e de reforço às instituições democráticas. Parte-se da hipótese de que, além de existir, a responsabilidade política é exigível com importância, finalidades e consequências muito diferentes das demais formas de responsabilidade jurídica.

Neste capítulo, desenvolve-se um estudo bibliográfico destinado a recuperar a correta compreensão sobre a responsabilidade política, resgatando os principais aspectos que já foram teorizados, e, na sequência, a proporcionar uma visão aplicada, a partir da reflexão sobre o que precisaria ser aperfeiçoado do ponto de vista institucional e da observação de casos concretos sobre a temática, selecionados para breve análise.

Assim, o propósito do presente capítulo é duplo. Em primeiro lugar, trata-se de delimitar conceitualmente a noção de responsabilidade política, distinguindo-a da jurídica, bem como apresentando os possíveis pontos de confluência, não só no contexto de judicialização, mas sobretudo de criminalização da política. Explica-se por que a responsabilidade política é exigível de forma independente e qual é a sua lógica de funcionamento. Defende-se que a responsabilidade política não é “sindicável”: não cabe controle judicial quanto “ao mérito”, e qualquer manobra tendente a “judicializar” a discussão não serve para outra coisa que “juridificá-la”, desconfigurando sua natureza, que é política, e não jurídica.

Nesse sentido, procura-se afastar da tentação de transferir as categorias jurídicas próprias da responsabilidade jurídica, sobretudo a penal, para o âmbito da responsabilidade política. São problematizadas, por exemplo, a aplicabilidade da presunção de inocência, a exigência de dolo (ou culpa na modalidade de imprudência), a necessidade de procedimento em contraditório e a codificação de ritos para o julgamento político, bem como a lógica da reprovação política.

Em segundo lugar, o objetivo do trabalho é o de apresentar os principais instrumentos para reforçar a responsabilidade política, para fazê-la funcionar de forma concreta, bem como apontar alguns entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, a partir do comentário às decisões escolhidas das Cortes envolvendo a temática.

Para cumprir esse propósito, este trabalho divide-se em mais sete seções. Na primeira, apresenta-se uma breve revisão sobre os principais aspectos que distinguem a responsabilidade política da responsabilidade jurídica. Na segunda, são expostas as principais teses sobre a responsabilidade política, enfatizando-se de forma especial a independência entre tais instâncias. Na terceira, analisam-se, desde um ponto de vista dogmático, os dispositivos da Constituição da República de 1988 que disciplinam a atribuição de responsabilidade política no âmbito do Poder Legislativo. Na quarta, indicam-se possíveis mecanismos para o fortalecimento da responsabilidade política. Na quinta, são examinadas algumas decisões judiciais envolvendo a temática, apontando pontos críticos. Na sexta, são feitas sugestões. Por fim, encerra-se o capítulo com as conclusões, retomando as principais ideias trabalhadas ao longo do texto.

6.2. Algumas distinções básicas entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade política.

A atribuição de responsabilidade é uma ferramenta chave no Direito. O termo “responsabilidade”, no entanto, carrega ambiguidade e vagueza, que ensejam diversos sentidos, mesmo no contexto jurídico. Herbert L. Hart (2008), por exemplo, indica que o termo responsabilidade pode assumir pelo menos quatro sentidos: 1) como capacidade (ou aptidão) para realizar atos de forma consciente e voluntária; 2) como dever (ou papel), isto é, a titularidade de uma obrigação, uma função ou uma competência; 3) como causa, ou seja, a atribuição causal de um fato a uma pessoa; e 4) como sujeição (*liability*), isto é, a imputação de resultados e consequências de um fato a uma pessoa. Do ponto de vista jurídico, costuma-se considerar o último como o sentido primário da responsabilidade.

Em regra, é relativamente fácil compreender quando existe ou não responsabilidade jurídica, bem como os seus requisitos. A responsabilidade jurídica opera nas situações em que há autonomia, isto é, liberdade de escolha do agente para atuar ou não conforme o Direito, preferencialmente a partir de expressa previsão legal. Costuma-se, igualmente, exigir algum grau de consciência sobre a ilicitude, assim como de intenção sobre a ação. Em poucas palavras, a responsabilidade penal pressupõe um estado psicológico de entendimento e vontade.

A responsabilidade jurídica é relativamente ampla, não se limita ao âmbito penal, podendo alcançar os planos administrativo, civil, tributário, etc. Pronunciada pelo

Poder Judiciário, sua determinação precisa encontrar arrimo, ao menos em algum grau mínimo, em elementos de prova e, no caso do Direito Penal, de conhecimento sobre os fatos subjacentes. Especialmente para a responsabilidade penal, é necessário o estabelecimento de uma “verdade” (corroboração probatória mínima segundo as regras procedimentais previstas) sobre os atos praticados.

Tanto na responsabilidade penal, quanto na civil, é indispensável o elemento de “ilicitude” ou contrariedade ao Direito. O “ato ilícito”, embora apresente tipicidade relativamente aberta do âmbito civil (vide a definição dos arts. 186 e 187 do Código Civil¹⁷⁸), deve obedecer à legalidade estrita na seara penal, exigindo-se o prévio estabelecimento das condutas típicas passíveis de responsabilização, como previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988¹⁷⁹.

Nada obstante, no que diz respeito à responsabilidade política, não existe um acordo claro para além de um conceito por negação: costuma-se tratá-la simplesmente como a responsabilidade que não é jurídica, seja penal ou não. A principal ideia associada à responsabilidade política é a chamada “sanção das urnas”, isto é, as consequências eleitorais acarretadas ao agente que não logra ganhar as eleições subsequentes aos eventos controvertidos. Nesse sentido, o pior cenário em termos de responsabilidade política seria o julgamento negativo pelo povo, fazendo com que o político não alcance a (re)eleição.

No entanto, a responsabilidade política é mais abrangente do que tal controle eleitoral, muito embora os demais mecanismos que a veiculem acabem recebendo menor atenção. Do ponto de vista institucional, por exemplo, o próprio Parlamento pode atribuir responsabilidade política – inclusive, não somente aos parlamentares, mas também a outros ocupantes de cargos de natureza política, convocando autoridades públicas para prestar informações, e até mesmo o Presidente da República, por intermédio do *impeachment*.

Além do controle parlamentar acima mencionado, os partidos políticos – mediante os seus mecanismos de controle interno – podem formalizar sanções de suspensão de filiação, exclusão temporária do direito de voto nas deliberações partidárias, proibição de apresentação de candidatura por determinado período de

¹⁷⁸ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁷⁹ “Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

tempo, entre outras que implicam desprestígio do membro faltoso com os códigos morais ou deontológicos da agremiação.

Adicionalmente, também cabe na ideia de responsabilidade política o controle realizado pelos meios de comunicação, os quais talvez sejam um dos mais eficazes, muito embora não seja isento de críticas, na medida em que nem sempre a imprensa e demais veículos de comunicação atuam com independência, especialmente os que dependem de subvenções públicas.

Cite-se, ainda, a responsabilidade política mais rara de todas: a pessoal, assumida pelo próprio político, quando voluntariamente reconhece seu próprio erro, em geral acompanhada de um pedido de renúncia (“demissão” ou exoneração) do cargo que ocupa. Nessa situação, o responsável procede a um cálculo político entre arcar imediatamente com o ônus por algum fato, saindo rapidamente para abafar a crise, ou seguir com o mandato, correndo o risco de um desgaste ainda maior.

Essa modalidade de responsabilidade política, no entanto, é cada vez mais difícil de se ver após o advento da Lei da Ficha Limpa, que acrescentou a renúncia como hipótese de inelegibilidade, conforme o art. 1º, inciso I, alínea *k*, da Lei Complementar n. 64/90, acrescentado pela LC n. 135/2010¹⁸⁰. Criou-se uma presunção absoluta de que a renúncia se dá para “fugir da cassação”. Com isso, como não teria como escapar da inelegibilidade nesse caso, mais vale o parlamentar continuar no mandato, torcendo para que o cenário político mude a seu favor.

Para além da imprecisão conceitual, o grande desafio de tratar a responsabilidade política também reside na prática, especialmente diante da crescente tendência em identificá-la com a responsabilidade jurídica, sobretudo a oriunda do processo penal. Tem sido comum no discurso público a cômoda postura de “deixar para que as instâncias policiais e judiciais competentes apurem os fatos”, como se uma fosse pressuposto da outra. Ora, justamente porque os conceitos de responsabilidade política e responsabilidade jurídica são diferentes, que uma não precisa esperar pela outra! É o que se verá melhor mais adiante.

¹⁸⁰ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) *k*) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; (Incluído pela LC nº 135, de 2010)”.

6.3. Principais teses sobre a responsabilidade política

6.3.1. Sobre a necessidade de uma responsabilidade política e sua definição

Considerando que já existe, de modo claro e seguro, a responsabilidade jurídica, podem surgir indagações como: por que o Direito deve preocupar-se com uma noção tão difusa quanto a de responsabilidade política? E mais: além de necessária, por que essa figura deve vir separada da ideia de uma responsabilidade jurídica? Assim, antes de tudo, cabe afirmar o fundamento de uma responsabilidade política.

Como não poderia deixar de ser, a raiz desse conceito consiste no princípio democrático. A responsabilidade política se presta a reprovar a conduta dos que detêm um cargo político, que tenha sido outorgado por confiança (GARCÍA ARÁN, 2018). O juízo de reprovação é de ordem moral e corresponde à retirada da confiança depositada. Nas palavras de Joaquín García Morillo, a responsabilidade política é útil para evitar a alternativa de *“ter que seguir suportando um incompetente ou, caso contrário, não ter outra saída que encarcerá-lo”* (GARCÍA MORILLO, 1998, p. 34). Sua finalidade fica clara, portanto: a responsabilidade política implica o simples afastamento do agente do cargo.

Nesses termos, a responsabilidade política está baseada no princípio da prestação de contas (*accountability*). Por isso, nenhuma das tradicionais teorias sobre as finalidades do Direito Penal (retribuição, prevenção geral, prevenção especial, etc.) servem para explicar tal função da responsabilidade política. Inclusive, o responsabilizado politicamente pode responder por atos que sequer praticou, o que definitivamente afasta sua lógica da do Direito, especialmente o Penal. A consequência da responsabilidade política – isto é, a perda do cargo – também está longe de coincidir com a privação máxima de direitos de que o ordenamento jurídico dispõe: a sanção penal, especialmente a pena de prisão.

Para Mercedes García Arán, o afastamento do cargo de quem é considerado responsável político é necessário para a consideração de que o sistema democrático funciona, *“de maneira que os cidadãos mantenham sua convicção de que os governantes o são tanto e enquanto se lhes outorgue confiança e que devem deixar de sê-lo se esta lhes é retirada”* (GARCÍA ARÁN, 2018, p. 53).

Seguindo por essa linha de raciocínio, a necessidade de uma responsabilidade política – separada da ideia de responsabilidade jurídica – advém da

manutenção da confiança no sistema e nas instituições democráticas. A responsabilidade política persegue um fim claramente político: evitar que a manutenção do agente no cargo continue gerando prejuízos à instituição de que o agente faz parte.

Como consequência dessa noção, pode-se afirmar que a responsabilidade política não se presta à perseguição política, ou às situações em que é duvidosa a existência de circunstâncias objetivas de reprovação, isto é, quando a perda de confiança não decorre de conduta atribuível ou relacionada, direta ou mesmo indiretamente, ao agente político. Não se deve confundir a responsabilidade política com manobras de vingança política, intimidação, golpes, etc., que já caminhariam em direção ao autoritarismo, noção completamente avessa à lógica da responsabilização política em uma democracia.

Nesse sentido, é imprescindível a clareza sobre as razões que levaram à perda de confiança que enseja a responsabilidade política. A propósito, quanto à perda da confiança, observe-se que poderá ocorrer não só por parte de quem outorgou o voto via (novas) eleições, tampouco limitando-se à perda de confiança pessoal para a representação política, abrangendo também a confiança na legitimidade e na credibilidade da própria instituição. Enfim, sem a clareza sobre tais razões aqui mencionadas é que, sim, haveria arbitrariedade. O ponto será mais desenvolvido adiante.

A partir do que foi exposto até agora, é possível ver que a responsabilidade política cumpre uma dupla função: profilática, afastando políticos ruins ou que cometeram erros, e preventivo-integradora, restaurando a confiança no sistema (GARCÍA ARÁN, 2018, p. 54).

E é possível, ainda, traçar os elementos mais básicos que compõem o conceito de responsabilidade política: a) recai sobre os atores políticos; b) abrange o que ocorre em sua área de poder, ainda que não tenham participado pessoal e diretamente dos fatos; c) a responsabilidade sobre atos próprios ou alheios não depende de que as ações constituam crimes (ou sejam ilegais em sentido amplo), nem, em assim o sendo, de que haja condenação na esfera judicial; d) a responsabilidade política não se identifica com revanchismo político; e) a principal finalidade é o afastamento imediato do cargo e, de forma secundária, dependendo da gravidade do caso concreto, a responsabilidade pode implicar suspensão dos direitos políticos.

Ao longo do trabalho, serão acrescentados mais elementos, bem como algumas matizações e detalhes. De todo modo, para justificar a necessidade do conceito

neste momento, basta para a definição de responsabilidade política o entendimento de que consiste na imposição de sanções de natureza não jurídica, cujo fundamento resulta de um juízo negativo eminentemente baseado em um estado da opinião pública. Com isso, resta abarcada tanto a responsabilidade política difusa, cujo maior exemplo é a “reprovação eleitoral” já comentada, quanto a responsabilidade política institucional, isto é, a decidida pelo Parlamento, a partir de diversos mecanismos que serão estudados adiante.

6.3.2. O concurso de responsabilidades e a independência das instâncias jurídica (penal) e política

Por oportuno, deve-se enfatizar o que talvez seja o ponto mais importante sobre o tema: a responsabilidade política não implica, não pressupõe e não exclui a responsabilidade jurídica, seja penal, seja cível. As esferas jurídica e política caminham separadas, embora alguns pontos de interferência podem aparecer como problemáticos.

Como já se viu, as situações em que cabe falar de responsabilidade penal pressupõem a personalização, isto é, a atribuição de uma relação causal entre um fato e uma pessoa, e a tipicidade, consistente na expressa previsão da conduta em lei prévia que culmine a respectiva punição. Está baseada, portanto, na ideia de (i)legalidade e representa a expressão máxima do poder sancionatório do Estado.

Por seu turno, a responsabilidade política está sujeita a um juízo censório diferente do realizado na seara penal. As situações em que caberia exigir responsabilidade política são mais amplas do que as que ensejariam a responsabilidade jurídica, especialmente a penal. A tipicidade é aberta. Além de objetiva, a responsabilidade política pode incluir não só os atos próprios, mas também os alheios. Sua base não é a legalidade, mas sim a “conveniência” de sua atribuição.

Ocorre que com frequência os fatos que ensejam a responsabilidade política igualmente são tipificados como crime. Como a responsabilidade política não substitui a criminal, convém enfatizar que, nas hipóteses de prática de crimes, as instâncias processuais penais obviamente devem ser ativadas para a aplicação das respectivas penalidades, não havendo que se falar em “criminalização da política” para afastá-la.

Nessa situação de dupla tipicidade (ato indecoroso e crime), inclusive, cumpre fazer um alerta: a circunstância de o ato ainda ser objeto de investigação criminal não impede que se inicie o processo de responsabilidade política. O

enquadramento do ato em uma conduta típica não pode servir de “salvo-conduto” ao parlamentar. Em outras palavras, não haveria sentido em que o Poder Legislativo tivesse que esperar por uma decisão do Poder Judiciário para iniciar um processo de atribuição de responsabilidade política nessas situações. Entender o contrário seria confundir a esfera político-disciplinar do Parlamento com a persecução penal e privar a Casa Legislativa de atuar justamente nas situações mais graves: as condutas também tipificadas como crimes. Assim, está mais que justificado por que tais instâncias devem trabalhar separadamente.

O ponto problemático, no entanto, diz respeito às situações em que o julgamento proferido na instância penal deva prevalecer, fazendo coisa julgada, de modo a impedir que as demais autoridades tomem decisão em sentido contrário. Será que as mesmas regras de comunicabilidade das instâncias penal e cível-administrativa valem para a responsabilidade política? Antes de responder, faça-se uma breve digressão para recordar a disciplina estabelecida sobre o ponto no art. 935 do Código Civil¹⁸¹; os arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal¹⁸²; e do art. 126 da Lei n. 8.112/90¹⁸³.

Pelos dispositivos legais acima, ante uma condenação na esfera criminal, o juízo cível e a esfera administrativa não podem decidir de forma contrária quanto à existência do fato ou à autoria. A condenação criminal faz coisa julgada quanto a tais elementos (materialidade e autoria), de modo que fica proibido entendimento contrário para fins de análise da responsabilidade civil e disciplinar. Além disso, recorde-se que o próprio Código Penal, art. 92, inciso I, estabeleceu que a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (uma espécie de responsabilidade política) pode ser efeito da condenação penal, desde que devidamente motivado na sentença (parágrafo único do referido art. 92¹⁸⁴).

¹⁸¹ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”

¹⁸² “Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

¹⁸³ “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”

¹⁸⁴ “Art. 92 - São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

Por seu turno, nos casos de absolvição, deve-se perquirir sobre o fundamento utilizado na sentença, nos termos do art. 386 do Código de Processo Penal¹⁸⁵. Se a absolvição se baseia na inexistência de fato (inciso I), na negativa de autoria (inciso IV) ou na ocorrência de alguma das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade (inciso VI), a decisão penal também faz coisa julgada nas esferas cível e administrativa. Por outro lado, se a absolvição se dá por falta de tipicidade (inciso III) ou por falta de provas (incisos V e VII), a decisão penal não causará repercussão no âmbito civil e administrativo.

Vistas tais regras sobre a comunicabilidade da instância penal para o esvaziamento da ação cível *ex delicto*, bem como para impedir a eventual sanção disciplinar dos servidores públicos, pergunta-se: é adequado que as mesmas situações repercutam também na responsabilidade política? Adianta-se aqui a defesa de que não, embora se reconheça que o ponto não é consenso na teoria¹⁸⁶, nem na prática recente dos tribunais.

Como se acaba de comentar, nas hipóteses em que o parlamentar incide, pela mesma conduta, em ato indecoroso e crime, não é necessário esperar o julgamento criminal para a atribuição de responsabilidade política, pois se tratam de responsabilidades de natureza e objetivos diferentes. Essa mesma razão – qual seja, a especial natureza e objetivos da responsabilidade política –, entende-se aqui, justifica que a jurisdição penal não influencie, nem mesmo *ex post*, a punição disciplinar do parlamentar, porquanto não seja esta estritamente jurídica.

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996) (...)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

¹⁸⁵ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (...)”

¹⁸⁶ Discorda, por exemplo, BIM, 2006.

Existem ao menos mais duas razões que reforçam esse entendimento de absoluta incomunicabilidade entre as esferas nos casos de absolvição. Em primeiro lugar, o fato de que a responsabilização política a cargo do Poder Legislativo se dá no exercício de função legislativa típica de controle interno dos pares. Desse modo, admitir que a decisão judicial penal repercuta sobre a decisão legislativa disciplinar implicaria ofender o princípio da separação dos poderes, inscrito no art. 2º da Constituição de 1988¹⁸⁷. Em segundo lugar, a eventual possibilidade de uma revisão ou anulação da responsabilidade política, em função do advento de uma sentença penal, tiraria a força do mecanismo político para prevenir e punir desvios de conduta. Na verdade, seu próprio conteúdo ficaria esvaziado, se admitida tal relação com a esfera penal.

Sobre o ponto, afastando a eventual alegação de “injustiça” do agente político apeado do cargo e posteriormente absolvido no campo penal, Igor Sant’Anna Tamasauskas argumenta:

(...) a hipótese retratada – absolvição jurídica posterior de um indivíduo que fora condenado no plano político – poderia ser tratada como uma falha desse mesmo indivíduo em demonstrar o seu não envolvimento com o ato ilícito, ou, ao menos, a gravidade retratada pela acusação política. Esse hipotético indivíduo teria perdido seu mandato justamente por lhe carecer a confiança na continuidade do seu exercício, pela incompetência em se comunicar adequadamente. (TAMASAUSKAS, 2019, p. 68)

Assim, para o autor, a incapacidade de comunicar a inocência na “linguagem política” ou no campo político, especialmente quando este é separado do penal, justificaria a responsabilização, sem possibilidade de consideração dos efeitos penais da absolvição para fins de, posteriormente, devolver o mandato de quem foi “absolvido da prática de crime”.

Dito com outras palavras, precisamente em razão da natureza peculiar da responsabilidade política – que pode incidir inclusive em função de atos praticados por terceiros, subordinados ou não ao agente político, de forma objetiva, conforme um juízo de conveniência variável de acordo com o contexto – a decisão judicial penal não faz coisa julgada em relação à punição disciplinar do agente político. Negar tais aspectos equivale a esvaziar o conteúdo da responsabilidade política e identificá-la como mais

¹⁸⁷ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

uma espécie de responsabilidade jurídica, o que não é apropriado. Mais adiante, será comentado um caso em que o Poder Judiciário retirou os efeitos da cassação de um ex-senador em razão da ilicitude das provas que subsidiaram a acusação, o que aqui se considera completamente equivocado.

Ora, não há que se confundir a responsabilidade jurídica e a responsabilidade política. Até a linguagem política é diferente da jurídica. Do ponto de vista político, em um processo por quebra de decoro parlamentar, por exemplo, argumentações de defesa focadas em formalidades técnico-jurídicas (pedido de perícia de documentos, inversão da ordem de oitiva das testemunhas, etc.) só aumentam as suspeitas do acusado em torno do caso concreto. Nesse tipo de processo, desde uma ótica estratégica, tem muito mais êxito uma defesa com foco na trajetória pessoal honrada do parlamentar e na incitação de reflexões sobre o que é “decoro parlamentar” – ressignificando o termo ou para tentar forçar um erro de conduta – do que com base em quaisquer outros argumentos, sobretudo os de ordem formal ou procedimental.

Certas manobras jurídico-processuais, embora perfeitamente dentro da legalidade, têm pouca eficácia no que diz respeito à avaliação sobre o decoro parlamentar. Por vezes, os critérios de honradez não coincidem com os de legalidade (TEIXEIRA, 1996, p. 18). Por tudo isso, os efeitos dessa substituição da responsabilidade política pela penal – na linha do que vem sendo exposto nesta obra – tem consequências sumamente nocivas ao funcionamento das instituições democráticas.

Na prática, no entanto, tem-se verificado uma crescente busca de responsabilidade penal nas atividades políticas, utilizando as instâncias de investigação e processo penal como substitutas do Poder Legislativo. Chama-se especial atenção para a perda de operatividade da responsabilidade política, aqui considerada o instrumento mais adequado de responsabilização dos agentes políticos, porquanto pautada pelo critério de confiança que legitima não apenas o mandatário pelo exercício do cargo, mas também a própria instituição política.

Além disso, o normal funcionamento dos mecanismos de responsabilização política incentiva o engajamento político dos cidadãos e constitui barreira de contenção frente aos demais Poderes, especialmente o Poder Judiciário, que pode arvorar-se para corrigir eventuais disfuncionalidades.

6.3.3. A inexistência de recurso e a insindicabilidade da responsabilidade política

Com base no explicado na subseção anterior, tem-se que a responsabilidade política não se confunde, não absorve, nem é absorvida pela responsabilidade penal. A assunção dessa premissa traz uma importante consequência: a impossibilidade de controle judicial quanto ao mérito da punição disciplinar imposta ao agente político por parte do Poder Legislativo. A decisão do Parlamento é soberana no ponto. A tipicidade aberta da “quebra de decoro parlamentar” conduz a uma inevitável atividade valorativa da conduta, em cada situação concreta, para fins de responsabilização.

O caráter marcadamente discricionário da atribuição da responsabilidade política é incompatível com a sindicabilidade judicial, ressalvados, obviamente, o conhecimento das impugnações de ordem formal do processo de responsabilização política. Em favor desse entendimento, invocam-se, novamente, a natureza político-disciplinar da atuação do Poder Legislativo – e ninguém melhor do que cada Casa Legislativa para decidir sobre a consideração de “atos indecorosos” ao próprio Parlamento – e o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88).

Assim, não caberia ao Poder Judiciário reexaminar a tipicidade da conduta parlamentar punida, é dizer, discutir o enquadramento dos fatos à qualificação normativa. A única exceção imaginável seria a situação lembrada por Eduardo Fortunato Bim: um caso de manifesto abuso quanto ao conteúdo semântico mínimo da expressão “decoro parlamentar” (BIM, 2006, p. 79). Embora não dê exemplos concretos da situação, o autor entende que, para se considerar um ato como indecoroso, é necessário cumprir dois requisitos: o ato tem que ser imoral e, cumulativamente, ofender a dignidade do Parlamento.

Por seu turno, tampouco seria admissível o controle da proporcionalidade da pena político-disciplinar aplicada pelo Poder Legislativo, justamente porque tal juízo envolve análise de mérito. Nada obstante, não custa registrar que existem decisões do STF, reputando “desproporcionais” a atribuição de penalidades em abstrato, em razão de se tratarem de crimes de “mera conduta”, os quais não poderiam ser equiparados a crimes considerados mais graves¹⁸⁸. Tais decisões judiciais eventualmente poderiam ser

¹⁸⁸ É o caso, por exemplo, da ADI n. 3112, que considerou inconstitucionais as previsões da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) que proibiam o estabelecimento de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”, dado se tratarem de crimes de “mera conduta” (pero abstrato), que não poderiam ser equiparados aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. Para o STF, houve ofensa ao princípio da razoabilidade. Já ao julgar o RE n. 583.523, o STF entendeu inconstitucional, por proteção deficiente do bem jurídico, o art. 25 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), que punia a “posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto” somente quanto às pessoas descritas no tipo “vadio ou mendigo, ou reincidente em crime de furto ou roubo, ou sujeito à liberdade vigiada”.

suscitadas em uma situação remota de excesso de reprovabilidade, em que a dosimetria restou evidentemente “descalibrada” ante a carga axiológica dos fatos. No entanto, essas situações são exceção, a regra é vedar o controle judicial sobre o “padrão punitivo-disciplinar”.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes também entende que

(...) por tratar-se de ato disciplinar de competência privativa da Casa Legislativa respectiva, não competirá ao Poder Judiciário decidir sobre a tipicidade da conduta do parlamentar nas previsões regimentais caracterizadoras da falta de decoro parlamentar ou mesmo sobre o acerto da decisão, pois tal atitude consistiria em indevida ingerência em competência exclusiva de órgão do Poder Legislativo, atribuída diretamente pela Constituição Federal (CF, art. 55, §§ 1º e 2º), sem previsão de qualquer recurso de mérito. (MORAES, 2005, p. 420)

Com isso, pode-se rejeitar as posições que defendem a revisão judicial (como GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983), ainda que com limites (como BIM, 2006).

Vale registrar que essa também tem sido a posição prevalecente do STF, como, por exemplo, no MS n. 28.213, no qual o Ministro Joaquim Barbosa expressamente afirma para não conhecê-lo: “(...) é firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que questões atinentes exclusivamente à interpretação e à aplicação dos regimentos das casas legislativas constituem matéria interna corporis, da alçada exclusiva da respectiva casa” (BRASIL, 2009a). O fundamento dos atos *interna corporis*, obviamente, não se presta para respaldar a prática de arbitrariedades, o que também já foi reconhecido pelo STF no julgamento do MS n. 24.082, no qual o Ministro Celso de Melo afirma:

A separação de poderes - consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional - não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de protesto contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado. (BRASIL, 2001)

Embora em tese se admita o controle dos atos praticados no âmbito do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar – CEDP, na prática o *writ* acaba tendo seguimento negado, confirmando-se as decisões tomadas na seara parlamentar. Foi o que aconteceu, por exemplo, no MS n. 28.010, relatado pela Ministra Carmen Lúcia:

9. Ademais, de se realçar que o Impetrante não demonstra, nem ao menos de forma incipiente, existência de fundamento constitucional que lhe viesse a garantir direito subjetivo de permanência na relatoria da Subcomissão mencionada, não se prestando, para tanto, a alegada violação ao princípio da legalidade, já que – expressamente – ele mesmo afirma ser referente a questões regimentais.

10. Tampouco cabe discutir se o Impetrante teria ou não adiantado seu parecer ao Processo Disciplinar n. 9/2009, fato que sugere ter motivado a sua destituição da relatoria, pois o revolvimento dessa matéria demandaria dilação probatória, o que – como acima anotado - não é admitido em mandado de segurança. (BRASIL, 2009b)

No entanto, convém registrar no MS n. 26.900, o STF superou o entendimento que impede o exame de atos *interna corporis*. No caso concreto, considerando que a decisão do Parlamento sobre a perda do mandato do então Presidente do Senado Federal (e, portanto, do Congresso Nacional) seria por votação secreta, a sessão deliberativa extraordinária contaria apenas com os Senadores e os servidores necessários ao andamento dos trabalhos, conforme a previsão das normas regimentais. Nada obstante, os impetrantes (deputados federais) alegaram ofensa ao princípio da publicidade e sustentaram ter legítimo interesse no desfecho da sessão, o que foi acolhido. À época, o Ministro Eros Grau considerou superado o óbice regimental e concedeu o pedido liminar para que todos os parlamentares comparecessem à sessão.

6.3.4. *As condutas indecorosas e a exigência de contemporaneidade*

Como dito, em princípio, os atos que ensejam a responsabilidade política dizem respeito ao exercício do cargo político. Mas não só. Em um sentido mais amplo, é possível a referência à responsabilidade política com relação a fatos ou ações, inclusive de índole privada, que a rigor não teriam a ver diretamente com a atuação

política, mas acabam se tornando relevantes porque geram a mesma perda de credibilidade que fundamenta a responsabilidade política.

Mercedes García Arán (2018, p. 64) enumera três situações que se encaixam nessa hipótese, ensejando a responsabilidade política por fatos que não se relacionam ao próprio cargo ou por exercício inadequado deste:

1) atos alheios ao exercício do cargo, mas reprováveis juridicamente, sejam ou não crime. Como exemplo, a autora menciona a titularidade de conta corrente em um paraíso fiscal;

2) atividades privadas não constitutivas de ilícito algum, mas reprováveis eticamente, por ferir a credibilidade do indivíduo em questão. Como exemplo, aqui poderiam ser mencionadas as seguintes condutas: dar carona em avião oficial a amigos, parentes ou pessoas estranhas ao funcionalismo público, sem razão que justifique a viagem¹⁸⁹; usar emprestado avião de empresários, particulares, sendo o caso agravado se se trata de alguém envolvido em atividades ilícitas¹⁹⁰;

3) fatos privados, pertencentes ao núcleo central da privacidade ou intimidade – a autora cita como exemplos: infidelidade matrimonial¹⁹¹, orientação sexual, submissão a intervenções cirúrgicas para aborto, mudança de sexo, etc. É prudente matizar este ponto, já que alguns episódios dessa ordem são irrelevantes para a responsabilização política. Para esses fins, os atos precisam ser incoerentes com a posição política sustentada pelo agente, como no caso de alguém que se manifesta contra o aborto e se revela que praticou ou

¹⁸⁹ Recorde-se, por exemplo, o episódio em que a ex-Advogada Geral da União Grace Mendonça levou o marido e amigas em avião da FAB para a Europa. Embora o Decreto n. 4.244, que disciplina o uso dos aviões oficiais, não vede expressamente a hipótese, o caso ensejou o debate do ponto de vista ético. Ao final, a Comissão de Ética da Presidência da República decidiu, por maioria, arquivar o caso. Para detalhes: DANTAS, Cláudio. AGU voa para Itália, França e Alemanha em jato da FAB. **O Antagonista**, 12/11/18. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/agu-voa-para-italia-franca-e-alemanha-em-jato-da-fab/>. Acesso em 27 jul. 2019; COELHO, Gabriela. Comissão de Ética não vê irregularidades em viagem de ex-AGU no avião da FAB. **Conjur**, 29/01/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/comissao-etica-nao-ve-irregularidades-viagem-ex-agu>. Acesso em: 27 jul. 2019.

¹⁹⁰ Aqui, recorde-se de quando vieram à tona as caronas de políticos em jatinhos particulares, como o ex-Vice-Presidente da República, Michel Temer, que viajou no avião de Joesley Batista, dono da JBS. Para detalhes: Exclusivo: Temer viajou com Marcela no jatinho de Joesley, **O Antagonista**, 06/06/2017. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/exclusivo-temer-viajou-com-marcela-no-jatinho-de-joesley/>. Acesso em: 27 jul. 2019.

¹⁹¹ Para ilustrar, recorde-se de revelações da imprensa sobre um suposto caso extramatrimonial entre o Presidente Lula com e a ex-chefe do escritório da Presidência da República em São Paulo, Rosemary Noronha. À época em que veio à tona, o envolvimento foi noticiado em diversos veículos de comunicações.

facilitou a prática na vida privada, ou quem faz declarações homofóbicas e vem à tona que é homossexual.

4) fatos ocorridos próximos ao cargo do responsável (em relação a subordinados, por exemplo), sem que exista clara vinculação ao exercício do cargo, embora maculem a confiança depositada no agente político (ainda que por culpa de outrem).

Nesses termos, existe o risco de que a responsabilidade política alcance “quase tudo” e, em consequência, não signifique nada. Precisamente para coibir essa possibilidade, é necessária uma atuação efetiva por parte dos órgãos julgadores, de modo a que as decisões em cada caso concreto pouco a pouco definam os contornos mais concretos sobre as condutas indecorosas e forneçam os parâmetros para futuras decisões, sempre em atenção aos fatores conjunturais, tão importantes para o juízo político.

Com isso, é natural que o passar do tempo implique modificações e oscilações sobre o juízo de reprovabilidade do comportamento parlamentar: condutas antes tidas como legítimas podem passar a serem consideradas como reprováveis e vice-versa. É o que se observa, por exemplo, em relação às “caronas” em aviões de terceiros, que se enquadram na primeira situação, ou da pressão em favor da liberação de emendas parlamentares em troca de votação favorável ao governo, que vem deixando de ser considerada prática espúria, na medida em que o orçamento impositivo prevê a execução obrigatória dessas emendas (a barganha se limita ao momento do pagamento).

No que diz respeito ao alcance temporal da responsabilidade política, questão interessante é a discussão sobre a exigência de uma contemporaneidade entre os atos praticados e a legislatura. A Resolução do Senado Federal n. 20, de 1993, art. 14, § 1º, inciso III, estabeleceu tal exigência, ao permitir o arquivamento preliminar quando a representação versar sobre fatos referentes a período anterior ao mandato, exceto quanto a alguns atos praticados após a diplomação¹⁹². A limitação estabelecida no Código de

¹⁹² “Art. 14. (...) § 1º Apresentada a representação, o Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar procederá ao exame preliminar de sua admissão no prazo de 5 (cinco) dias úteis, determinando o seu arquivamento nos seguintes casos: (...)

III – se, ressalvados os casos previstos no inciso I do art. 3º desta Resolução, os fatos relatados forem referentes a período anterior ao mandato ou se forem manifestamente improcedentes.”.

Pelo art. 3º, inciso I: “Art. 3º É expressamente vedado ao Senador:

I – desde a expedição do diploma:

Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal equivale uma espécie de “prescrição” cuja consequência é deixar de fora da quebra de decoro parlamentar atos graves, por uma simples questão temporal¹⁹³. O argumento de suporte seria o afastamento de uma pretensa “responsabilização perpétua”. No entanto, além de questionável, a previsão de limitação à legislatura corrente acaba funcionando mais como “jurisprudência defensiva” para rejeição liminar, por falta dos pressupostos de admissibilidade, de representação junto ao CEDP do Senado Federal.

De fato, não faria sentido entender que a Casa Legislativa estaria proibida de levar adiante a responsabilização por um ato indecoroso por uma simples razão cronológica, pelo fato de que ocorreu em legislatura passada, quando o parlamentar atuava junto a outra esfera da federação ou quando o agente político ainda não ocupava nenhum cargo. Ora, se a dignidade do Parlamento fica maculada de modo permanente, nada obsta a que se leve adiante um processo disciplinar do congressista, por atos anteriores ao atual mandato, e mesmo que a prática tenha se dado fora da condição de parlamentar.

Isso porque a cronologia que conta não é a dos fatos, mas sim a da repercussão e do abalo na confiança. A contemporaneidade exigida no momento do exercício do mandato, portanto, é a do abalo, o qual pode ser causado por um evento passado que somente veio à tona tempos depois. Sob essa ótica, apenas não caberia responsabilidade política no caso de o fato já ser público e notório à época da campanha eleitoral (em um exemplo hipotético, uma condenação criminal com pena já cumprida, e a informação conhecida por todos), e mesmo assim o parlamentar foi eleito.

Nas palavras de Eduardo Fortunato Bim, para quem “[a] eleição não é uma borracha que expia os pecados do passado ou a sua potencialidade lesiva à imagem do parlamento” (BIM, 2006, p. 82). Nesse sentido, de forma correta, assim também entendeu o STF no MS n. 23.388, embora se trate de cassação no âmbito da Câmara dos Deputados.

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que seja demissível ad nutum, nas entidades constantes da alínea anterior;”.

¹⁹³ À luz da contemporaneidade em comento prevista no Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado, por exemplo, o Senador Flávio Bolsonaro, não poderia ser punido no âmbito do CEDP pelos fatos que lhe vêm sendo atribuídos durante o mandato na qualidade de Deputado Estadual na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Como se vê, a previsão regimental não se sustenta.

6.3.5. *O que conta como prova e a influência do “jurídico” na responsabilidade política*

Ainda sobre as peculiaridades da responsabilidade política, é necessário avançar nos detalhes sobre o tratamento diferenciado que lhe deve ser dado, sobretudo em função do seu caráter imediato. Sobre o ponto, insista-se no que já foi afirmado: um dos principais objetivos da responsabilidade política é confirmar o sistema democrático, afastando um acusado pelos “prejuízos maiores” que causa às instituições. A celeridade, assim, parece ser inerente à ideia de uma resposta política e essa é justamente uma das razões por que não se pode esperar pela “prova judicial”.

Com isso, tem-se que, para a responsabilização política, o *standard* probatório é menos exigente. Embora seja possível defender a existência da presunção de inocência, definitivamente a superação dessa presunção não precisa seguir um *standard* probatório elevado, indo além da dúvida razoável, nem há que se falar na aplicação do princípio *in dubio pro reu* para fins de (não) atribuição de uma responsabilização política.

Para a responsabilização política, basta que se tenha estabelecido uma convicção generalizada sobre a verossimilhança de determinados fatos, os quais tenham implicado na perda da confiança no responsável político, reputando-se necessário o afastamento do cargo como forma de restaurar a confiança no funcionamento do sistema democrático. Para Mercedes García Arán, por exemplo, não é necessário o estabelecimento de uma “verdade processual”, já que sequer é preciso culpabilidade (GARCÍA ARÁN, 2018, p. 77).

Inclusive, em conjunto com a tipicidade aberta, a dispensa de convencimento sobre a culpabilidade é o grande elemento que distingue a responsabilidade política da penal. Na responsabilidade política, basta que se tenha formado uma convicção suficiente sobre a ocorrência de determinados fatos que justifiquem o afastamento do responsável do cargo como medida apta a restaurar a confiança no funcionamento do sistema.

Nesse contexto, é a opinião pública que parece funcionar como o termômetro para a consideração do que é verossímil. O papel da imprensa assume destacável relevo, inclusive quando envolve o vazamento de informações sigilosas e mesmo de interceptação ilegal de comunicações. Tais situações claramente não

constituiriam a considerada “prova lícita”, válida para fins penais – dado que produzidas em violação a direitos fundamentais –, mas sim se prestam à responsabilização política.

Outro exemplo envolvendo provas de duvidosa licitude diz respeito aos diversos processos de cassação por quebra de decoro parlamentar abertos no início dos anos 90, logo após a CPI do Orçamento, a partir dos documentos nela produzidos. Entre as provas “emprestadas”, constava o produto da quebra do sigilo bancário de deputado com o objetivo de demonstrar enriquecimento ilícito e variação patrimonial em suas contas pessoais.

Vale salientar, no entanto, a previsão da Resolução da Câmara dos Deputados n. 25, de 2001, art. 5º, parágrafo único, pela qual as condutas puníveis só serão objeto de apreciação mediante “provas”. Mais adiante, o art. 7º, § 4º, estabelece a necessidade de que a representação seja acompanhada de “prova inequívoca” da verossimilhança da acusação. Ocorre que não está bem definido nas normas disciplinares o que se entende e o que contaria como prova, não se exigindo, no caso, a correspondência com o conceito e os limites da prova nas esferas administrativa e judicial.

Inclusive, durante o I Encontro Nacional sobre Ética e Decoro Parlamentar, ocorrido em dezembro de 2003, foram proferidas as seguintes palavras enfatizando o fato de “(...) o Conselho de Ética só poder aceitar denúncia mediante prova. O fato já deve estar provado. Indícios não são aceitos. Se não houver prova, não pode haver aceitação da denúncia. Isso cria várias dificuldades” (ENCONTRO, 2004, pp. 46-47). Ora, como sabido, até mesmo o processo penal admite indícios, conforme expressa previsão do art. 239 do Código de Processo Penal¹⁹⁴, autorizando diversas medidas com base na existência deles, como a decisão de pronúncia (art. 413¹⁹⁵), a decretação de sequestro (art. 126¹⁹⁶), hipoteca (art. 134¹⁹⁷) e, até 2011, para a decretação de prisão

¹⁹⁴ “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

¹⁹⁵ “Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (...)”

¹⁹⁶ “Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.”

¹⁹⁷ “Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.”

preventiva. Há, como se vê, uma compreensão equivocada sobre o papel do CEDP. O ponto será retomado mais adiante na subseção 5.3.

Diferentemente do que acontece com a responsabilidade jurídica, especialmente a penal – que deve estar calcada em fatos –, para a responsabilidade política, é infinitamente menor o peso dos fatos. Não precisa existir o conhecimento completo sobre eles. Exigi-lo seria incompatível com a função simbólica inerente à responsabilidade política, para o que também é preferível que a sua aplicação se dê no prazo mais próximo possível ao da ocorrência dos fatos ou de sua repercussão atual. Como já dito, esperar a avaliação judicial equivale a esvaziar o conteúdo da responsabilidade política, convertendo-a em jurídica. Como sabido, o tempo da política não é o mesmo do Direito.

Como bem aponta Mercedes García Arán, essa radical discrepância quanto às exigências probatórias pode causar alguma perplexidade, mas não deve se prestar à “judicialização” forçada para resolver problemas políticos, nem promover uma mudança nas regras de prova no processo penal, pois isso traria consequências nefastas para os cidadãos (GARCÍA ARÁN, 2018, p. 79).

Na verdade, é justamente tal flexibilidade sobre o que conta como prova para fins de responsabilização política que confere potencialidade a esse instrumento para resgatar o prestígio das instituições democráticas. Ao apresentar esse elemento de imediatidade, a responsabilidade política muitas vezes será o bastante para fazer cessar crises de confiança e paralisia na governabilidade.

Relacionado a esse ponto, outro elemento importante da responsabilidade política é a informalidade procedimental. Estão garantidos, obviamente, o contraditório e a ampla defesa, como partes da garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LV). Diferentemente de um processo judicial, no entanto, não se exige a atuação por intermédio de advogado¹⁹⁸, os prazos são abreviados, não há recurso com efeito suspensivo¹⁹⁹, tampouco a garantia de um juiz natural nos termos do art. 5º, inciso

¹⁹⁸ Trata-se de uma faculdade conferida pelo art. 15 da Resolução da Câmara dos Deputados n. 35, de 2001 (“*É facultado ao deputado, em qualquer caso, constituir advogado para sua defesa, ou fazê-la pessoalmente, em todas as fases do processo, inclusive no Plenário da Câmara dos Deputados.*”), também prevista no art. 16 da Resolução do Senado Federal n. 20, de 1993 (“*É facultado ao Senador, em qualquer caso, constituir advogado para sua defesa, a este assegurado atuar em todas as fases do processo.*”).

¹⁹⁹ Inclusive, no Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, o recurso previsto é tão somente para a hipótese de arquivamento, nos termos do art. 17, § 3º: “*Da decisão que determine o arquivamento da denúncia caberá recurso ao Plenário do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, subscrito por, no mínimo, 5 (cinco) de seus membros, no prazo de 2 (dois) dias úteis contados de sua publicação, que se dará impreterivelmente no Diário do Senado Federal do dia subsequente.*”. Já no

XXXVII, da Constituição, nem de juiz imparcial²⁰⁰, inexistindo previsão de casos de impedimento ou suspeição. Além disso, a deliberação não necessariamente é pública, podendo se dar por votação secreta²⁰¹.

6.4. A responsabilidade política na Constituição de 1988 e no ordenamento brasileiro

Conforme a Constituição da República de 1988, o Poder Legislativo tem competência para apreciar a responsabilidade política em, essencialmente, três tipos de situações: a) convocação de autoridades públicas (art. 50 da CF/88); b) controle ético-disciplinar dos próprios parlamentares (art. 55 da CF/88); e c) o julgamento dos crimes de responsabilidade – *impeachment* – cometidos pelo Presidente da República (*impeachment*), nos termos do art. 86 c/c art. 52, inciso I, primeira parte, ambos da CF/88, bem como pelo Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (art. 52, inciso I, segunda parte, e inciso II, da CF/88).

processo da Câmara dos Deputados, há dois tipos de recurso: o quanto às decisões sobre questões de ordem, ao Presidente (art. 19); e o quanto às decisões do CEDP, à Comissão de Constituição e Justiça (art. 20).

²⁰⁰ Sobre o ponto, convém registrar que o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados prevê que o relator e os membros da subcomissão eventualmente convocada para apurações não serão do mesmo partido político ou do mesmo Estado da federação do representado, conforme a previsão do art. 7º, § 1º, da Resolução n. 25, de 2001 (“*Na designação do relator ou dos três membros a que se refere o inciso II do caput deste artigo, o presidente do Conselho procederá à escolha observando que o deputado escolhido não seja da mesma sigla partidária ou do Estado do representado, nem que já lhe tenha sido distribuído outro processo em curso*”). Como se vê, não há garantia de que o relator seja designado via sorteio, nem que venha a ser justamente do mesmo partido do representante, se for outro parlamentar, por exemplo. Já no Senado Federal, a observância de tal critério de designação está sujeita à reserva do possível, nos termos da Resolução n. 20, de 1993, art. 15, inciso III: “*Art. 15. Admitida a representação, o Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar determinará as seguintes providências: (...) designação de relator, mediante sorteio, a ser realizado em até 3 (três) dias úteis, entre os membros do Conselho, sempre que possível, não filiados ao partido político representante ou ao partido político do representado.*”.

²⁰¹ É o caso da aplicação da penalidade de perda temporária do mandato, conforme o art. 12 da Resolução do Senado Federal n. 25, de 2001: “*A sanção de que trata o art. 10 será decidida pelo Plenário, em escrutínio secreto e por maioria simples, mediante provocação da Mesa, do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar ou de partido político representado no Congresso Nacional, na forma prevista nos arts. 14 e 15, excetuada a hipótese do parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. Quando se tratar de infração ao inciso V do art. 10, a sanção será aplicada, de ofício, pela Mesa, resguardado, em qualquer caso, o princípio da ampla defesa.*”. O art. 10, inciso V, por seu turno, trata da falta, sem motivo justificado, a dez sessões ordinárias consecutivas ou a quarenta e cinco intercaladas, dentro da sessão legislativa ordinária ou extraordinária.

Além dessas formas tradicionais de verificação da responsabilidade política, ao final, foram agrupadas outras possibilidades de controle.

6.4.1. A convocação de autoridades públicas

De acordo com o art. 50 da Constituição, quaisquer das Casas Legislativas ou suas comissões podem convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada²⁰². A aceitação do que conta ou não como justificção adequada fica a juízo do órgão que efetuou a convocação.

Entende-se que a previsão é uma modalidade de atribuição de responsabilidade política, na medida em que o eventual mau desempenho da autoridade convocada pode desencadear fortes pressões para a sua demissão. Aqui, o Parlamento não aplica uma sanção direta, mas de forma indireta – a partir das perguntas que revelem a inaptidão para o cargo –, fazendo com que a autoridade seja desligada por seu superior ou ela se desligue do cargo²⁰³.

A Câmara dos Deputados disciplinou o comparecimento de Ministro de Estado a partir do art. 219 de seu Regimento Interno. Embora não mencione expressamente, entende-se que a disciplina é igualmente aplicável às demais autoridades públicas.

O requerimento para comparecimento de Ministro deve ser apresentado por escrito e submetido à deliberação do Plenário da Casa ou da Comissão, neste último caso exigindo-se a pertinência temática entre as atribuições específicas da Comissão e o

²⁰² Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada. (*Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994*)

§ 1º Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

§ 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. (*Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994*)

²⁰³ Apenas para ilustrar um exemplo bastante noticiado à época, mencione o então Ministro da Educação Cid Gomes, que foi demitido em 18 de março de 2015, no início do governo Dilma, precisamente após o comparecimento à Câmara dos Deputados, quando proferiu declarações destemperadas e se desentendeu com deputados presentes no dia (confira-se: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/03/cid-gomes-deixa-cargo-de-ministro-da-educacao-apos-acusar-deputados.html>).

assunto sobre o qual o Ministro prestará informações (art. 117, inciso II, art. 24, inciso IV, e art. 55, todos do RI).

De acordo com o art. 19, § 2º, do referido artigo, a convocação do Ministro de Estado deve ser comunicada mediante ofício do Primeiro-Secretário ou do Presidente da Comissão, que definirá o local, dia e hora da sessão ou reunião a que deva comparecer, com a indicação das informações pretendidas. O dispositivo prevê, em conformidade com o texto constitucional, que a ausência sem justificativa adequada, aceita pela Casa ou pelo colegiado, importa crime de responsabilidade.

Na hipótese de convocação, o Ministro encaminhará ao Presidente da Câmara ou da Comissão, até a sessão da véspera da sua presença na Casa, sumário da matéria de que virá tratar, para distribuição aos Deputados (art. 221, *caput*).

O Ministro de Estado terá assento na primeira bancada, até o momento de ocupar a tribuna, ficando subordinado às normas estabelecidas para o uso da palavra pelos Deputados; perante Comissão, ocupará o lugar à direita do Presidente (art. 220, § 1º).

Ao início do Grande Expediente, ou da Ordem do Dia, o Ministro poderá falar até trinta minutos, prorrogáveis por mais quinze, pelo Plenário da Casa ou da Comissão, só podendo ser aparteado durante a prorrogação. Encerrada a exposição do Ministro, os Deputados que se inscreveram previamente poderão formular interpelações no prazo de cinco minutos. O Ministro disporá do mesmo prazo de resposta, sendo permitidas a réplica e a tréplica, pelo prazo de três minutos, improrrogáveis. Após o término dos debates, os líderes podem usar da palavra por cinco minutos, sem apartes (art. 221, §§ 1º a 5º).

O comparecimento espontâneo recebeu um tratamento sutilmente diferente: o Ministro poderá falar até quarenta minutos, podendo o prazo ser prorrogado por mais vinte minutos, por deliberação do Plenário, só sendo permitidos apartes durante a prorrogação. Findo o discurso, o Presidente concederá a palavra aos Deputados, ou aos membros da Comissão, respeitada a ordem de inscrição, para, no prazo de três minutos, cada um, formular suas considerações ou pedidos de esclarecimentos, dispondo o Ministro do mesmo tempo para a resposta, permitidas a réplica e tréplica, pelo prazo de três minutos, improrrogáveis (art. 222).

Pelo art. 223, na eventualidade de não ser atendida convocação feita de acordo com o art. 50, *caput*, da Constituição Federal, o Presidente da Câmara promoverá a instauração do procedimento legal cabível.

No Senado Federal, a disciplina do comparecimento consta dos arts. 397 a 400 do seu Regimento Interno.

6.4.2. *A responsabilidade política dos parlamentares* (por quebra do decoro parlamentar)

O art. 55 da Constituição da República de 1988 traz as hipóteses pelas quais, mediante um juízo estritamente político, um parlamentar pode perder o mandato. O texto constitucional diferenciou dois tipos de situações de perda do mandato: a cassação e a extinção. A cassação ficou reservada para as hipóteses dos incisos I (infração às disposições do art. 54 da Constituição), inciso II (quebra de decoro parlamentar) e inciso VI (condenação criminal em sentença transitada em julgado). Nessas situações, a cassação funciona como uma sanção disciplinar, aplicada por votação da maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa a que pertence o parlamentar, a partir da provocação da Mesa respectiva ou de partido político, assegurando-se a ampla defesa, ante o cometimento de uma “falta”, por parte do parlamentar (art. 55, § 2º). Desde a EC n. 76/2013, retirou-se a previsão constitucional do art. 55, § 2º, de que a decisão se daria por “voto secreto”.

Por seu turno, a extinção do mandato é aplicada nas hipóteses dos incisos III (falta a um terço das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, em cada sessão legislativa, salvo licença ou missão por esta autorizada), inciso IV (perda ou suspensão dos direitos políticos) e inciso V (determinação da Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição). Nessas situações, não há votação, mas simples declaração, por parte da Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer dos seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (art. 55, § 3º).

Esclarecida a diferença entre cassação e perda do mandato, interessa aos fins deste trabalho o foco no processo encartado no art. 55, inciso II, da Constituição. Assim, doravante as análises se centram na dinâmica dos processos de quebra de decoro parlamentar, que representa o coração da responsabilização política dos parlamentares.

6.4.2.1. O conceito de decoro parlamentar

Antes de tudo, reforce-se que o ato indecoroso não precisa constituir crime. Como já assinalado, essa é uma das razões da existência de dois tipos de responsabilidade, sendo a política diferente da jurídico-penal. Considerando a centralidade da noção de “decoro parlamentar” para o julgamento político respectivo, é necessário dedicar algumas palavras a esse conceito.

A palavra “decoro” vem do latim *decorum*, que significa “decência” ou “algo que convém”, a sugerir uma relação de adequação entre o fato e a circunstância de quem age (ARAGÃO, 2007, p. 125). Miguel Reale adiciona que a “conveniência” do comportamento é tanto em relação a si mesmo, quanto em relação aos demais e enfatiza que se trata de “*uma virtude relativa ao status do agente*” (REALE, 2011, p. 309).

Assim, a expressão “decoro parlamentar” usada na Constituição remonta a um comportamento coerente com as responsabilidades inerentes ao mandato e à Casa Legislativa de que faz parte, à sociedade e ao Estado.

Nesses termos, a quebra do decoro parlamentar supõe atitudes passíveis de desacreditar e afetar a dignidade do Poder Legislativo (ARAGÃO, 2007, p. 126). Com isso já se reduz significativamente a margem de subjetivismo ao redor da noção de “procedimento incompatível com o decoro parlamentar”. Há um duplo eixo de significação: o primeiro, o dos comportamentos impróprios; e o segundo, o da respectiva repercussão junto à honra e dignidade dos pares e na imagem do Parlamento.

Nesse mesmo sentido, convém recuperar as lições de Miguel Reale, que, embora escritas em 1969, permanecem atuais:

No fundo, falta de decoro parlamentar é falta de decência no comportamento pessoal, capaz de desmerecer a Casa dos representantes (incontinência de conduta, embriaguez, etc.) e falta de respeito à dignidade do Poder Legislativo, de modo a expô-lo a críticas infundadas, injustas e irremediáveis, de forma inconveniente.

Este último ponto me parece essencial, pois é só graças ao seu rigoroso exame que se poderá preservar o decoro parlamentar, sem ofensa do direito, ou melhor, do dever de crítica e de fiscalização que cabe ao deputado, com relação tanto aos atos externos com aos internos à Assembleia dos representantes do povo.

Para que uma crítica, movida por um deputado a decisões ou procedimentos internos da Câmara, possa ser considerada indecorosa não bastam opiniões puramente subjetivas de seus pares, pois podem elas ser frutos de melindres ofendidos ou ser meras expressões de contrastes pessoais ou ideológicos,

devendo, por conseguinte, ser comprovada a existência de um complexo congruente de *elementos objetivos*, suscetíveis de ser verificados por um observador imparcial, a saber:

- a) *existência de dolo*, isto é, de manifesto propósito de denegrir a instituição legislativa ou outro órgão do Estado merecedor de respeito;
- b) *gratuidade da crítica*, isto é, total ausência de fundamento para legitimar o juízo formulado, bastando para legitimá-lo a simples ocorrência de indícios quanto à inconveniência ou à irregularidade do ato impugnado;
- c) *agressividade dispensável*, com descortesia incompatível com o alegado objetivo de defesa do bem público.

Se esses três requisitos não emergem da crítica feita, de maneira objetiva e irretorquível, não há como falar em falta de decoro parlamentar, pois o que existe é apenas o *exercício normal de um poder-dever inerente ao mandato político*, muito embora possa produzir efeitos considerados ásperos e injustos pelos demais legisladores atingidos. (REALE, 2011, pp. 310-311)²⁰⁴

A discussão sobre a quebra de decoro parlamentar rende numerosas reflexões, especialmente frente à garantia da imunidade dos parlamentares insculpida no art. 53 da Constituição, pelo qual os parlamentares são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Inclusive, o próprio art. 55, § 1º, da CF/88, definiu que, além da percepção de vantagens indevidas, o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas a membro do Congresso Nacional é incompatível com o decoro parlamentar. Assim, a noção de decoro parlamentar funciona como importante limitador da imunidade parlamentar, necessário para conter determinados destemperos verbais.

6.4.2.2. Sobre o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar (CEDP)

Esclarecidos os contornos conceituais da quebra de decoro parlamentar, passa-se a comentar sobre o órgão encarregado do seu julgamento: o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar (CEDP), que curiosamente não conta com expressa previsão no texto constitucional. No Senado Federal, foi criado pela Resolução n. 20, de 1993. Na Câmara dos Deputados, foi criado somente pela Resolução n. 25, de 2001.

²⁰⁴ REALE, Miguel. Decoro parlamentar e cassação de mandato. Liberdade do deputado no exercício de seu múnus político. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. vol. 4. São Paulo: Editora RT, 2011, pp. 307-316.

Na Câmara dos Deputados, o CEDP é formado por 21 membros titulares e 21 suplentes, todos com mandato de 2 (dois) anos, com exercício até a posse dos novos integrantes, salvo na última sessão legislativa da legislatura, cujo encerramento fará cessar os mandatos no Conselho (art. 7º da Resolução n. 25, de 2001).

No Senado Federal, o CEDP é formado por 15 membros titulares e 15 suplentes, com mandato de dois anos, obedecido o princípio da proporcionalidade partidária e o rodízio entre partidos políticos ou blocos parlamentares não representados (art. 23 da Resolução n. 20, de 1993). Os membros são indicados pelos líderes partidários, que submetem os nomes à Mesa (art. 23, § 1º). O Presidente é eleito entre os membros do colegiado. Não há impedimento a que o Presidente seja reeleito²⁰⁵.

Na prática, entretanto, pode-se dizer que são 16 membros no caso do Senado Federal. Isso porque, deve ser somado aos 15 membros o Corregedor do Senado, que, de acordo com o art. 25 da Resolução n. 20, de 1993, participará das deliberações do CEDP, com direito a voz e voto, competindo-lhe promover as diligências de sua alçada, necessárias aos esclarecimentos dos fatos investigados.

Na Câmara dos Deputados, diferentemente, o art. 9º, § 4º, da Resolução n. 25, de 2001, prevê apenas que o Corregedor da Câmara dos Deputados poderá participar de todas as fases do processo no CEDP, inclusive das discussões, mas sem direito a voto.

A figura do Corregedor merece um pequeno parêntese. No caso do Senado, o cargo foi criado pela Resolução n. 17, de 1993, que dispõe sobre a Corregedoria Parlamentar. O Corregedor é eleito, juntamente com três substitutos, da mesma forma que os demais membros da Comissão Diretora. Entre suas atribuições originais, estava previsto que no art. 2º as competências para: 1) promover a manutenção do decoro, da ordem e da disciplina no âmbito do Senado Federal; 2) dar cumprimento às determinações da Mesa referentes à segurança interna e externa da Casa; 3) supervisionar a proibição de porte de arma, com poderes para revistar e desarmar; 4) fazer sindicância sobre denúncias de ilícitos no âmbito do Senado, envolvendo Senadores.

Concretamente, o Corregedor faz as vezes de Ministério Público e Polícia dentro do Senado Federal, podendo presidir investigações para apuração de fatos,

²⁰⁵ Com isso, o Senador João Alberto Souza ocupou o cargo de Presidente do CEDP por diversos períodos seguidos: 27/04/2011 a 29/09/2011, 03/04/2013 a 31/01/2015, 16/06/2015 a 31/01/2017, 06/06/2017 a 31/01/2019.

conduzidas pela Política Legislativa, por ele chefiada, conforme o art. 226, §1º, do atual Regulamento Administrativo do Senado Federal – RASF, aprovado pelo Ato da Comissão Diretora n. 2, de 2018. Nada obstante essa competência, não figuram registros de que nenhum Corregedor do Senado – nem mesmo os mais aguerridos, como o então Senador Romeu Tuma – tenha usado seu poder de iniciar de ofício um procedimento junto ao CEDP.

Embora a Resolução n. 20, de 1993, tenha criado o CEDP, não chegou a disciplinar qualquer procedimento sobre como o órgão deveria funcionar o procedimento por quebra decoro parlamentar.

Somente em 28 de junho 2000, após quase 17 anos de sua criação, pela primeira vez na história, um Senador foi cassado por quebra decoro parlamentar²⁰⁶. A cassação do então Senador Luiz Estevão ocorreu por 52 votos a favor, 18 contra e 10 abstenções, após quatro horas de deliberação em sessão secreta, conduzida pelo então Presidente do Senado Federal Antônio Carlos Magalhães.

À época, não havia um rito claro a ser seguido e assim permaneceu até o advento da Resolução n. 25, de 2008, que alterou a Resolução n. 20, de 1993, para disciplinar o funcionamento do CEDP. O procedimento instituído será visto em detalhes no próximo tópico deste trabalho.

Como já dito, o CEDP não conta com previsão constitucional expressa. A rigor, isso não é um problema, já que as Casas Legislativas são livres para dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços. Trata-se, portanto, de matéria *interna corporis*.

Do ponto de vista organizacional, a existência de um órgão com atribuições de autorregulação, fazendo as vezes de corregedoria, com poderes para investigar e sugerir a aplicação de penalidades – já que quem decide mesmo é o Plenário – é providência salutar, que entraria até como uma espécie de *compliance*, proporcionando um monitoramento das condutas parlamentares.

No entanto, a ideia não é tão consensual quanto pareceria. O desenho do CEDP é alvo de críticas, merecendo destaque a seguinte:

A criação do Conselho de Ética é invenção recente, que não fazia parte de nossas casas parlamentares. (...) Não é uma norma de nosso direito

²⁰⁶ Contra o Senador, recaía a acusação: de envolvimento em um desvio de R\$ 169 milhões de reais nas obras do Tribunal Regional do Trabalho – TRT de São Paulo; de ter alterado os livros contábeis do Grupo OK, empresa destinatária do superfaturamento da obra; e de ter mentido sobre tudo isso.

constitucional. (...) Os conselhos de ética incorporaram procedimentos legais usados em órgão de processo penal e têm tudo de uma corte de instrução e julgamento. Ora, os “juízes” são os próprios parlamentares, por sua vez escolhidos pela composição dos partidos políticos, tornando-se assim um organismo julgador, sem as isenções de um juiz. (...) Tal procedimento é de uma democracia atrasada, em que o mandato popular fica sujeito ao humor e idiossincrasia do embate político. Ninguém se comporta como um juiz e ninguém é juiz. Cada um é um representante partidário que deseja a vitória do seu partido e não raras vezes quer a cabeça de um adversário. O resto a mídia se encarrega de fazer, também tomando partido e exigindo o voto, ameaçando da execração pública quem não se comportar de acordo com suas vontades e opiniões. (...) Nada mais justo. (...) que o mandatário (...) eleito pelo voto, tenha direito a um julgamento isento. Assim, na reforma política, deve ser estabelecida a extensão desta norma, de membros de um Poder julgarem os do outro, que leva a se fazer sempre justiça, e não como hoje um tribunal político, um tribunal de exceção, um tribunal político partidário, como são os conselhos de ética. (SARNEY, 2009)

Entre as atribuições do CEDP, está a de zelar pela observância dos preceitos do Código de Ética e Decoro Parlamentar, também instituído no Senado Federal pela mesma Resolução n. 20, de 1993, tendo estabelecido os atos contrários à ética e ao decoro parlamentar nos arts. 4º e 5º²⁰⁷, além dos demais dispositivos que disciplinam os

²⁰⁷ “Art. 4º É, ainda, vedado ao Senador:

I – celebrar contrato com instituição financeira controlada pelo Poder Público, incluídos nesta vedação, além do Senador como pessoa física, seu cônjuge ou companheira e pessoas jurídicas direta ou indiretamente por ele controladas;

II – dirigir ou gerir empresas, órgãos e meios de comunicação, considerados como tal pessoas jurídicas que indiquem em seu objeto social a execução de serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens;

III – praticar abuso do poder econômico no processo eleitoral.

§1º É permitido ao Senador, bem como a seu cônjuge ou companheira, movimentar contas e manter cheques especiais ou garantidos, de valores correntes e contrato de cláusulas uniformes, nas instituições financeiras referidas no inciso I.

§ 2º Excluem-se da proibição constante do inciso II a direção ou gestão de jornais, editoras de livros e similares.

Art. 5º Consideram-se incompatíveis com a ética e o decoro parlamentar:

I – o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º);

II – a percepção de vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, § 1º), tais como doações, ressaltados brindes sem valor econômico;

III – a prática de irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes.

Parágrafo único. incluem-se entre as irregularidades graves, para fins deste artigo:

I – a atribuição de dotação orçamentária, sob a forma de subvenções sociais, auxílios ou qualquer outra rubrica, a entidades ou instituições das quais participe o Senador, seu cônjuge, companheira ou parente, de um ou de outro, até o terceiro grau, bem como pessoa jurídica direta ou indiretamente por eles controlada, ou ainda que aplique os recursos recebidos em atividades que não correspondam rigorosamente às suas finalidades estatutárias;

deveres fundamentais dos Senadores nos (arts. 1º e 2º) e as vedações constitucionais no (art. 3º).

Na Câmara dos Deputados, o Código de Ética e Decoro Parlamentar foi instituído pela Resolução n. 25, de 2001, que estabelece os princípios éticos e as regras básicas de decoro que devem orientar a conduta dos que estejam no exercício do cargo de deputado federal, bem como estabelece o procedimento disciplinar e as penalidades aplicáveis no caso de descumprimento das normas relativas ao decoro parlamentar.

O art. 4º estabeleceu os atos incompatíveis com o decoro parlamentar²⁰⁸, e o art. 5º os atos considerados atentatórios ao decoro parlamentar²⁰⁹.

Visto o conceito de decoro parlamentar e as disposições normativas sobre a sua quebra, passa-se a analisar o procedimento de apuração e responsabilização tal como se dá em cada Casa Legislativa.

II – a criação ou autorização de encargos em termos que, pelo seu valor ou pelas características da empresa ou entidade beneficiada ou contratada, possam resultar em aplicação indevida de recursos públicos.”

²⁰⁸ “Art. 4º Constituem procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar, puníveis com a perda do mandato:

I - abusar das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º);

II - perceber, a qualquer título, em proveito próprio ou de outrem, no exercício da atividade parlamentar, vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, §1º);

III - celebrar acordo que tenha por objeto a posse do suplente, condicionando-a a contraprestação financeira ou à prática de atos contrários aos deveres éticos ou regimentais dos deputados;

IV - fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação;

V - omitir intencionalmente informação relevante, ou, nas mesmas condições, prestar informação falsa nas declarações de que trata o art. 18.”

²⁰⁹ “Art.5º Atentam, ainda, contra o decoro parlamentar as seguintes condutas, puníveis na forma deste Código:

I - perturbar a ordem das sessões da Câmara ou das reuniões de comissão;

II - praticar atos que infrinjam as regras de boa conduta nas dependências da Casa;

III - praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou comissão, ou os respectivos Presidentes;

IV - usar os poderes e prerrogativas do cargo para constranger ou aliciar servidor, colega ou qualquer pessoa sobre a qual exerça ascendência hierárquica, com o fim de obter qualquer espécie de favorecimento;

V - revelar conteúdo de debates ou deliberações que a Câmara ou comissão hajam resolvido devam ficar secretos;

VI - revelar informações e documentos oficiais de caráter reservado, de que tenha tido conhecimento na forma regimental;

VII - usar verbas de gabinete em desacordo com os princípios fixados no caput do art. 37 da Constituição Federal;

VIII - relatar matéria submetida à apreciação da Câmara, de interesse específico de pessoa física ou jurídica que tenha contribuído para o financiamento de sua campanha eleitoral;

IX - fraudar, por qualquer meio ou forma, o registro de presença às sessões, ou às reuniões de comissão. Parágrafo único. As condutas puníveis neste artigo só serão objeto de apreciação mediante provas.”

6.4.2.3. O procedimento da punição por quebra de decoro parlamentar na Câmara dos Deputados

Nos termos da Resolução da Câmara dos Deputados n. 25, de 2001, o processo tem início com uma representação – que inclusive pode ser popular (art. 14, § 2º), pois qualquer cidadão é parte legítima (art. 13, inciso I) –, que passa por um juízo de admissibilidade prévio por parte da Mesa da Câmara dos Deputados (art. 14, § 3º), o qual pode: 1) determinar o pronto arquivamento, por falta de fundamento; ou 2) enviar ao CEDP para instrução do processo disciplinar.

Recebida a representação no CEDP, o Presidente observa o procedimento do art. 14, § 4º, podendo instituir subcomissão de três membros para promover apurações sobre os fatos e responsabilidades (inciso I). Nesse momento, deve ser remetida cópia da representação ao acusado, cujo prazo de defesa é o de cinco sessões ordinárias, em que poderá apresentar defesa escrita e indicar provas (inciso II). Esgotado o prazo sem apresentação de defesa, o presidente nomeará defensor dativo para oferecê-la, reabrindo-lhe igual prazo (inciso III).

Apresentada a defesa, o relator da matéria ou, quando for o caso, a subcomissão de inquérito, procederá às diligências e à instrução probatória que entender necessárias, findas as quais proferirá parecer no prazo de cinco sessões ordinárias da Câmara, concluindo pela procedência da representação ou por seu arquivamento, oferecendo, na primeira hipótese, projeto de resolução destinado à declaração da suspensão ou perda do mandato (inciso IV), o qual será submetido à apreciação da comissão, considerando-se aprovado com o voto favorável da maioria absoluta dos membros (inciso V).

O sistema de votação é ostensivo, nos termos do art. 240, § 1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²¹⁰.

²¹⁰ “Art. 240. Perde o mandato o Deputado:

I - que infringir qualquer das proibições constantes do art. 54 da Constituição Federal;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa ordinária, à terça parte das sessões ordinárias da Câmara, salvo licença ou missão autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos na Constituição Federal;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados, em votação ostensiva e por maioria absoluta de seus membros, mediante provocação da Mesa ou de partido com representação no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Parágrafo com redação dada pela Resolução n. 47, de 2013)”.

6.4.2.4. O procedimento da punição por quebra de decoro parlamentar no Senado Federal

De acordo com a Resolução do Senado Federal n. 20, de 1993, o processo disciplinar pode começar a partir das seguintes possibilidades:

1) pela apresentação de petição escrita na forma de *denúncia*, por qualquer parlamentar, cidadão (leia-se, eleitor, em dia com suas obrigações eleitorais, não recebidas as denúncias anônimas) ou pessoa jurídica, nos casos de descumprimento de preceitos do Código de Ética ou do Regimento Interno (art. 17²¹¹), ou sob a forma de *representação*, formulada apenas pela Mesa ou por partido político com representação no Congresso Nacional, em relação a fatos sujeitos à pena de perda do mandato ou à pena de suspensão temporária exercício do mandato (art. 14, *in fine*);

2) por iniciativa do Corregedor (art. 5º da Resolução n. 17, de 1993);

3) de ofício pelo próprio CEDP (art. 17, § 10); e

4) nas situações em que a acusação, inicialmente formulada via denúncia nos termos do art. 14, é aceita e mostra indícios de bastantes que justificariam a perda do mandato, o CEDP envia os autos à Mesa para apresentação de representação (art. 17, § 7º, da Resolução n. 20, de 1993), podendo qualquer partido político igualmente subscrevê-la (art. 17, § 8º).

Como se vê, a Resolução n. 20, de 1993, prevê uma diferença entre denúncia e representação. A rigor, esta última fica reservada à Mesa e aos partidos políticos com assento no Congresso Nacional, únicos legitimados para a solicitação de que sejam aplicadas as penas de suspensão e perda do mandato. Ao parecer, uma possível diferença também estaria relacionada à robustez do acervo probatório pré-constituído: a representação exigiria mais elementos e a denúncia, menos. Na verdade, trata-se de um formalismo sem sentido. Tanto a denúncia, quanto a representação

²¹¹ “Art. 17. *Perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, poderão ser diretamente oferecidas, por qualquer parlamentar, cidadão ou pessoa jurídica, denúncias relativas ao descumprimento, por Senador, de preceitos contidos no Regimento interno e neste Código.*

§ 1º *Não serão recebidas denúncias anônimas.*

§ 2º *Recebida a denúncia, o Conselho promoverá apuração preliminar e sumária dos fatos, ouvido o denunciado e providenciadas as diligências que entender necessárias, dentro do prazo de trinta dias.*

§ 3º *Considerada procedente denúncia por fato sujeito a medidas previstas nos arts. 8º e 9º, o Conselho promoverá sua aplicação, nos termos ali estabelecidos. Verificando tratar-se de infrações incluídas entre as hipóteses dos arts. 10 e 11, procederá na forma do art. 15.*

§ 4º *Poderá o Conselho, independentemente de denúncia ou representação, promover a apuração, nos termos deste artigo, de ato ou omissão atribuída a Senador.”*

seguem rito praticamente igual e, portanto, deveriam ser unificadas. Na prática, a distinção tem servido muito mais de subterfúgio para uma “jurisprudência defensiva” por parte do CEDP, para justificar a inadmissibilidade preliminar de algumas petições iniciais por “ilegitimidade”, quando deveria ser observada a instrumentalidade das formas.

Na representação, de acordo com o art. 14, está previsto que, se for o caso, sob pena de preclusão, deverão ser juntados o rol de testemunhas (no máximo cinco), os documentos que instruem a representação e a especificação das demais provas que se pretende produzir. No entanto, como a natureza não estritamente jurisdicional, o procedimento pode ser flexibilizado.

Nesse primeiro momento, uma vez apresentadas, as iniciais das denúncias e representações são autuadas como “Petição do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar – PCE”. Antes do juízo prévio de admissibilidade, não equivalem à abertura de um procedimento formal contra o parlamentar.

Tal juízo de admissibilidade é realizado pelo próprio Presidente do CEDP, que poderá arquivar preliminarmente a representação ante: 1) a ilegitimidade do representante (ênfatizando-se que no Senado Federal não se admite “representação” popular, devendo a petição mencionar “denúncia”); 2) a falta de identificação do representado ou dos fatos que lhe são imputados; 3) ou se os fatos relatados forem referentes a período anterior ao mandato, exceto quanto a alguns atos praticados após a diplomação (art. 3º, inciso I²¹²) ou forem manifestamente improcedentes (art. 14, § 1º).

Ainda quanto à decisão de admissibilidade, criou-se o costume de ouvir previamente a Advocacia do Senado Federal – ADVOSF, que opina sobre a ocorrência de alguma das situações que ensejam o não seguimento da denúncia ou representação. Urge que se contemple de forma expressa tal oitiva para dar previsibilidade e coerência ao procedimento.

Durante o período em que os autos estão da ADVOSF, entende-se que não conta o prazo de cinco dias úteis para que o Presidente do CEDP admita a representação, nos termos do art. 14, § 1º, Resolução n. 20, de 1993.

²¹² “Art. 3º É expressamente vedado ao Senador:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissível *ad nutum*, nas entidades constantes da alínea anterior. (...)”

Da decisão do Presidente do CEDP que nega seguimento à representação, cabe recurso ao Plenário do CEDP, no prazo de 2 (dois) dias úteis contados de sua publicação da decisão, subscrito por, no mínimo, 5 (cinco) membros do CEDP (art. 14, § 2º). Se tal recurso não foi interposto ou for rejeitado, o arquivamento se dá de modo definitivo.

Por seu turno, se a representação passa pelo juízo de admissibilidade (ou se o recurso for acolhido), o Presidente do CEDP toma as providências listadas no art. 15 da Resolução n. 20, de 1993: 1) registra e autua a petição, de modo que, a PCE se torna, conforme o caso, denúncia ou representação; 2) notifica o Senador representado para apresentar sua defesa prévia no prazo de 10 (dez) dias úteis (em se tratando de denúncia, são apenas 5 (cinco) dias, nos termos do art. 17, § 4º) contados da intimação, pessoal ou por intermédio de seu gabinete no Senado Federal; 3) designa relator, mediante sorteio, a ser realizado em até 3 (três) dias úteis, entre os membros do CEDP, sempre que possível, não filiados ao partido político representante ou ao partido político do representado.

Como se vê, diferentemente do previsto pela Câmara dos Deputados, o Senado não prevê a proibição de que o relator tenha sido eleito pelo mesmo Estado do representante ou do representado. Além disso, também é problemática a ausência de uma norma expressa que impeça a recusa do sorteado para ser relator, sem a devida motivação que a justifique. É que, ante a falta dessa regra, é comum que os membros do CEDP rejeitem o “encargo” ou desistam dele sem mais, o que representa claro embaraço ao procedimento.

A defesa prévia do representado deverá, se for o caso, estar acompanhada de documentos e rol de testemunhas, até o máximo de 5 (cinco), sob pena de preclusão (art. 15, inciso II, alínea *a*). Não sendo apresentada a defesa prévia no prazo original, o Presidente do CEDP nomeará por sorteio defensor dativo (entre não membros do CEDP) para oferecê-la, reabrindo o prazo de 10 (dez) dias úteis, sem prejuízo do direito do representado de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança ou a si mesmo defender-se, sem abertura de novo prazo para defesa (art. 15, inciso II, alínea *b*).

Nos termos do art. 15-A, oferecida a defesa prévia, o relator apresentará relatório preliminar, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, e o CEDP, em igual prazo, realizará análise inicial do mérito da representação, no qual examinará se há indícios de prática de ato que possa sujeitar o Senador à perda do mandato (definitiva ou temporária) ou de ato punível com advertência ou censura.

Do relatório preliminar, portanto, três cenários são possíveis. Em primeiro lugar, o relatório preliminar pode entender pela inexistência de indícios que justifiquem o prosseguimento de processo dor ato que possa sujeitar o Senador à perda do mandato. Neste caso, o CEDP decide pela improcedência da representação e determina o arquivamento (art. 15-A, § 6º).

Em segundo lugar, na hipótese de inexistência de indícios de prática de ato que possa sujeitar o Senador à perda do mandato, mas diante da existência de indícios que possam sujeitar o representado à advertência ou à censura, o relatório preliminar pode determinar que a representação seja convertida em denúncia (art. 15-A, § 5º).

Em terceiro lugar, entendendo pela presença de indícios suficientes, o relatório preliminar pode opinar pelo recebimento da representação e instauração do processo disciplinar.

A votação do relatório preliminar se dá no âmbito do CEDP por votação nominal e aberta (art. 15-A, § 1º). Não há previsão de recurso da decisão que vota o relatório preliminar. A decisão do CEDP pelo recebimento da representação deverá ser publicada no Diário do Senado Federal que circular no dia subsequente, considerando-se essa publicação como a efetiva instauração do processo, para fins do disposto no art. 55, § 4º, da Constituição (art. 15, § 4º, da Resolução n. 20, de 1993).

Como sabido, o referido dispositivo constitucional estabelece que renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais sobre a perda do mandato.

Assim, com a interpretação conferida pelo art. 15-A, § 4º, Resolução n. 20, de 1993, o parlamentar poderá renunciar legitimamente até antes da publicação da decisão do CEDP.

Entretanto, cumpre notar que pela literalidade do art. 1º, inciso I, alínea *k*, da LC n. 64/90, com redação dada pela LC n. 135/2010, a renúncia “desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo” (e não da “instauração”, como prevê a Resolução do Senado) já atrai a inelegibilidade para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura.

Por um lado, parece razoável a interpretação da norma interna do Senado, dilatando para a efetiva instauração do processo por quebra de decoro parlamentar, já que não é a apresentação de qualquer petição inicial que deve atrair tamanha dúvida

sobre o comportamento do parlamentar. Evita-se, assim, o uso político da representação por quebra de decoro. Por outro lado, reconhece-se que, com isso, há tempo mais que suficiente para o Senador fazer seus cálculos políticos e, eventualmente, pode-se criar o efeito de esvaziar a sanção prevista na Lei da Ficha Limpa. Ainda não ocorreu um caso concreto em que a antinomia acima tenha sido levantada para a definição do prazo limite para a renúncia.

Instaurado o processo, tem início a fase de instrução probatória, a qual, nos casos puníveis com suspensão ou perda de mandato, será processada em, no máximo, 30 (trinta) dias úteis.

Nessa fase, nos termos do art. 17-A, o CEDP procederá às diligências, oitiva de testemunhas, realização de perícia, entrega de laudos, esclarecimento de peritos e produção e apresentação das provas que entender necessárias, requeridas pelo representante ou denunciante, pelo representado ou denunciado e pelo relator e pelos demais membros do CEDP, mediante a intimação prévia do representado ou denunciado, que poderá ser feita por intermédio de seu gabinete no Senado Federal, para, querendo, acompanhar os atos.

Ainda a título de instrução probatória, poderá ser colhido o depoimento pessoal do representado ou denunciado antes das testemunhas, desde que respeitado o seu direito de ser ouvido também posteriormente a elas (art. 17-B).

A oitiva de testemunhas é realizada pelo Presidente do CEDP, em conformidade com as regras estabelecidas no art. 17-C e art. 17-D.

A realização de perícia, por seu turno, segue o rito do art. 17-F, art. 17-G e art. 17-H.

Se for necessário, o Presidente, por deliberação do Conselho, prorrogará, por prazo determinado, a investigação e o julgamento da representação ou da denúncia (art. 26-A).

Produzidas as provas, o relator declarará encerrada a instrução, intimará o representado ou denunciado para apresentar suas alegações finais no prazo de 3 (três) dias úteis e, após isso, no prazo de 10 (dez) dias úteis, entregará relatório que será apreciado pelo Conselho. Recebido o relatório, a Secretaria do CEDP o desdobrará em duas partes: a) a parte descritiva é enviada aos membros do CEDP; e b) o voto é mantido em sigilo até sua leitura em sessão pública (art. 17-I).

Na sequência, dá-se a apreciação do “parecer”. De acordo com o art. 17-O, o relator procederá à leitura do relatório, concedendo-se o prazo de 20 (vinte) minutos,

prorrogável por mais 10 (dez), para que o representado ou denunciado e/ou seu procurador para defesa oral, sendo-lhe facultada a entrega prévia de memoriais escritos aos membros do Conselho. Na sequência, devolve-se a palavra ao relator para a leitura do voto. Segue-se a discussão, com 10 (dez) minutos para cada membro do CEDP, após o que será concedido igual prazo aos senadores não membros do CEDP. Por fim, procede-se à votação nominal.

O parecer poderá concluir pelo arquivamento (tecnicamente, pela improcedência da representação) ou pela procedência, já oferecendo o Projeto de Resolução apropriado para a declaração da perda do mandato (art. 17-I, § 2º). Nesse caso, conclui-se a tramitação junto ao CEDP, e o parecer deste é enviado para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, para exame dos aspectos constitucional, legal e jurídico (leia-se, exclusivamente formais) do procedimento, no prazo de 5 (cinco) sessões ordinárias (art. 17-O, § 2º).

Por fim, o processo é encaminhado à Mesa e, uma vez lido no Expediente, será publicado no Diário do Senado Federal e distribuído em avulsos para inclusão na Ordem do Dia (art. 17-O, § 3º). No plenário, a votação aberta poderá resultar na manutenção do mandato ou na sua perda, por maioria absoluta.

Subsidiariamente às regras previstas na própria Resolução n. 20, de 1993, são aplicáveis ao processo por quebra de decoro parlamentar a Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil, no que for cabível (art. 26-B).

No que diz respeito ao controle da cassação do mandato, observa-se que o Supremo Tribunal Federal conta com algumas decisões entendendo que se trata de uma questão política, cujo conhecimento cabe exclusivamente ao Parlamento, não sendo possível o Poder Judiciário avaliar o mérito da cassação – isto é, se o fato-base justifica ou não a cassação –, mas somente os aspectos formais do processo dentro do Poder Legislativo. Nesse sentido, por exemplo, o RE n. 382.344.

6.4.3. A responsabilidade política do Presidente da República (impeachment)

Na Constituição da República de 1988, art. 52, inciso I, primeira parte, foi estabelecida a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente por crime de responsabilidade. Pelo art. 52, inciso I, compete à Câmara dos Deputados fazer o juízo de admissibilidade prévio à

instalação do processo, sendo necessário o voto favorável de dois terços de seus membros. Trata-se do *impeachment*.

Como se vê, o desenho do processo de *impeachment* prevê duas fases: a acusação, no âmbito da Câmara dos Deputados; e o julgamento, realizado pelo Senado Federal.

De acordo com o parágrafo único do art. 52, quem conduz o julgamento no Senado Federal é o Presidente do Supremo Tribunal Federal, a condenação depende do voto favorável de dois terços dos membros do Senado Federal e a sanção consiste na perda do cargo com inabilitação por oito anos para o exercício de função pública. Portanto, o juízo positivo de responsabilidade política do Presidente da República implica, não só a perda do cargo, mas também a suspensão dos direitos políticos.

Quanto aos crimes de responsabilidade, a Constituição estabeleceu em seu art. 85 que são assim considerados os definidos em lei especial, desde já fixando que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: a existência da União; o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do País; a probidade na administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A lei especial referida no art. 85 da Constituição, que ainda fixa as normas de procedimento e julgamento dos crimes de responsabilidade, é a Lei n. 1.079/50, cujo art. 4º basicamente repete os tipos abstratos constantes do texto constitucional²¹³.

Muito já se escreveu sobre o rito e demais detalhes procedimentais quanto ao *impeachment*, pelo que se remete à bibliografia especializada quanto ao ponto²¹⁴. No que interessa ao presente trabalho, importa enfatizar que a jurisdição extraordinária exercida pelo Senado Federal tanto no julgamento do *impeachment*, quanto na decisão

²¹³ “Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

I - A existência da União;

II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - A segurança interna do país;

V - A probidade na administração;

VI - A lei orçamentária;

VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - O cumprimento das decisões judiciais (Constituição, artigo 89).”.

²¹⁴ Confiram-se, por exemplo: BROSSARD, 1992; VELLOSO, 2017;

de afastamento do Presidente pelo prazo de 180 dias durante o julgamento (art. 86, § 2º, da Constituição), têm natureza eminentemente política, sem prejuízo das garantias processuais previstas na Constituição, na Lei n. 1.079/50 e nos regimentos internos das Casas Legislativas.

Nessa qualidade, o juízo político tem uma aderência mais fraca ao princípio da estrita legalidade quanto à tipificação das condutas. Para o enquadramento destas como crime de responsabilidade do Presidente da República, são muito mais determinantes os escândalos, a indignação popular, a perda da base aliada dentro do Congresso Nacional, do que propriamente as provas e o teor das acusações. O contexto social e político, portanto, tem mais peso para o comportamento do corpo legislativo, ora tendendo a “proteger” o Presidente da República, ora pendendo para alcançar um juízo político, atuando de modo “mais egoística”, para fortalecer a credibilidade e reputação do próprio Parlamento junto à população.

Essa forma de funcionamento é o esperado do desenho do julgamento político e é exatamente assim que acontece. Como bem aponta Aníbal Pérez-Liñán, os parlamentares são jogadores com poder de veto, com capacidade para bloquear ou não um julgamento político e diversos fatores contextuais impulsionam os legisladores: a) o isolamento e a sua postura de enfrentamento do Presidente em relação ao Parlamento; b) a liderança do Presidente e o pertencimento ao partido político do Presidente; c) a formação de coalizões legislativas, se amplas ou frágeis; d) a distância das eleições e os índices de aprovação presidencial, quanto maiores ambos, maior a disposição legislativa para proteger o Chefe do Poder Executivo (PÉREZ-LIÑÁN, 2009, pp. 216-217).

Para mais detalhes sobre o procedimento do *impeachment*, remete-se à vasta bibliografia já produzida sobre a temática, já que seu detalhamento não faz parte do foco no presente trabalho.

6.4.4. Outras formas institucionais de responsabilidade política

A Constituição ainda prevê outras formas de supervisão parlamentar, aqui agrupadas, não por menos importantes, mas sim pela inexistência de um juízo censório que ponha em risco o cargo do agente político.

Em primeiro lugar, a chamada tomada de contas do Presidente da República. De acordo com o art. 49, inciso IX, da Constituição, é da competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente

da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. Típico mecanismo de *accountability*, trata-se também de um controle eminentemente político, com foco especial na execução orçamentária.

Em segundo lugar, o controle externo da Administração Federal. Conforme o art. 49, inciso X, da Constituição, o Congresso Nacional é competente para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

Tal fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial a cargo do Congresso Nacional, mediante controle externo, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme os arts. 70 e 71 da Constituição.

Assim entendida desde o ponto de vista institucional, a responsabilidade política permite a contínua verificação das práticas dos agentes de Estado e consequente punição pela forma como exerçam o poder político. A utilização desses mecanismos de verdadeira *accountability* se mostra viável, não somente para os casos envolvendo a corrupção política, mas também para conferir maior transparência da atuação. Igor Sant'Anna Tamasaouskas acrescenta, ainda, a função de realinhar as ações das autoridades às expectativas dos cidadãos (TAMASAOUSKAS, 2019, p. 77).

6.5. Os mecanismos para prevenção da corrupção e fortalecimento da responsabilidade política

Após a visão de como funcionam os instrumentos da responsabilização política na teoria, nesta seção são abordadas as principais linhas de frente para a responsabilização ético-política dos parlamentares, indicando-se onde estão algumas das falhas na prática real, bem como sugerindo-se possíveis aperfeiçoamentos.

6.5.1. O estabelecimento de Códigos de Ética no Poder Legislativo e dentro dos partidos políticos

A adoção de Códigos de Ética ou de Códigos de Conduta como tentativa de disciplinar as condutas dos parlamentares é apontada como uma das principais ferramentas anticorrupção dentro do próprio Poder Legislativo. Por intermédio dessas normas, os próprios parlamentares estabelecem: a) *standards* de comportamento parlamentar; b) formas claras de condutas aceitáveis e impróprias; c) um ambiente

menos propenso a tolerar os desvios de comportamento e práticas antiéticas e, em consequência disso, d) a construção de uma cultura em que os parlamentares reduzam a tendência de aderir a práticas de corrupção (PELIZZO; STAPENHURST, 2006).

Além de existir, é necessário que os regimes éticos sejam efetivos, pois são pressupostos da atribuição de responsabilidade política dentro do Parlamento. Nesse sentido, de acordo com Riccardo Pelizzo e Rick Stapenhurst, a função da instituição de Códigos de Ética é dupla: além de aperfeiçoar o *standard* ético e a performance dos parlamentares, serve como tentativa de recuperar a confiança do público (PELIZZO; STAPENHURST, 2006, p. 198).

Os citados autores também estabelecem uma diferença entre Códigos de Ética e Códigos de Conduta: os primeiros geralmente são produto de associações profissionais, costumam ser mais amplos, estabelecendo os *standards* e os valores profissionais para os seus membros, ao passo que os segundos são mais específicos, contendo uma lista de comportamentos requeridos em determinadas circunstâncias, assim como as atividades proibidas, e proveem uma proteção maior aos envolvidos (o governo, o agente, o cliente).

Seja um, seja outro, o importante é que sejam estabelecidas, minimamente: a proibição de usar o cargo público para proveito pessoal; alcançar benefícios devido à influência de ações institucionais; usar informação confidencial do governo; quarentena de pelo menos dois anos; proibição de recebimento de presentes acima de determinado valor, bem como a obrigação de que os parlamentares devem revelar seus próprios interesses

A efetividade dos Códigos de Conduta legislativos dependerá de diversos fatores: 1) de como restou desenhado o sistema de sanções (advertência, censura, suspensão do mandato, perda de mandato, etc.); 2) das atitudes culturais compartilhadas no meio político; e 3) da institucionalização dos órgãos encarregados de aplicar código. Naturalmente, essas variáveis estão relacionadas entre si, existindo, ainda, elementos circunstanciais que as pressionam, como investigações da imprensa, escândalos de corrupção, instabilidade política.

6.5.2. *O controle interno dos partidos políticos*

Como sabido, os partidos políticos são o principal veículo de participação política das democracias. Expressam o pluralismo político, agregam preferências

ideológicas e contribuem para a formação e manifestação da vontade popular. Essas organizações desempenham evidente função na organização da função pública, indo desde a escolha dos candidatos e ocupantes dos cargos políticos à fixação do programa ideológico e partidário.

Sem dúvidas, a atuação dos próprios partidos políticos – em efetivamente formalizar a responsabilidade política pelos seus membros que apresentem desvios de condutas – é uma das mais condizente com a responsabilidade política. Trata-se de um poder-dever do partido político, inclusive para que a organização partidária se desincumba da responsabilidade orgânica que tem na escolha de pessoas de confiança para os cargos e afastar-se do ilícito político praticado pelo seu membro, ainda que em proveito do partido político.

Nesse sentido, pode-se dizer que, em alguma medida, os partidos políticos também seriam responsáveis pela má-seleção dos designados para os cargos políticos. Há *culpa in eligendo* ou *in vigilando*, o que justifica a necessidade de que tais organizações afastem de seus corpos aqueles que perderam a legitimidade (ou dignidade) para ocupar funções públicas de relevância política.

Obviamente, como não poderia deixar de ser, trata-se de uma questão interna do partido político o momento de adotar as providências. Aqui, entende-se que não deve existir, por exemplo, uma obrigatoriedade de que os estatutos prevejam a exclusão “automática” dos condenados judicialmente, com trânsito em julgado, por corrupção ou improbidade administrativa, até mesmo para evitar que esse juízo genuinamente político seja transferido novamente para o campo jurídico dentro das agremiações.

No entanto, pontua-se que “(...) *não é compreensível (...) que pessoas apenas criminalmente por desvios sérios sejam acolhidas nas instâncias partidárias para, ainda que escamoteadas, remanescerem ditando regras e comandando as agremiações*” (TAMASAUKAS, 2019, p. 88)²¹⁵.

²¹⁵ Há diversos exemplos de lideranças políticas que não foram expulsas de seus partidos, a despeito da condição de implicados judicialmente. Por exemplo: Roberto Jefferson (PTB), que continuou como presidente do partido mesmo após a deflagração do escândalo do mensalão e da confissão de ter participado da venda de apoio ao governo; Carlos Lupi (PDT), que tampouco foi expulso da agremiação após ter sido envolvido em denúncias de irregularidades quando foi Ministro do Trabalho e na Lava Jato; Paulo Maluf (PP), Pedro Correa (PP), Luiz Argôlo (PR), Aécio Neves (PSDB), Pedro Henry (PP), José Dirceu (PT), José Genoíno (PT), Delúbio Soares (PT), entre outros, também são outros casos concretos que revelam que os partidos políticos não vêm exercendo adequadamente a prerrogativa de expulsar membros que violam seus Códigos de Ética.

Em todo caso, a expulsão por parte do partido político deve seguir o devido processo legal e não gera a perda do mandato eletivo. O parlamentar expulso assume a condição de “sem partido”, podendo filiar-se a uma nova legenda.

Vale salientar que, para a própria criação dos partidos políticos, exige-se a constituição de comissões de ética, nos termos do art. 15, inciso V, da Lei n. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos²¹⁶). Além disso, o estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários (art. 15 da Lei n. 9.096/95).

Como já enfatizado, a maturidade institucional passa justamente por dissociar a responsabilidade política da oriunda do processo penal, evitando a confusão entre uma e outra. É dever dos partidos políticos entenderem o seu papel no combate à corrupção, especialmente a qualidade que detêm de atores ativos, promovedores da responsabilidade política, e, ao mesmo tempo, de sujeitos passivos, podendo ser responsabilizados politicamente por atos de seus filiados.

Seja como for, deve-se enfatizar a responsabilização do próprio partido político pelos abusos cometidos pelos seus membros, independentemente de eventual benefício para a organização partidária. Nesse caso, a omissão do partido político talvez o converta em solidariamente responsável pelos malfeitos. Se a responsabilidade dos partidos políticos nesse caso será jurídica (inclusive objetiva) ou permanecerá no plano político é uma questão que fica em aberto, parecendo claro, no entanto, que o ordenamento jurídico não pode condescender com que os partidos políticos se convertam em organizações criminosas.

No modelo ideal, os partidos políticos atuariam como agentes de exigência da responsabilidade política, cobrando de seus próprios filiados o comportamento condizente com a moralidade.

6.5.3. O controle interno do Parlamento e do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar

²¹⁶ “Art. 15. O Estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre: (...) V - fidelidade e disciplina partidárias, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa; (...)”

Para que os mecanismos de autorregulação funcionem, é necessário que o estabelecido nos códigos de ética seja efetivamente implementado, as representações e denúncias tenham prosseguimento, o que, por sua vez, pressupõe a instalação do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar desde o início da legislatura²¹⁷.

Naturalmente, a velocidade dos julgamentos e a periodicidade das reuniões varia conforme a quantidade de representações, não sendo possível fixar de antemão um número ideal. À guisa de registro, no auge do escândalo do “mensalão”, a partir de maio de 2005, o CEDP da Câmara dos Deputados chegou a se reunir uma vez por semana, durante vários meses. No entanto, a ausência de reuniões não pode ser tomada como inexistência de representação por atos indecorosos.

O processo de institucionalização do CEDP passa também: a) pelo estabelecimento de rotinas mais claras (compilação das experiências acumuladas), b) pela conscientização do seu papel na qualidade de órgão político-disciplinar e, especialmente, c) pela atribuição de poderes condizentes com as suas competências, não só de punição, mas também de averiguação de atos de quebra do decoro parlamentar.

Atualmente, por exemplo, o CEDP não tem poderes para convocar testemunhas, apenas para convidar. O CEDP não tem acesso a informações sigilosas, nem tem competência para determinar a quebra de sigilo bancário, conversas telefônicas e dados fiscais. Tampouco tem condições de atender pedidos no sentido de realização de perícias e outras diligências semelhantes.

Tal falta de poderes por vezes acarreta o indeferimento de pedido de provas dos parlamentares representados, ainda que sob outros fundamentos. Tal prática, que talvez pudesse ser problemática, no entanto, vem vêm recebendo a chancela do STF, tendo-se como exemplos do MS n. 21.846, MS n. 21.862 e MS n. 21.861. Nessas três decisões, a Corte afastou a ocorrência de ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, alegadas por deputado federal em processo de cassação de mandato parlamentar.

No caso concreto do MS n. 21.861 (os demais citados acima são reiterações deste), haviam sido indeferidos os pedidos de oitivas de testemunhas arroladas (havia sido indicados sete parlamentares, mas três dos nomes foram considerados

²¹⁷ Em 2019, por exemplo, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal somente foi instalado no dia 15 de setembro, ou seja, passados mais de seis meses do início da legislatura, o que claramente enfraquece a capacidade de atuação do colegiado.

protelatórios) e de realização de perícia técnica em parte do material colhido durante a sindicância (fitas magnéticas), com o objetivo de verificar a autenticidade das vozes gravadas. Em seu voto, o Ministro Néri da Silveira, relator do caso, textualmente afirma:

Na ausência de demonstração cabal de que o exame pericial e os depoimentos de certas testemunhas tinham importância fundamental, segundo um critério de valoração objetiva de sua pertinência com os fatos em apuração, não é possível considerar a hipótese de restrição à defesa, se o indeferimento está fundado em causa legítima, vale dizer, o caráter simplesmente protelatório dessas provas. Os juízos em torno da pertinência dos elementos probatórios, em processos dessa natureza, estão afetos constitucionalmente à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal e, portanto, excluídos de apreciação judicial, salvo quando demonstrada a infração ao princípio constitucional ou legal, o que não é o caso. (BRASIL, 1994, pp. 177-178)

Do fragmento acima, nota-se que o STF adotou uma postura de autocontenção no controle, haja vista o cumprimento do rito estipulado, isto é, uma garantia mínima do contraditório e ampla defesa. O Ministro Marco Aurélio ainda reforçou com o seguinte: *“Ademais, tendo em vista o juízo político da Câmara, no julgamento do deputado, por quebra de decoro parlamentar, não é possível a afirmativa no sentido de que o indeferimento de uma certa prova teve influência ou não na formulação do juízo mencionado”* (BRASIL, 1994, p. 216). Com isso, vê-se que a compreensão sobre a natureza política do julgamento serviu de fundamento para que não se entrasse no mérito do eventual cerceamento de defesa.

Tal entendimento do STF, no entanto, não resolve o problema de fundo, consistente nos poderes limitados de atuação do CEDP, especialmente para a condução de investigações. O fato de a decisão ser eminentemente política e influenciada pela atmosfera do momento não se presta como escusa para um *modus operandi* diferente da pretensão de conduzir processos baseado em evidências mínimas. Do contrário, há o risco de converter-se em um tribunal de exceção.

Como aponta Adriana Marias Dias Godoy Carvalheiro, referindo-se ao CEDP da Câmara dos Deputados – embora a mesma reflexão também valha para o Senado Federal –, falta poder coercitivo específico para instrução das denúncias (CARVALHEIRO, 2007). Tomando como base a leva de processos instaurados no

CEDP após a revelação do chamado “Mensalão”, a autora calculou os índices de comparecimento das testemunhas arroladas, cruzando esses dados com os resultados das votações (CARVALHEIRO, 2007, pp. 62-63). Os resultados da pesquisa mostram um elevado índice de arquivamento. A autora sugere que a ausência de um poder coercitivo para convocação das testemunhas contribui para um julgamento “mais político”, e menos embasado em “provas irrefutáveis”, o que seria particularmente relevante nos julgamentos de acusações de recebimento de “vantagens indevidas”.

Aqui, concorda-se com o entendimento da autora quanto à necessidade de estender os poderes do CEDP. E não só para a convocação de testemunhas. Dada a centralidade dessa figura no julgamento político, a situação exige aprimoramento do arcabouço normativo, conferindo ao CEDP maiores possibilidades de atuação, em especial para a investigação. No atual regimento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nada foi estabelecido sobre a extensão do seu poder investigativo. Somente por intermédio de uma emenda constitucional seria possível atribuir ao CEDP poderes de investigação próprios das autoridades judiciais²¹⁸.

No entanto, alerta-se para o risco de que essa linha de raciocínio reforce a tendência de “juridicização” da responsabilidade política. Convém enfatizar que o CEDP pode e deve atuar independentemente de poderes investigativos e desapegada da noção de “prova” tal como exigida para uma condenação criminal.

Nesse sentido, desde logo, convém descartar a equiparação dos CEDP às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), pois essas últimas têm assento constitucional, e as primeiras, não. A menos que seja aprovada uma emenda constitucional nesse sentido, não seria possível dotar o colegiado disciplinar dos poderes tão amplos para investigar condutas indecorosas dos parlamentares. No entanto, acredita-se que se afigura plenamente possível a assimilação das rotinas adotadas nos órgãos de corregedoria para a aberturas de sindicâncias ou de processo administrativo disciplinar em relação aos servidores públicos.

6.5.4. Inelegibilidade pela lei da Ficha Limpa e o processo eleitoral

Considerando a noção ampla de responsabilidade política estabelecida para os fins deste trabalho, e independente da existência de previsão constitucional explícita

²¹⁸ A PEC n. 548, de 2006, da Câmara dos Deputados, pretendia tornar o CEDP um órgão permanente e conceder tais poderes.

nesse sentido, é pelo voto que, sem dúvidas, melhor se pode atribuir responsabilidade política aos representantes do povo. Vale dizer, os eleitores, ao escolher em quem votam, igualmente atribuem de forma difusa responsabilidade política²¹⁹.

A questão que se coloca, no entanto, é no sentido de que o voto não pode ser o único mecanismo de responsabilização política. O sistema somente será saudável, se presente uma combinação de controles dos erros dos agentes políticos.

6.5.5. O papel da opinião pública e dos meios de comunicação

Por fim, como já comentado, os meios de comunicação – assim entendidos como a mídia, imprensa, jornais, rádio, revistas e televisão – também atuam como verdadeiros impulsionadores da exigência de responsabilidade política (GARCÍA ARÁN, 2018, p. 56). Nada obstante a parcialidade desses veículos, não há como negar seu papel relevante na investigação das condutas dos agentes políticos e na pressão para que sejam tomadas providências²²⁰.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 220, determinou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição, e garantiu em seu § 1º que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, inciso IV (vedação do anonimato), inciso V (direito de resposta), inciso X (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurado o direito à indenização), inciso XIII (liberdade do exercício da profissão) e inciso XIV (sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Por fim, o § 2º ainda vedou toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística e o § 6º estabeleceu que a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

²¹⁹ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; (Incluído pela LC nº 135, de 2010)”

²²⁰ Inclusive, a pressão pública e da imprensa pelo combate à corrupção foi relevante para o alavancamento da Lava Jato e também para a cassação dos ex-Senadores Demóstenes Torres e Delcídio do Amaral.

Todo esse arcabouço normativo serve para conferir independência à atuação da imprensa, protegendo-a das interferências, de modo a que possa controlar as atividades do Estado, em lugar de ser controlada por ele, fazer propaganda institucional ou criar escândalos inexistentes (*fake news*).

No entanto, como bem pontua Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2017):

(...) [os] meios de comunicação de massa não são nem neutros nem imparciais (...) não se pode ignorar que frequentemente fazem um jogo próprio, no interesse dos donos e dos oficiantes da comunicação. Quantas vezes inventam fatos, ou os distorcem, ou os sonegam, ou os disfarçam, ou lhes atenuam, a gravidade, ou lhes acrescentam essa gravidade, segundo seus interesses, ou suas simpatias e antipatias? Inclusive quando “repercutem” os fatos, favorecendo a linha que lhes convêm. (FERREIRA FILHO, 2017, p. 91)

No modelo ideal, os meios de comunicação atuariam com neutralidade, como permanentes vigilantes da democracia, informando e gerando pressão por explicações.

6.6. Questões para o Supremo Tribunal Federal

Após a reflexão sobre o que pode ser feito para prevenir a corrupção, conter a criminalização da política e fortalecer da responsabilidade política, cumpre analisar alguns casos da jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto de outros tribunais, e do próprio CEDP, a respeito do tema abordado.

6.6.1. Reclamação n. 29.870 (Caso Demóstenes Torres)

Desde a primeira vez que um Senador da República foi cassado por quebra de decoro parlamentar, passaram-se doze anos até que o segundo sofresse a mesma condenação. O então Senador Demóstenes Torres teve a perda de seu mandato declarada pela Resolução do Senado Federal n. 20, de 11 de julho de 2012, após virem à tona gravações que o relacionavam sua atuação ao bicheiro conhecido como Carlinhos Cachoeira.

Naquela oportunidade, foram 56 votos pela cassação, 19 contra e 5 abstenções. Com a decisão do Senado, o ex-senador ficaria inelegível até 2027, oito anos após o fim da legislatura, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea *b*, da LC n. 64/90, que estabelece os casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências²²¹.

Pelas mesmas condutas que ensejaram a perda do mandato no Senado Federal, houve uma ação penal, cujas provas foram anuladas no bojo do Recurso em Habeas Corpus – RHC n. 135.683, no qual o STF entendeu pela nulidade das interceptações telefônicas autorizadas em usurpação da competência do STF.

Para garantir “a autoridade” da referida decisão que anulou as provas obtidas contra Demóstenes Torres, o ex-senador apresentou a Reclamação n. 29.870, em que solicitou a anulação da Resolução do Senado Federal n. 20, de 11 de julho de 2012, que cassou seu mandato, sob o argumento de que a decisão teria se baseado em “provas ilegais”.

Em 17 de abril de 2018, por 3 votos a 2, a Segunda Turma do STF referendou a liminar concedida pelo Ministro Dias Toffoli na Reclamação n. 29.870 para anular a cassação no Senado Federal e liberar o ex-Senador Demóstenes Torres para candidatar-se nas eleições de 2018.

O argumento central foi no sentido de que as provas que embasaram a cassação foram anuladas judicialmente, pela própria Segunda Turma, em outubro de 2016 (no já mencionado RHC n. 135.683). O voto do relator Ministro Dias Toffoli foi acompanhado por Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, enquanto os Ministros Celso de Mello e Edson Fachin ficaram vencidos.

Como dito, o ex-Senador teve seu mandato cassado por quebra de decoro parlamentar, por ter usado o mandato para favorecer o bicheiro Carlos Augusto Ramos, o Carlinhos Cachoeira, após o vazamento de gravações revelando conversas sobre projetos de leis envolvendo a criminalização dos jogos de azar e negócios na Infraero²²².

²²¹ “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) b) os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura; (Redação dada pela LC n. 81, de 13/04/94)”

²²² É possível ouvir as gravações em: Ouça gravações de diálogos entre Demóstenes Torres e Cachoeira. **G1**, 30/03/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/ouca-gravacoes-de-dialogos-entre-demostenes-torres-e-cachoeira.html>. Acesso em: 28 jul. 2019; e em Escutas telefônicas revelam que senador faz lobby para contraventor. **O Globo**, 30/03/2012. Disponível em:

Posteriormente, considerou-se que essas informações foram fruto de interceptação telefônica autorizada no âmbito das Operações Vegas e Monte Carlo em usurpação da competência do STF.

A argumentação do ex-Senador Demóstenes Torres foi a seguinte: como a própria Segunda Turma do STF havia declarado a nulidade de tais interceptações telefônicas, o que também acarretou a anulação do processo administrativo disciplinar (PAD) aberto somente com base nessas interceptações, o mesmo fundamento se prestaria para derrubar a cassação do seu mandato de senador.

Segundo Toffoli:

(...) a invalidação daquelas provas, ou diretamente delas derivadas e que subsidiaram o processo quanto à perda de mandato de Demóstenes, não podem amparar efeitos prospectivos e que ainda estão sendo gerados na esfera dos seus bens jurídicos, e um dos seus bens jurídicos que é a sua cidadania.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, Demóstenes Torres não poderia ficar inelegível “automaticamente” por ter sido cassado.

Detalhe importante: na Reclamação, foi formulado pedido para que o ex-Senador fosse reconduzido ao mandato. Nada obstante, esse pedido deixou de ser reconhecido por uma clara jurisprudência defensiva: considerou-se *“inviável o manejo de reclamação constitucional com fundamento em paradigma publicado após o ato reclamado”*, na linha de outros precedentes da Corte que rejeitam o uso da reclamação como sucedâneo de ação rescisória, recurso ou ações judiciais em geral.

Em outras palavras, na hipótese de que ato reclamado tivesse sido proferido posteriormente à publicação da decisão invocada como paradigma de confronto (no caso, o RHC), o pleito poderia ter sido conhecido.

Ora, como visto, é verdade que o STF não poderia conceder o pedido de recondução ao mandato de senador, mas por outro fundamento, qual seja, a impossibilidade de “judicialização” da responsabilidade política, dado que a responsabilidade penal não pode absorver a responsabilidade política. Esta é a razão pela qual o STF não poderia ter julgado procedente o pedido para tornar sem efeito a cassação, porque ela é política, não jurídica.

Além disso, é irrelevante, para fins de responsabilidade política, perquirir a licitude ou ilicitude da prova. Este tema interessa apenas ao Direito, não ao campo da ética e decoro parlamentar. Na formação de seu convencimento, o CEDP não está adstrito aos elementos probatórios coligidos aos autos. Como já visto, conta (e muito) o desempenho do próprio parlamentar em articular pessoalmente sua defesa a partir da tribuna. Repita-se, o juízo é político.

A mesma razão – repita-se, a independência entre as responsabilidades política e penal – deveria ter sido o fundamento para manter hígida a Resolução do Senado Federal n. 20, de 11 de julho de 2012, que decretou a perda do mandato do então Senador Demóstenes Torres, inclusive quanto à inelegibilidade decorrente da aplicação da Lei da Ficha Limpa, que o impediria de candidatar-se até o ano de 2027.

Nada obstante, Como se vê, o fato é que a decisão do STF ignora a lógica de funcionamento da responsabilidade política.

6.6.2. Ação Cautelar n. 4.327 (Caso Aécio Neves)

A Constituição é clara: mesmo configurada a situação de flagrância, é preciso a deliberação da Casa Legislativa respectiva para autorizar a prisão de seu membro²²³. Isso quer dizer que o Parlamento detém a palavra final sobre a suspensão do mandato de parlamentares e, em consequência, que o Parlamento é soberano sobre o afastamento de seus membros. Trata-se de um tema de separação dos poderes e imunidade parlamentar. Nada obstante isso, em 18 de maio de 2017, o Ministro Edson Fachin determinou o afastamento cautelar do Senador da República Aécio Neves.

De acordo com a denúncia, teria sido entregue à Procuradoria-Geral da República uma gravação na qual o Senador mencionado figuraria como interlocutor de uma conversa em que se solicitava uma “vantagem indevida” de dois milhões de reais, com a finalidade de arcar com sua defesa técnica no bojo da operação Lava Jato.

No âmbito do Senado Federal, no mesmo dia 18 de maio de 2017, foi protocolada uma “representação” contra o Senador Aécio Neves. A petição foi recebida

²²³ “Art. 53. (...) § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela EC nº 35, de 2001)”

como “Petição do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar (SF)” sob nº 1, de 2017²²⁴. Como já comentado, a autuação sob essa denominação foi o procedimento adotado para prevenir o “uso político” do instrumento. Somente após o juízo de admissibilidade, a petição vira propriamente “denúncia” ou “representação”, conforme o caso. Os autores da representação foram os partidos políticos Rede Sustentabilidade e Partido Socialismo e Liberdade – PSOL.

No dia 23 de junho de 2017, o pedido de abertura foi inadmitido pelo então Presidente do CEDP, e liminarmente arquivado, sob o fundamento do art. 14, § 1º, da Resolução n. 20, de 1993 (*“Apresentada a representação, o Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar procederá ao exame preliminar de sua admissão no prazo de 5 (cinco) dias úteis, determinando o seu arquivamento nos seguintes casos: (...)”*)²²⁵.

Em síntese, os argumentos utilizados para o arquivamento foram os seguintes: a) ausência de provas (leia-se, conjunto probatório pré-constituído), tendo-se considerado que matérias jornalísticas não se prestam a tais fins e que a delação premiada é mero meio de obtenção de prova (e não prova em si mesma); b) inexistência de previsão de punição por “tentativa” no Código de Ética e Decoro Parlamentar; c) não caracterização da vantagem em concreto como “indevida”, tecendo digressões no sentido de que o que o Código de Ética e Decoro Parlamentar proíbe é o recebimento de doações relacionadas às atribuições dos parlamentares e os atos da vida pública (ou seja, entendeu-se necessário o chamado “ato de ofício” ou “mercancia do cargo”, oferecendo-se em contrapartida à vantagem algum ato vinculado ao ofício senatorial). Tudo isso, consignando-se que, de outra maneira, os parlamentares estariam em situação de “significativa inferioridade de direitos em relação ao conjunto dos cidadãos” e que a cassação de um mandato eletivo deve ser medida excepcional, porque procede “à desconsideração da vontade popular expressa em milhões de votos”.

Respeitando-se o prazo regimental do art. 14, § 2º, da Resolução n. 20, de 1993, com redação dada pela Resolução n. 25, de 2008, em 27 de junho de 2017, que prevê que da decisão que determine o arquivamento da representação cabe recurso ao plenário do CEDP, no prazo de dois dias úteis da publicação, subscrito por cinco

²²⁴ A tramitação integral pode ser consultada em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129231>

²²⁵ A decisão do Presidente está disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5370747&ts=1567529372061&disposition=inline>

membros, foi apresentado recurso contra a decisão que negou seguimento à representação.

Paralelamente, no dia 30 de junho de 2017, o Ministro Marco Aurélio determinou o retorno do representado ao mandato parlamentar.

De volta ao Senado, na apreciação do recurso, na votação do colegiado do CEDP, a decisão do Presidente João Alberto Souza quanto ao arquivamento foi mantida, tendo-se procedido ao arquivamento definitivo da Petição do Conselho de Ética – PCE em 12 de julho de 2017.

Como se vê, o caso mostra uma inadmissibilidade por razões de mérito, quando, na verdade, tal hipótese excepcional de arquivamento deveria ficar reservada às situações formais previstas no art. 14, § 1º, da Resolução n. 20, de 1993.

No dia 26 de setembro de 2017, na Ação Cautelar n. 4327, os Ministros da Primeira Turma do STF negaram o pedido de prisão formulado pela Procuradoria-Geral da República – PGR, mas determinaram o afastamento do mandato e o recolhimento noturno do Senador em casa. Tais medidas foram prontamente submetidas a referendo do Plenário do Senado Federal, que sustou (por 44 votos contra 26) a execução das referidas medidas cautelares que tinham sido determinadas ao Senador Aécio Neves.

Em 28 de setembro de 2017, o Senador voltou a ser denunciado no bojo da PCE n. 5, de 2017, apresentada pelo Partido dos Trabalhadores – PT. Na inicial da representação, insistiu-se que os fatos investigados nos Inquéritos n. 4483 e n. 4406, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, eram incompatíveis com o decoro parlamentar.

A petição novamente não foi aceita, desta vez contando com parecer da Advocacia do Senado Federal que reputou ocorrida “coisa julgada material legislativa”, tendo em vista a decisão tomada no âmbito da PCE n. 1, de 2017, que considerou atípicas as imputações, e tendo em vista a inexistência de “fato novo” que justifique a rediscussão da questão.

Aqui, a decisão do Presidente do CEDP foi lastreada pelo Parecer n. 654/2017-ADVOSF²²⁶. Com as devidas vênias, discorda-se do entendimento do referido órgão jurídico de que a decisão do CEDP ganharia contornos de “definitividade” quanto a determinados fatos reproduzidos em nova representação em todos os casos. Ora, o advento de novas provas pode ensejar a reabertura da discussão, não havendo que se falar em “trânsito em julgado”, a menos que

²²⁶

Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7241910&ts=1567528514913&dis_position=inline

6.6.3. Petição do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar n. 2, de 2017

No dia 11 de julho de 2017, um grupo de cinco Senadoras da República ocupou a mesa (no sentido literal) que conduz os trabalhos no plenário do Senado Federal, inclusive a cadeira do Presidente da Casa, impedindo o início da sessão deliberativa em que seria discutida a proposta de reforma trabalhista. As senadoras simplesmente se recusaram a desocupar os lugares reservados aos membros da Mesa Diretora, o que foi amplamente noticiado à época.

No mesmo dia, o Senador José Medeiros apresentou denúncia para a verificação de da prática de ato incompatível com a ética e o decoro parlamentar, sugerindo o enquadramento da conduta como abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional. A denúncia foi autuada como Petição do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar n. 2, de 2017²²⁷.

No dia seguinte, o então Presidente do CEDP, o Senador João Alberto Souza, reputando presentes os requisitos regimentais, admitiu monocraticamente a denúncia. O que se segue já não constará da tramitação disponível na página do Senado Federal.

Como sabido, da decisão que aceita a denúncia não há recurso previsto (somente existente para o arquivamento, nos termos do art. 17, § 4º, da Resolução n. 20, de 1993). Nada obstante a falta de previsão regimental, as senadoras denunciadas apresentaram recurso contra a admissão da denúncia, o qual não foi conhecido pelo Presidente do CEDP, que seguiu com as diligências de praxe, marcando a reunião do colegiado para designação de relator. Durante tal reunião, um dos membros do CEDP resolveu apresentar (no interesse das senadoras denunciadas) recurso da decisão do Presidente que admitiu a denúncia. Tal recurso, como já visto, tampouco conta com previsão na Resolução n. 20, de 1993. Mesmo assim, durante a reunião, o Presidente resolveu colocar para deliberação tal recurso, o qual acabou sendo acolhido pelos demais membros do CEDP e a denúncia foi arquivada.

Como se vê, o caso ilustra um flagrante atropelo dos procedimentos previstos. A rigor, a natureza política do julgamento da quebra de decoro parlamentar não deveria se prestar à adoção de ritos *ad hoc*, de forma contrária às regras já

²²⁷ A tramitação está disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130010>

estabelecidas. Mesmo nesses casos a formalidade processual é necessária. Note-se que a decisão de absolver as senadoras é perfeitamente possível e legítima quanto ao mérito, mas o correto teria sido seguir as formalidades da Resolução n. 20, de 1993 para alcançar esse resultado.

6.6.4. Recurso Ordinário n. 734.294 (Caso Paulo Rocha)

Em 2005, no auge do escândalo do mensalão, diante das suspeitas de seu envolvimento no esquema, a Câmara dos Deputados abriu processo contra o então deputado federal Paulo Rocha, que acabou renunciando ao seu mandato para evitar o processo de cassação junto ao CEDP.

Em 2006, Paulo Rocha voltou a se candidatar, tendo sido eleito de novo para o cargo. Nessa época, ainda não havia sido aprovada a Lei da Ficha Limpa.

Pela literalidade do art. 1º, inciso I, alínea *k*, da LC n. 64/90, incluído pela LC n. 135, de 2010, (Lei da Ficha Limpa), o simples ato de renúncia para evitar o processo de cassação do mandato legislativo implica inelegibilidade, independentemente do desfecho da representação, pelo prazo de oito anos, contados a partir do término do mandato.

Por força do referido dispositivo legal, em 05 de outubro de 2010, dois dias após as eleições, o TSE confirmou a inelegibilidade do ex-deputado federal Paulo Rocha (RO n. 120.182), que havia se candidatado a senador pelo Estado do Pará, em razão da renúncia de 2005. A rigor, sua inelegibilidade duraria até 31 de dezembro de 2014.

Em 2014, o TSE voltou a julgar um pedido de Paulo Rocha para ter sua candidatura ao Senado Federal registrada, sob o argumento de que fora absolvido em segunda representação, aberta em 2006, sobre os mesmos fatos que tinham ensejado sua renúncia em 2005. O arquivamento dessa segunda denúncia se deu por falta de tipicidade das condutas.

Nesse segundo julgamento (RO n. 734.294), o TSE entendeu que houve mudança no quadro fático e jurídico, de modo a retirar a inelegibilidade da alínea *k* acima referida. No caso, o fundamento que embasou a decisão foi no sentido de que se, por um lado, o exercício do mandato não pode ser outorgado a cidadão que ostente mácula incompatível com a gestão da res pública; por outro, tampouco se pode expungir da vida política aqueles que, nas instâncias próprias, foram legitimamente absolvidos.

O entendimento consagrado nesse segundo julgamento merece reprovação, na medida em que é irrelevante se o fato que deu ensejo à renúncia do candidato constituiu crime, nem se houve condenação ou absolvição pelo Poder Judiciário. Tendo havido a renúncia, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea *k*, da LC n. 64/90, isso é o que basta para verificar a inelegibilidade.

A rigor, é irrelevante que em um segundo processo resultou em julgamento pela inexistência de ato indecoroso, ainda que originado pelos mesmos fatos que ocasionaram a sua renúncia.

Outro caso que trata da mesma questão é do candidato à deputado estadual Luiz Sefer, absolvido na Justiça estadual de acusações de pedofilia. Ele também teve a candidatura negada pelo TRE do Pará por ter renunciado ao cargo e manejou os mesmos argumentos de Paulo Rocha no recurso que fez ao TSE.

Eugênio Aragão citou entendimento do TSE de que “*não compete à Justiça Eleitoral examinar se o fato que deu ensejo à renúncia do candidato constituiu crime nem se ele foi condenado ou absolvido pela Justiça Comum, cabendo-lhe tão somente verificar se houve renúncia nos termos do referido dispositivo legal*”.

O argumento está correto, mas aplicado ao caso errado. Na aplicação do dispositivo, realmente não cabe ao TSE verificar a natureza dos fatos que ensejaram a renúncia e sua repercussão criminal. Mas a análise correta, no caso, é a questão de direito intertemporal. Sob essa perspectiva, não há relevância na propositura e arquivamento posterior da representação perante o CEDP.

A instauração de representação por quebra de decoro parlamentar, lastreada nos mesmos fundamentos de representação anterior - em vista da qual o candidato havia renunciado no primeiro mandato - dessa vez apreciada e arquivada pela Casa Legislativa, constitui circunstância alteradora do quadro fático-jurídico do recorrente, apta a afastar a incidência da inelegibilidade da alínea *k* do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90.

6.6.5. *Impeachments Collor e Dilma*

Os *impeachments* de Collor e Dilma ilustram bem a natureza política do julgamento do Presidente da República por condutas enquadradas na enganosa denominação “crimes de responsabilidade”. Claramente, trata-se de processo de responsabilização política, de forma separada e autônoma da atribuição da

responsabilidade jurídica. Prova disso, inclusive, foi a absolvição do primeiro quanto às acusações penais que lhe foram formuladas.

Aqui, não se pretende entrar no mérito do acerto ou não das decisões institucionais tomadas em cada caso, sendo certo que existe grande divergência sobre qual teria sido a solução mais adequada. Nada obstante, não se pode deixar de mencionar os dois casos,

Deve-se destacar de forma especial, em relação ao Dilma, a equivocada interpretação dada ao art. 52, parágrafo único, da Constituição²²⁸, cuja redação não deixa abertura para o fatiamento realizado durante o julgamento. Pela redação, a condenação implica a perda do cargo e a inabilitação para o exercício da função pública, de forma cumuladas, não existindo opção de não aplicação da pena de inabilitação como feito.

6.7. Sugestões

A partir de tudo o que foi visto até agora, e com vistas a garantir uma melhor operacionalidade do CEDP, já é possível lançar mão de algumas sugestões, a seguir listadas:

1) revisar a Resolução n. 20, de 1993, do Senado Federal, e a Resolução n. 25, de 2001, da Câmara dos Deputados. A ideia seria reescrever integralmente os Códigos de Ética e Decoro Parlamentar e redesenhar os procedimentos para a punição pela quebra de decoro;

2) acabar com a diferença entre “denúncia” e “representação”. Como visto, atualmente as figuras só se prestam à confusão e como “jurisprudência defensiva”;

3) fixar como prazo limite para a renúncia, não a publicação do relatório preliminar, como é feito hoje, mas o recebimento da denúncia;

4) contemplar, de forma expressa, a participação da Advocacia do Senado Federal, tanto por ocasião da admissibilidade da “denúncia” (ou “representação”), como já acontece informalmente hoje, quanto no momento da aprovação do relatório final, especialmente em se tratando de juízo condenatório;

5) eliminar a previsão sobre a “contemporaneidade” constante do Código de Ética do Senado Federal (art. 14, § 1º, inciso III, e art. 22, § 1º);

²²⁸ “Art. 52. (...) Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, **limitando-se a condenação**, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, **à perda do cargo, com inabilitação**, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”.

6) acrescentar a proibição de reconduções sucessivas e ilimitadas do Presidente do CEDP, o que pelo regramento atual é permitido;

7) prever que o relator deva ser designado sempre por sorteio (hoje não existe tal obrigatoriedade no Código de Ética da Câmara dos Deputados), não sendo possível que o relator seja filiado ao mesmo partido político do representante, do representado ou seja representante do mesmo Estado da federação do primeiro ou do segundo;

Muitas outras sugestões poderiam ser formuladas, tendo-se limitado às mais importantes, por razões de tempo e espaço.

8. Considerações finais

Neste trabalho, foram apresentados os contornos da responsabilidade política, concebida de forma autônoma em relação à responsabilidade jurídica. Explicou-se que a responsabilidade política não pode, nem deve absorver a responsabilidade penal, nem vice-versa, sob pena de seu esvaziamento ou de criminalização da política. Aclarou-se por que a responsabilidade política nesses termos é exigida em uma democracia, como instrumento para restaurar a confiança nas instituições democráticas. Foram identificados os diversos mecanismos de controle político disponíveis para a fixação da responsabilidade política, tanto na Constituição da República de 1988, quanto de modo informal, a partir do controle social realizado pelas eleições periódicas, pela formação da opinião pública e pelos meios de comunicação.

Defendeu-se que as controvérsias políticas não devem ser transladadas aos âmbitos que não lhe são próprios, ao contrário do que vem acontecendo com a responsabilização jurídico-penal de agentes políticos por atos praticados no legítimo exercício da função legislativa. Em paralelo, defendeu-se que a responsabilidade política não deve esperar pela “prova judicial”. Igualmente, o eventual juízo negativo de culpabilidade penal não serve para desconstituir a responsabilidade política, especialmente a formalizada pelo controle parlamentar e dentro dos partidos políticos. Definitivamente, a responsabilidade política não é “judicializável”, sob pena de desconfigurar sua natureza. Justamente porque o juízo é político, e não jurídico, o Poder Judiciário não pode se imiscuir para revisá-lo.

Como se viu, o resgate e fortalecimento da responsabilidade política como instituto autônomo se afiguram mais acertados, tanto do ponto de vista conceitual, quanto para o atendimento das desejáveis finalidades práticas desse instrumento, que se

presta ao mesmo tempo para o combate à corrupção e para a contenção da criminalização da política. A flexibilidade, a tipicidade aberta, a elevada carga valorativa envolvida no juízo sobre as condutas, a pauta na confiança, juntamente com outras importantes características procedimentais analisadas – como a inaplicabilidade de diversas garantias jurídico-formais, aplicáveis de modo especial à seara penal – tornam a responsabilização política uma poderosa ferramenta fiadora das instituições democráticas.

Além retratar as diversas modalidades de responsabilização política previstas na Constituição – explicando, em especial, o conceito de decoro parlamentar, a criação e o funcionamento dos Conselhos de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados e do Senado Federal –, o trabalho cuidou de apontar alguns mecanismos para aperfeiçoar a prevenção da corrupção e o funcionamento da atribuição de responsabilidades políticas (como o estabelecimento de Códigos de Ética no Parlamento e nos partidos políticos, o efetivo controle de seu cumprimento por essas instituições, o papel da inelegibilidade eleitoral nos moldes estabelecidos pela Lei da Ficha Limpa e a pressão exercida pelos meios de comunicação).

Por fim, ainda foram analisados alguns casos práticos reveladores da má-compreensão dos conceitos aqui trabalhados, aplicando-se de forma equivocada normas jurídicas para afastar os efeitos de condenações exclusivamente políticas. Observou-se a existência de deturpações da lógica da responsabilidade política e abusos do caráter flexível dos procedimentos nos casos de quebra de decoro parlamentar. A análise constatou que ainda não foram devidamente assimiladas

Por último, foram formuladas algumas sugestões, na tentativa de contribuir para a mudança da realidade fática observada, aperfeiçoando o funcionamento das instituições.

6.9. Referências bibliográficas

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Ética e decoro parlamentar no Brasil e nos EUA: integração dos instrumentos de controle para mudança social*. 2. ed. Brasília: Entrelivros, 2007.

BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar. Sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 169, jan./mar., 2006, pp. 65-94.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de ética e decoro parlamentar do Senado Federal*: Resolução n. 20, de 1993.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Código de ética e decoro parlamentar da Câmara dos Deputados*: Resolução n. 25, de 2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança n. 21.682. 1994.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança n. 28.213. 2009a.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança n. 28.010. 2009b.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança n. 24.082. 2001.

CARVALHEIRO, Adriana Maria Dias Godoy. *O poder coercitivo do Conselho de Ética e Decoros Parlamentar da Câmara dos Deputados*. [Monografia]. curso de Especialização em Processo Legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. 76 f.

ENCONTRO Nacional sobre Ética e Decoros Parlamentar. I Encontro Nacional sobre Ética e Decoros Parlamentar. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2017.]

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Responsabilidad política y responsabilidades jurídicas: delimitaciones conceptuales. In: GARCÍA-ARÁN, Mercedes. *Responsabilidad jurídica y política de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 45-85.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 1983.

GARCÍA MORILLO, J. La responsabilidad política. *Claves de la razón práctica*, n. 45, 1994, pp. 32 e ss.

_____. Responsabilidad política y responsabilidad penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 52, 1998.

HART, Herbert. *Punishment and responsibility*. Essays in the Philosophy of Law. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2008.

PELIZZO, Riccardo; STAPENHURST, Rick. Legislative Ethics and Codes of Conduct. In: STAPENHURST, Rick; JOHNSTON, Niall; PELIZZO, Riccardo. *The role of Parliament in curbing corruption*. Washington: World Bank Institute, 2006, pp. 197-205.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política em América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

REALE, Miguel. Decoro parlamentar e cassação de mandato. Liberdade do deputado no exercício de seu múnus político. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. vol. 4. São Paulo: Editora RT, 2011, pp. 307-316.

SARNEY, José. Um passo necessário. *Folha de São Paulo*, 21/08/2009.

TEIXEIRA, Carla Costa. Decoro parlamentar: a legitimidade da esfera privada no mundo público. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 30, 1996.

TAMASAUKAS, Igor Sant'Anna. *Corrupção política: Análise, problematização e proposta para o seu enfrentamento*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

CONCLUSÃO

As pesquisas sobre a *Criminalização da Política* buscam dissecar casos de abusos, excessos e desvios de ações de combate à corrupção em detrimento do livre funcionamento da representação democrática.

Compreende uma análise ampla, complexa e multifatorial de crises da democracia que se configuram a partir da usurpação da soberania popular por órgãos de persecução judiciária sob a justificativa de expurgo da criminalidade na política.

Se, de um lado, o aprendizado institucional e o fortalecimento dos órgãos de controle e de persecução penal têm contribuído significativamente para a mudança de práticas políticas e administrativas que contrariam a lei, de outro lado, há uma tendência mundial de deslegitimação dos políticos e da Política como um caminho para a construção de compromissos e de soluções que viabilizam a vida em sociedade, e uma pretensão de substituição das instituições de representação democrática por instâncias de representação meramente funcional, como é caso do Poder Judiciário, do Ministério Público e das forças de segurança.

As democracias aprendem com suas experiências, com seus erros e seus acertos. Reformas são necessárias e fazem parte do processo de amadurecimento. Mas a desqualificação do Parlamento e das prerrogativas constitucionais asseguradas aos seus membros constituiu retrocesso a estágios pré-modernos, em que não estavam consolidados os princípios da separação de poderes e da soberania popular.

O debate que atualmente contrapõe poder político democrático e o combate à corrupção está equivocados. É falso o dilema entre o expurgo da criminalidade nos órgãos de soberania democrática e o livre exercício do mandato representativo. São instâncias que se complementam, em vez de se excluírem mutuamente.

Uma dos objetivos desta obra é definir os elementos nucleares do conceito de *Criminalização da Política* a partir da tendência de expansão, pela via interpretativa, das categorias sancionatórias do Direito, especialmente do Direito Penal, e de um aumento das atividades de fiscalização e de persecução penal de agentes que se dedicam à atividade político-partidária, com redução da margem de discricionariedade que sempre norteou o desempenho da função legislativa.

Distinguem-se três tipos ideais de criminalização da política que evidenciam a hipertrofia da jurisdição penal em detrimento da representação democrática. O primeiro decorre da introdução de técnicas e estratagemas processuais para abarcar condutas difusas e indeterminadas (responsabilidade difusa ou transindividual) e da abertura semântica de tipos penais, como o da corrupção passiva, com o propósito de abarcar comportamentos políticos legítimos. O segundo tipo ideal representa a absorção de elementos e critérios de jurisdição política pela jurisdição penal, com a violação do devido processo legal e dos princípios da impessoalidade e da imparcialidade, aplicáveis aos agentes de persecução penal. O terceiro corresponde à malversação da jurisdição que configure violação do princípio da proporcionalidade na persecução penal de titulares da representação democrática, com a utilização excessiva de medidas acautelatórias penais, como as prisões temporárias e preventivas e as buscas e apreensões, a fixação de penas elevadas e a ampla exposição midiática dos investigados.

Nesse sentido, elastecer os critérios de imputação penal impõe restrições excessivas dos espectros que compõem a atividade representativa em uma democracia, com a consequência de assegurar maior protagonismo aos agentes e órgãos de persecução, que passam a se utilizar da seletividade para definir quem será processado e quem será poupado, além de afastar da política diversos atores relevantes, que preferem não se candidatar para evitar serem alvos de investigações e processos.

É indiscutível que há uma crescente pressão dos sistemas social e jurídico em prol da mudança de paradigma da atuação dos políticos, não apenas no Brasil, mas em muitas outras democracias. Entretanto, práticas que antes se inseriam no espectro discricionário de atuação política, e cujos desvios éticos deveriam ser objeto de responsabilização no âmbito da própria Política, têm sido objeto de apropriação pelo sistema do Direito, especialmente pelo Direito penal, à revelia do princípio da legalidade.

São claros exemplos dessa mudança hermenêutica a persecução penal de parlamentares para apurar fatos relacionados à pressão para a liberação de emendas do orçamento previamente a votações de interesse do governo, à indicação de autoridades para formar o primeiro escalão do governo, à sustentação da base de apoio do governo e à defesa de interesses de segmentos da base eleitoral. À exceção dos casos de mercancia da função pública (*o qui pro quod*, a troca de uma coisa por outra), verifica-se uma incompreensão das relações de poder que se estabelecem no âmbito da Política e que cumprem papel importante na formação de compromissos que viabilizam os processos de tomada de decisão.

Nesse contexto, constata-se que os regimes democráticos não podem prescindir do acesso dos cidadãos a agentes políticos, da defesa de interesses e da possibilidade de influenciar as decisões políticas, e que essas práticas estão em consonância com a Constituição Federal, com as normas que regem o processo legislativo e com as normas informais que viabilizam a negociação e a construção de compromissos para a aprovação de matérias no Parlamento.

Em sociedades altamente complexas e plurais, a representação política é exercida por distintos canais de acesso e de influência para a defesa de interesses de segmentos sociais e produtivos, e essas formas de relacionamento entre representante e representados devem ser regulamentadas para assegurar a transparência e o controle e para viabilizar novas formas de representação política, inclusive virtuais, utilizando-se da tecnologia para aproximar os cidadãos da Política.

Também como reação à criminalização da Política, sustenta-se que o financiamento de campanhas eleitorais não pode ser confundido com a mercancia da função pública, porque esta tem como elemento fundamental a troca imediata de um ato legislativo por uma contraprestação definida, o *quid pro quo*, o que efetivamente configura o delito de corrupção passiva e deve ser objeto de responsabilização no âmbito do Direito.

A corrupção é um fenômeno complexo e sua mensuração depende de distintas variáveis, algumas delas relacionadas às questões institucionais. Não há, entretanto, uma relação necessária entre presidencialismo e corrupção, e tanto o parlamentarismo quanto o presidencialismo são sistemas que dependem de uma base de apoio no Parlamento para a garantia da governabilidade. O presidencialismo de coalizão pode se desenvolver num contexto republicano de coordenação política e ainda que sejam necessários ajustes no sistema, o presidencialismo não pode ser considerado a origem da corrupção política no Brasil.

A mudança de paradigma para a atividade política, bem como o combate à corrupção e à impunidade não pode enfraquecer o Poder Legislativo e colocá-lo em posição de inferioridade em face dos demais Poderes da República, não apenas pela redução da margem de discricionariedade da atividade política, mas também pela restrição, pela via interpretativa, do regime jurídico aplicável aos parlamentares, em especial das imunidades material e formal.

A percepção amplamente difundida na sociedade e nos meios de comunicação de que as imunidades constituem um “privilégio” contribui para a legitimação de um discurso moralista que supostamente resgataria a atividade política. Não obstante, as imunidades

parlamentares continuam a ter natureza pública e, diante das diversas formas de arbítrio (muitas vezes veladas) dos regimes democráticos, as imunidades ainda se mostram indispensáveis à preservação dos regimes democráticos e condição de existência e de participação de diferentes forças políticas no Parlamento, especialmente das minorias.

No âmbito mais específico de responsabilização penal, a criminalização da política evidencia-se por reiteradas iniciativas de limitação da atividade política, sob pretextos jurídico-penais pouco convincentes à luz do Direito vigente, como intervenções nas Casas Legislativas pelo afastamento de seus presidentes; tentativa de criminalização de iniciativas de lei contrárias à vontade do órgão de persecução penal; crítica em sentença penal porque o réu, tendo sido presidente, deixou de apresentar PEC para execução provisória da pena em segunda instância; limitação ao financiamento da atividade política; e criminalização do mecenato da atividade política por intermédio da ressignificação do conceito tradicional de corrupção – que se desvincula de sua interpretação estável pela doutrina e jurisprudência ao longo de meio século.

São vetores diretos da criminalização e que demonstram o ativismo judicial como instrumento para a promoção de tentativa de redução do espaço legítimo de atribuições do Congresso Nacional, com finalidades estranhas ao direito – de ordem moral, política ou ideológica.

Quanto às hipóteses de recrudescimento da aplicação da lei penal, a análise da criminalização da política torna-se mais sensível. Para além de uma resposta legítima do Direito à impunidade de crimes de corrupção, notadamente que envolvem agentes políticos, sustenta-se que a substancial e sistemática redução de direitos e prerrogativas fundamentais, associada a técnicas que reduzem os padrões probatórios normalmente exigíveis para uma condenação penal, legitima o reconhecimento de que a criminalidade econômico-política recebe, hoje, as maiores atenções do punitivismo penal e do direito penal simbólico.

Conforme demonstrado ao longo da obra, o político parece se desenhar, na aplicação do Direito Penal, como uma espécie de inimigo a ser eliminado e contra o qual se legitima a mitigação até mesmo da culpabilidade, admitindo-se uma relativização dos preceitos constitucionais penais e processuais penais que acaba por aproximar o juízo penal do juízo ético-sancionatório, olvidando-se que no primeiro caso está em jogo a própria liberdade do cidadão que se reveste de papel político e que, portanto, deveria manter a incolumidade de suas garantias constitucionais individuais, enquanto, no segundo caso, em geral, somente o mandato corre riscos.

Por fim, sustenta-se que a responsabilização ético-política deve ser concebida de forma autônoma em relação à responsabilidade jurídica e que uma não pode ser absorvida pela outra, sob pena de esvaziamento do controle político ou de criminalização da política.

Nas democracias, a responsabilidade política é instrumento para preservar ou restaurar a confiança nas instituições democráticas e há diversos mecanismos de controle político disponíveis para a fixação da responsabilidade política na Constituição da República de 1988, seja por meio das instituições, em controle interno ou controle recíproco, seja por meio do controle social realizado pelas eleições periódicas, pela formação da opinião pública e pelos meios de comunicação.

A transferência da responsabilidade política para o âmbito da responsabilidade jurídico-penal é também manifestação do fenômeno da criminalização da política. A confusão das instâncias de responsabilização acarreta, de um lado, a fragmentação de postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito e, de outro lado, enfraquece o controle político como importante instrumento de aprimoramento da democracia.

Há, nesse ponto, uma omissão do Parlamento e de seus membros em assumir a responsabilidade quanto ao controle efetivo da atuação ética de seus pares, coibindo o abuso no exercício de prerrogativas parlamentares, a violação de deveres inerentes ao cargo e o recebimento de vantagens indevidas, por exemplo. O arquivamento sumário de muitas denúncias perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, sem a necessária investigação dos fatos, e a cultura da “judicialização da prova”, acabam por tornar inócuas as tentativas de responsabilização disciplinar dos parlamentares.

Após um ano de pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Estudos, e considerando os capítulos apresentados nesta obra, responde-se afirmativamente ao problema de pesquisa que perpassa todo este trabalho: sim, a criminalização da política é um fenômeno que está em curso no Brasil e que produz impactos no desempenho da função legislativa mediante a restrição do espaço discricionário de atuação política em contrapartida ao alargamento de categorias sancionatórias do Direito Penal e mediante a restrição das prerrogativas parlamentares, em especial das imunidades material e formal.

Esse fenômeno, no entanto, caminha em paralelo com um processo legítimo de correção de rumos e de enfrentamento à criminalidade, o que torna mais difícil a identificação dos marcos delimitadores: onde termina o combate à corrupção *regular* ou *legal* e se inicia o combate simultâneo aos políticos e à ordem política estabelecida.

A criminalização da política não pretende imunizar desvios de conduta praticados por representantes e é também alvo de críticas acadêmicas no sentido de dificultar a punição

de políticos corruptos. O estudo crítico do tema traz uma contribuição importante para o debate e esta obra procura oferecer critérios adequados e mais claros para se distinguir o que deve ser considerado legítimo ou ilegítimo, lícito ou ilícito, no desempenho da função legislativa.

Não há, por óbvio, a pretensão de esgotar o tema. Trata-se de um ponto de partida para o aprofundamento dos estudos no sentido de viabilizar, de um lado, o aperfeiçoamento de uma agenda anticorrupção, e, de outro, a plenitude do desempenho da função legislativa e do regime democrático.

RELATÓRIO FINAL DA PESQUISA METODOLOGIA ADOTADA NA COLETA DE DADOS

1) Introdução

Complementarmente à pesquisa bibliográfica, o Grupo de Estudos se propôs a realizar uma pesquisa empírica exploratória para obter uma base de dados sobre as ações judiciais manejadas com o objetivo de responsabilizar parlamentares por atos estritamente vinculados ao exercício da função legislativa.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, verificou-se a necessidade de readequar o objeto da pesquisa, alterando-se a estrutura da obra, bem como o objeto da pesquisa empírica. O Grupo considerou, para a redefinição do escopo da pesquisa empírica, as limitações de recursos humanos, tecnológicos e temporal existentes.

Por ser a corrupção, nas modalidades ativa (art. 333 do CP) e passiva (art. 317 do CP), o delito mais representativo do fenômeno da criminalização da política, decidiu-se que a pesquisa exploratória seria direcionada à busca jurisprudencial de acórdãos do Supremo Tribunal Federal em que houvesse a investigação ou processo de parlamentar federal (senador ou deputado federal) pela prática em tese do delito de corrupção e que estivesse relacionado ao exercício da função legislativa.

A partir desse corte metodológico, foram aplicados critérios de busca predefinidos pelo Grupo na seção de Pesquisa de Jurisprudência do site do Supremo Tribunal Federal. Os critérios de pesquisa aplicados foram: (senador e corrupção) e (deputado e corrupção)

A pesquisa exploratória adotou como marco temporal inicial a edição da Emenda Constitucional nº 35, 20 de dezembro de 2001, que alterou a redação do artigo 53 da Constituição Federal para afastar a licença prévia como condição de procedibilidade para o processamento de parlamentares federais por crimes comuns. Como marco temporal final, adota-se o dia 01 de julho de 2019, mês subsequente à convocação para o início dos trabalhos dos GEPAS, que ocorreu em 19 de junho de 2019.

Os resultados foram identificados e classificados segundo os seguintes critérios: tipo de processo; número de processo; data de julgamento; natureza da

imputação; tipo de função legislativa; esfera da federação do parlamentar; natureza da decisão proferida no processo e; órgão julgador. A descrição dos critérios metodológicos aplicados segue consta do próximo item.

2) Metodologia adotada na coleta de dados

2.1. Tipos de processos

Os tipos de processos selecionados pelo Grupo foram os inquéritos penais e as ações penais que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

2.2. Número de processo

Os processos foram identificados pelo número atribuído pela distribuição do órgão judiciário competente, observando-se a abreviatura “Inq” para os inquéritos, com as variações de “Inq QO” para questão de ordem em inquérito; “Inq AgR” para agravo regimental em inquérito; “Inq ED” para embargo de declaração em inquérito, e “AP” para ação penal, com as variações de “AP QO” para questão de ordem em ação penal; “AP ED” para embargos de declaração em ação penal. Os incidentes processuais num mesmo processo foram considerados como um único achado de pesquisa, de modo que o inquérito, a questão de ordem em inquérito e os embargos de declaração em inquérito de mesmo número computam como um achado.

2.3. Data do julgamento

A data do julgamento tem o objetivo de identificar se a decisão judicial considerada está dentro do parâmetro temporal adotado pelo Grupo.

2.4. Natureza da Imputação

A natureza da imputação diz respeito aos crimes utilizados como critério de busca na pesquisa de jurisprudência do STF. Por ser o delito mais representativo do objeto de pesquisa e o que mais se relaciona com a Criminalização da Política, o Grupo selecionou o delito de corrupção, abrangendo tanto a corrupção passiva (art. 317 do CP)

quanto a corrupção ativa (art. 333 do CP). O delito de corrupção eleitoral não se insere no objeto da pesquisa (art. 299 do CE).

2.5. *Tipo de função legislativa*

No momento da análise dos resultados encontrados, o Grupo procurou classificar o fato em tese imputado ao parlamentar (corrupção) como praticado (2.5.1) antes ou (2.5.2) durante o exercício do mandato, bem como se o fato em tese imputado estava (2.5.2.1) ou não (2.5.2.2.) associado ao desempenho da função legislativa, adotando-se a seguinte classificação: (a) à atividade legislativa (que compreende a apresentação de proposições legislativas ou emendas, orientação de liderança), (b) à atividade político-partidária (que compreende a indicação de pessoas para ocupar cargos no Poder Executivo e em empresas públicas ou sociedades de economia mista, a ocupação de cargos de direção no partido político), (c) à atividade de representação política (que compreende a defesa de interesses dos representados, o acesso e a influência em relação ao parlamentar e a outros agentes políticos), (d) atividade administrativa das Casas Legislativas (normalmente relacionadas a parlamentares que ocupam cargos da Mesa) ou ao (d) financiamento de campanha eleitoral (que compreende doações oficiais e não-oficiais).

A partir desses critérios, é possível classificar os processos como:

2.5.1. Fato em tese praticado antes do exercício do mandato parlamentar

Nesta classificação, consideram-se os fatos em tese praticados antes do exercício do mandato parlamentar, abrangendo inclusive o exercício prévio de outros cargos públicos que não o cargo eletivo para o Poder Legislativo. O exercício de cargo eletivo no Poder Legislativo sem solução de continuidade é considerado durante o exercício do cargo para os fins de classificação dos resultados da pesquisa.

2.5.1.1. Sem relação com o exercício do mandato: a imputação de corrupção está associada à prática, em tese, de ato de ofício vinculado ao exercício de outro cargo público, que não o cargo eletivo no Poder Executivo. Frequentemente, trata-se de cargo do Poder Executivo como Prefeito, Governador, Secretário do Município ou Secretário do Estado.

2.5.1.2. Relacionado ao financiamento da campanha eleitoral para o cargo eletivo de parlamentar: a imputação de corrupção está associada à potencialidade de ato de ofício futuro, em caso de sucesso na eleição. Os fatos presentes se relacionam ao contexto de atividade político-partidária para obtenção de doações de campanha eleitoral.

2.5.2. Fato em tese praticado durante o exercício do mandato parlamentar

Nesta classificação, consideram-se os fatos em tese praticados durante o exercício do mandato parlamentar, abrangendo o exercício sucessivo de cargos eletivos no Poder Legislativo, ainda que de esferas distintas da federação. Para os fatos em tese praticados durante o exercício do mandato parlamentar, procurou-se identificar o tipo de função legislativa em tese atribuída ao parlamentar como prática efetiva ou potencial de ato de ofício, conforme segue:

2.5.2.1. Atividade legislativa: a imputação de corrupção está associada à prática, em tese, de ato de ofício consubstanciado na apresentação de proposições legislativas, apresentação de emendas, pareceres, orientação de liderança, requerimento de urgência e outros atos próprios do processo legislativo.

2.5.2.2. Atividade político-partidária: a imputação de corrupção está associada à prática, em tese, de ato de ofício consubstanciado na indicação de pessoas para ocupar cargos no Poder Executivo e em empresas públicas ou sociedades de economia mista, na ocupação de cargos de direção no partido político.

2.5.2.3. Atividade de representação política: a imputação de corrupção está associada à prática, em tese, de ato de ofício consubstanciado na defesa de interesses de segmentos sociais ou produtivos, na viabilização de acesso ou de influência em relação a parlamentares e a outros agentes políticos.

2.5.2.4. Atividade administrativa das Casas Legislativas: a imputação de corrupção está associada à prática, em tese, de ato de ofício consubstanciado em decisões e atos administrativos praticados por parlamentares no desempenho de função

de Presidente das Casas Legislativas, de Primeiro-Secretário ou de outra função da Mesa.

2.6. Esfera da federação do parlamentar

Pretende-se, com essa classificação, identificar se o processo se refere a senador ou deputado federal.

2.7. Natureza da decisão proferida no processo

O propósito da classificação é identificar o tipo de decisão proferida pela Turma ou órgão Plenário. Segundo os tipos de processo definidos pelo Grupo (inquérito e ação penal), tem-se a seguinte classificação: recebimento da denúncia, rejeição da denúncia, arquivamento de inquérito, julgamento de procedência da ação penal, julgamento de improcedência da ação penal, decisão declinatória de competência, prescrição, recurso provido, recurso não-provido, não conhecimento do recurso etc.

2.8. Órgão julgador

Tem-se o objetivo de identificar se o julgamento foi realizado pelo órgão Plenário (PL) ou por Turma, identificando-se, neste caso, se foi a Primeira Turma (1T) ou a Segunda Turma (2T).

3) Metodologia adotada na análise dos dados

3.1. Validação dos resultados quanto à pertinência com o objeto de estudo

Após a coleta de dados e sua classificação segundo descrito no item 2 supra, foram analisadas as ementas dos julgados e o conteúdo dos acórdãos para verificar se tinham pertinência com a imputação tem tese do delito de corrupção ativa ou passiva a parlamentar.

Os processos que não se enquadraram no critério inicial definido pelo Grupo [crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) ou corrupção passiva (art. 317 do CP) +

exercente de mandato eletivo no momento do fato ou da decisão proferida] foram descartados (não-validados).

Os resultados que não estavam relacionados ao objeto da pesquisa, ou seja, que se referiam a outros delitos que não o de corrupção ativa ou passiva, ainda que imputados a parlamentar ou praticados no curso do mandato, não foram validados, ou seja, foram descartados dos achados. Também foram descartados dos achados os delitos, ainda que de corrupção ativa e passiva, praticados antes da posse no cargo eletivo do Poder Legislativo.

Os gráficos elaborados seguem como anexo a este relatório.

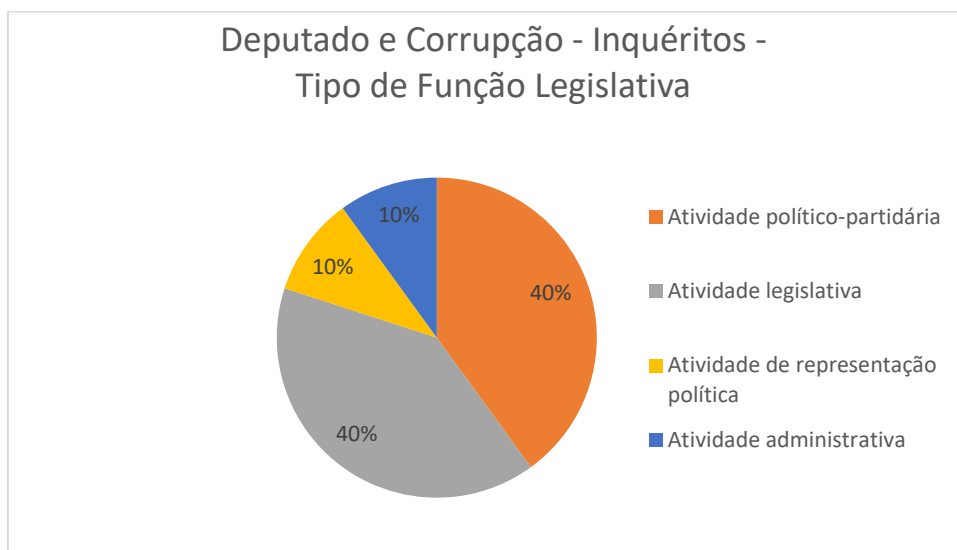
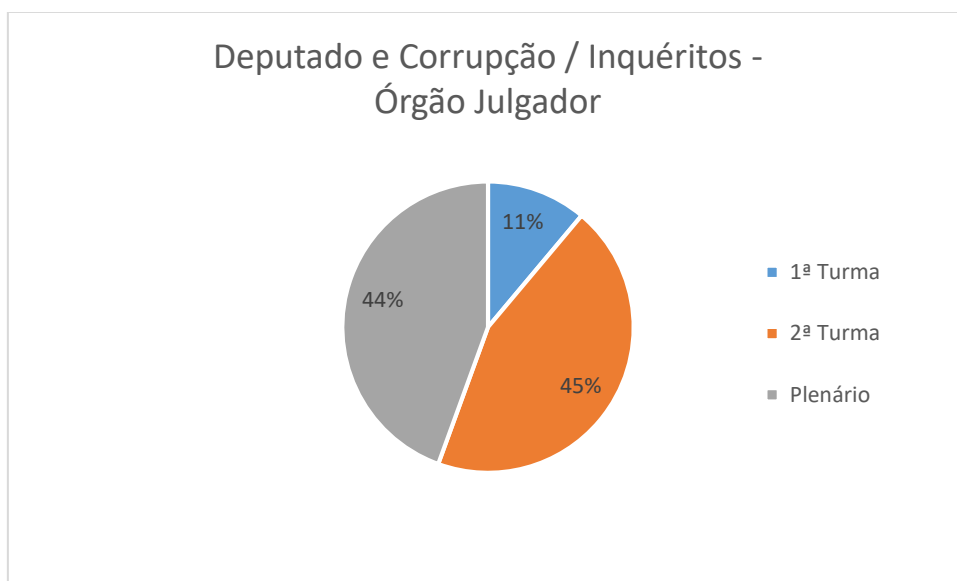
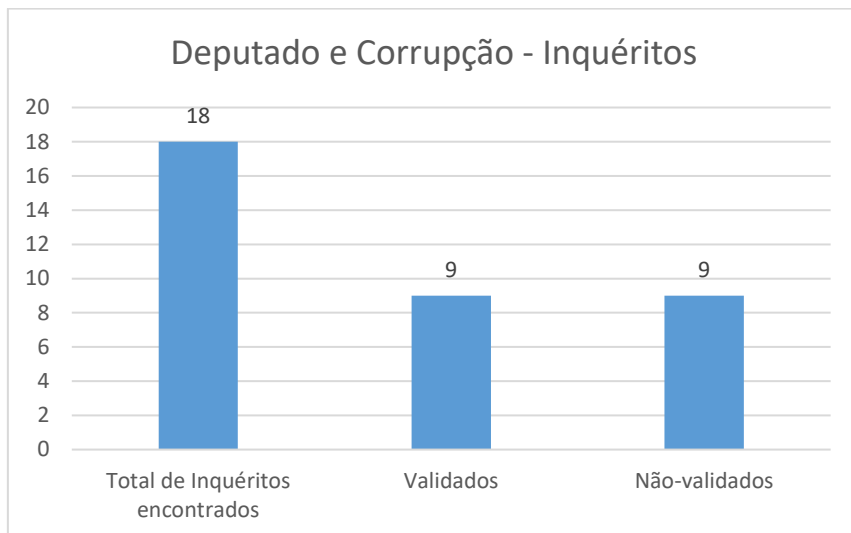
4) Análise dos resultados

A pesquisa realizada pelo Grupo teve o propósito exploratório e preparatório para a definição de novas hipóteses de pesquisa. Da análise dos resultados, o Grupo concluiu que se faz necessária a coleta e a análise de novos dados para a obtenção de resultados conclusivos quanto à relação entre a imputação do delito de corrupção e o fenômeno da criminalização da política.

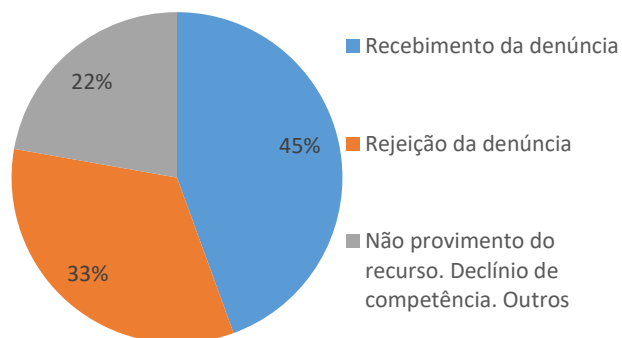
Não obstante, dos achados validados, observa-se que a imputação em tese do delito de corrupção, nas modalidades ativa e passiva, relaciona-se precipuamente ao desempenho da função legislativa nas atividades político-partidária e legislativa, o que, a princípio, constitui indicativo de que a atividade de persecução penal do Estado em relação a parlamentares decorre de um alargamento das categorias sancionatórias do direito penal.

Outro dado interessante é que, dos resultados validados, verifica-se elevado percentual de não-recebimento da denúncia e de ação penal julgada improcedente, achados que, num contexto de criminalização da política, podem indicar atuação excessiva da Polícia Federal e do Ministério Público, sem lastro probatório suficiente para o recebimento da denúncia ou condenação penal.

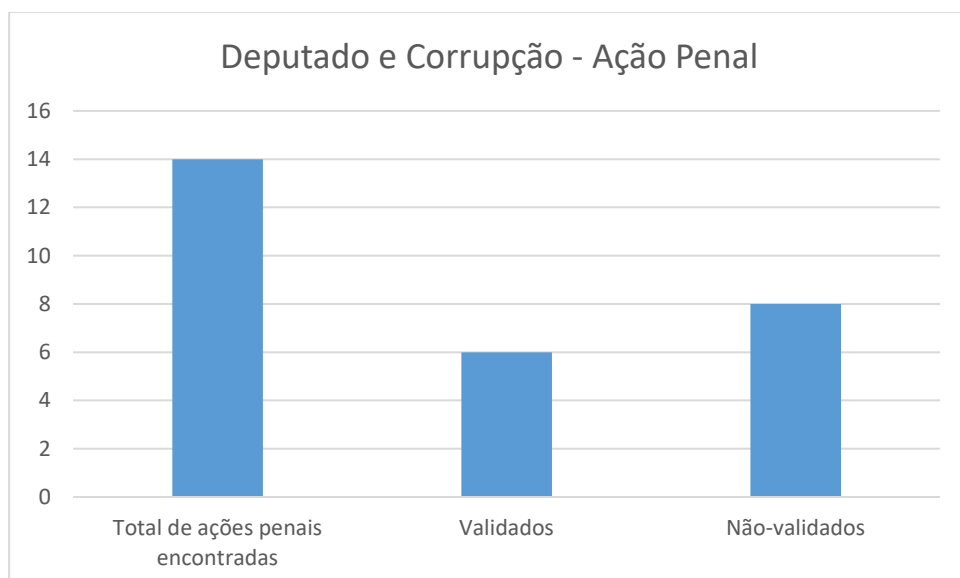
DEPUTADO E CORRUPÇÃO - INQUÉRITOS



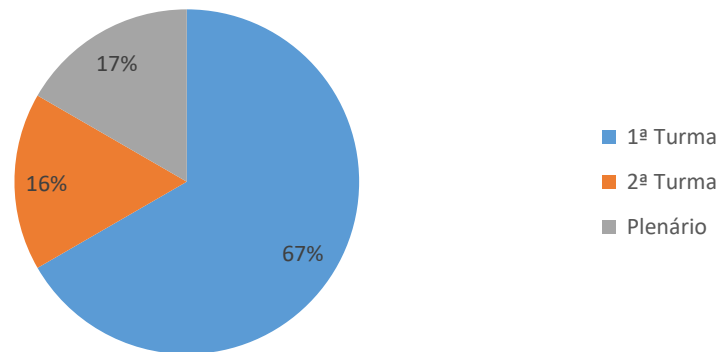
Deputado e Corrupção - Inquéritos Natureza da Decisão



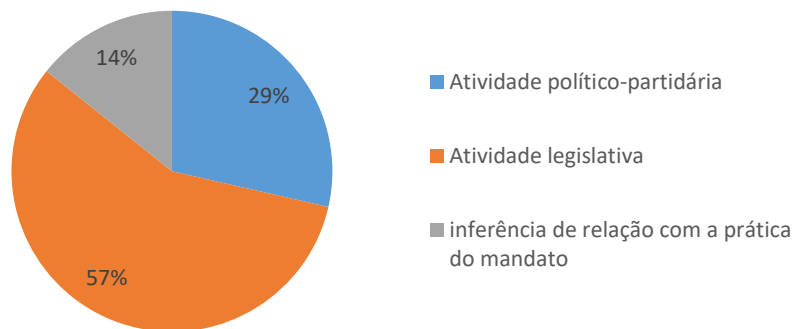
DEPUTADO E CORRUPÇÃO – AÇÃO PENAL



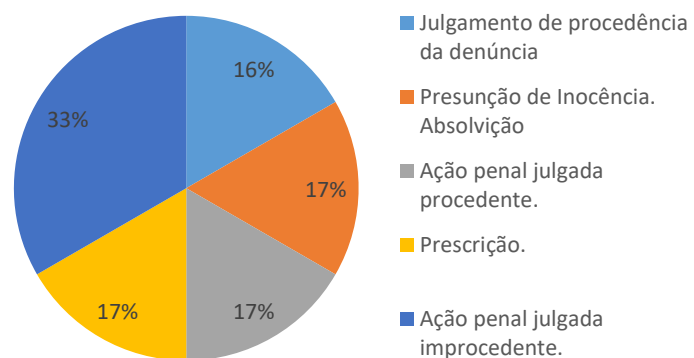
Deputado e Corrupção - Ação Penal - Órgão Julgador



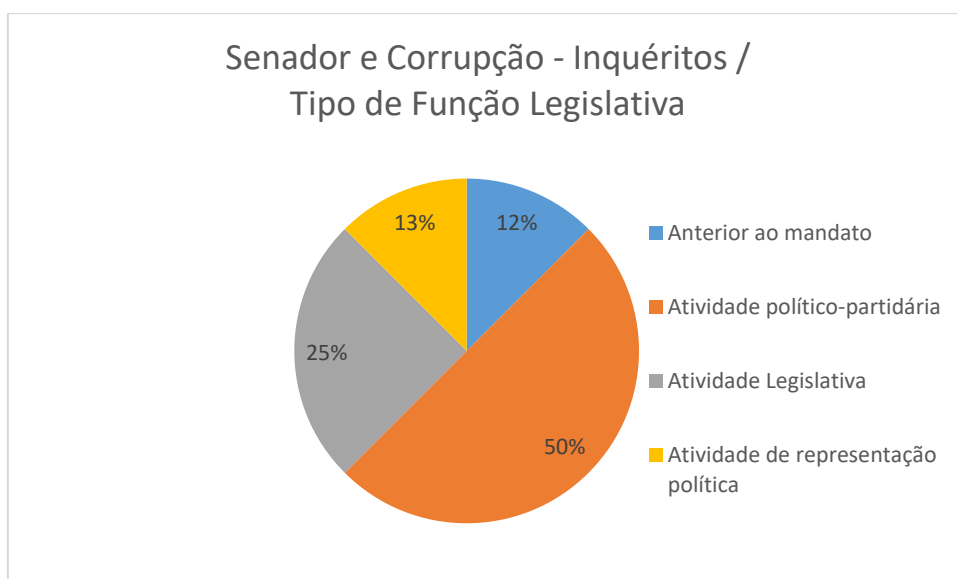
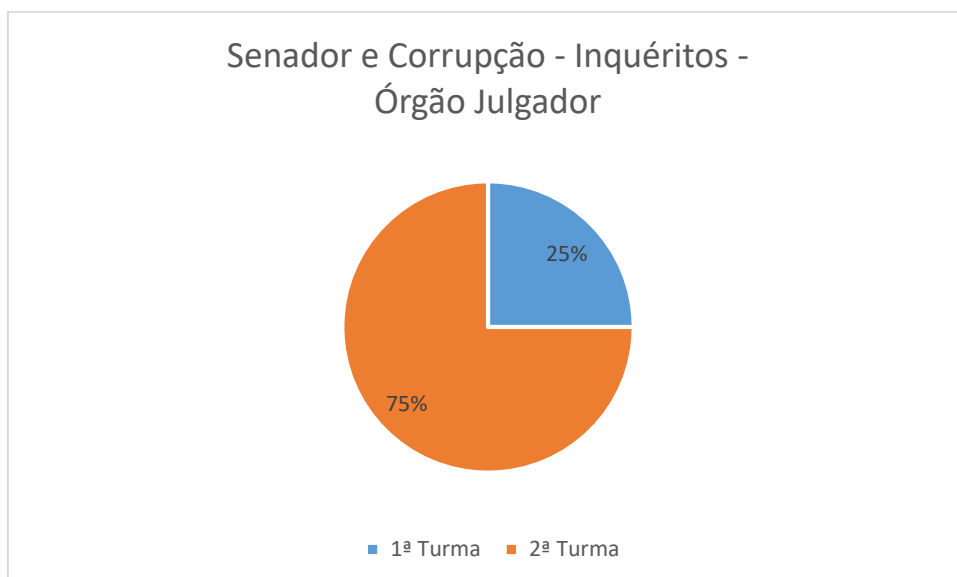
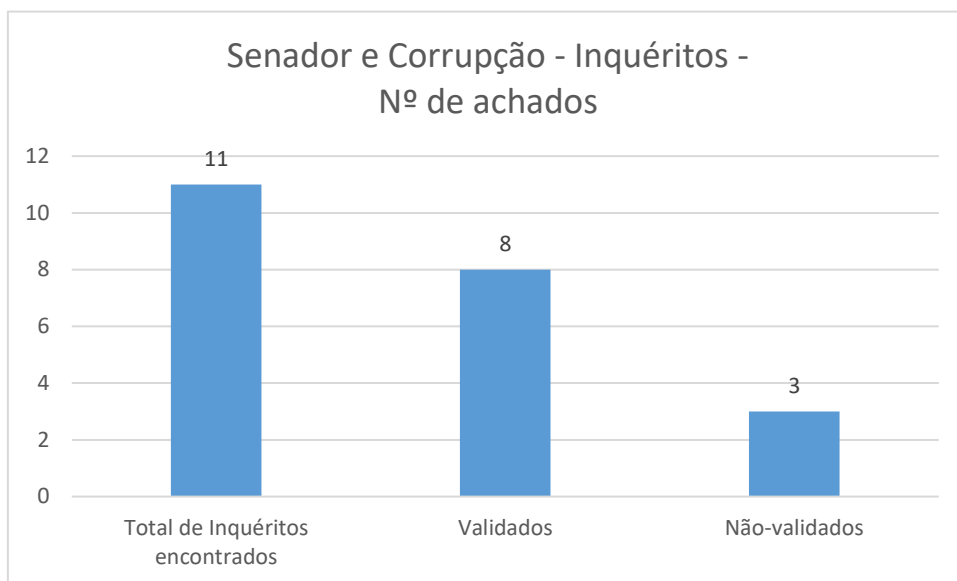
Deputado e Corrupção - Ação Penal - Tipo de Função Legislativa



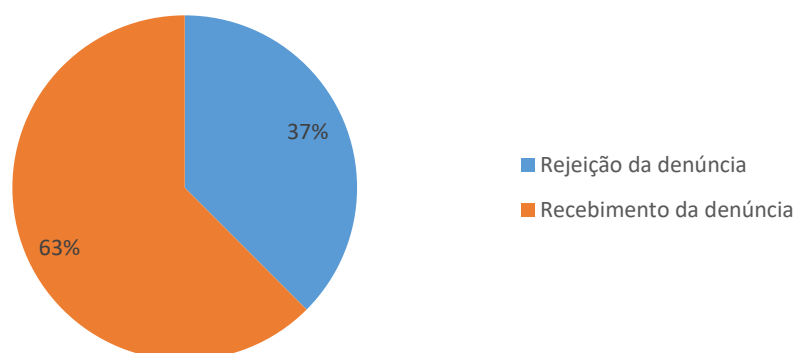
Deputado e Corrupção - Ação Penal - Natureza da Decisão



SENADOR E CORRUPÇÃO - INQUÉRITOS

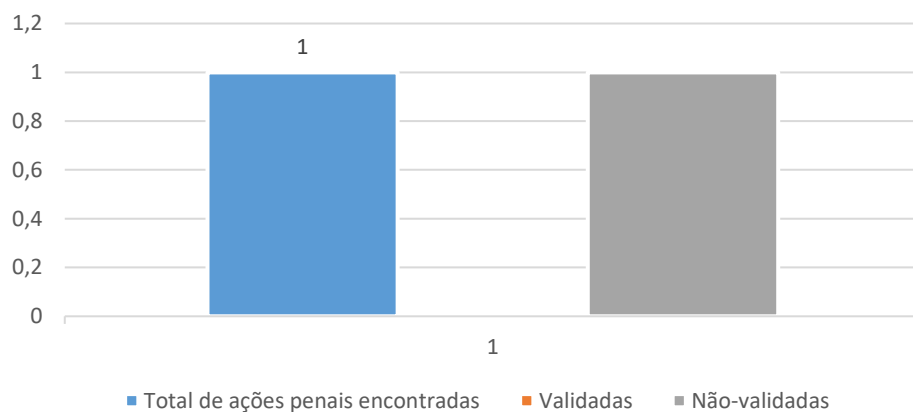


Senador e Corrupção - Inquéritos / Natureza da decisão



SENADOR E CORRUPÇÃO – AÇÃO PENAL

Senador e Corrupção - Ação Penal - Nº de achados



SENADOR E DEPUTADO – GRÁFICOS COMPARATIVOS

