

O “mensalão” na jurisprudência: notas sobre a imputação objetiva na justiça criminal

The “mensalão” case in the case law: notes about objective imputation in criminal justice

Cristhovão Fonseca Gonçalves¹

Marília Montenegro Pessoa de Mello²

RESUMO

Este trabalho procura investigar as repercussões do “mensalão” nos Tribunais Regionais Federais, delimitando-se a análise Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e ao estudo de três decisões dessa Corte, que se valem de lastro argumentativo do julgamento conhecido como “mensalão” – ação penal número 470 que tramitou no Supremo Tribunal Federal. Observa-se nessas decisões nos crimes de corrupção *latu sensu* como a imputação objetiva é amparada no julgamento do “mensalão”. Os reflexos dessa decisão emblemática são percebidos, desse modo, em acórdãos de outro tribunal, a partir de análises teóricas da expansão do direito penal e da utilização de teorias como a imputação objetiva em desacordo com a própria dogmática penal.

Palavras-chave: Mensalão; Jurisprudência; Imputação Objetiva.

ABSTRACT

The purpose of this article/paper is to analyze three judgments issued by the Federal Regional Court - 2nd Region, which uses the line of reasoning of the trial known as “mensalão” – criminal lawsuit number 470 that was judged by the Supreme Federal Court. In these decisions about corruption crimes it can be noted how the objective imputation in the criminal procedure is supported in the “mensalão” trial. Thus, the results of this relevant decision are reflected in the rulings of another court, according to theoretical analyses of the expansion of the criminal law and the utilization of theories as the objective imputation against the criminal dogmatics.

Keywords: Mensalão; Case Law; Objective Imputation.

*Mestrando Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista CAPES. Pesquisador CNJ. crithovao_fg@hotmail.com.

²Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de Criminologia e Direito Penal na Universidade Católica de Pernambuco e Universidade Federal de Pernambuco, marilia_montenegro@yahoo.com.br.

1. Introdução

Este trabalho procura entender a percepção do Poder Judiciário a respeito da corrupção, fenômeno intrinsecamente ligado ao cotidiano da maioria das sociedades ocidentais, tomando como referência o julgamento da ação penal de número 470 do Supremo Tribunal Federal (STF), e de que maneira ela vem sendo absorvida e incorporada na jurisprudência dos tribunais.

Se, por um lado, setores da sociedade civil vislumbram a consolidação de bandeiras democráticas (reprovação da corrupção, moralidade pública, proibição dos agentes da Administração e repúdio ao financiamento ilícito de campanhas), o julgamento da ação penal 470 no Supremo Tribunal Federal, conhecida como “mensalão”, precisa ser investigado para que se possa verificar até que ponto teses da dogmática penal, como por exemplo a imputação objetiva, imbricadas com discursos da política criminal, foram incorporados pelos tribunais brasileiros.

Este artigo é parte de uma análise maior, de uma pesquisa em andamento, que possui como objetivo geral mapear como o julgamento do mensalão pelo Supremo Tribunal Federal repercutiu na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões do País.

Quando aqui se fala de corrupção é preciso entendê-la em seu sentido amplo, isto é, abrangendo as modalidades ativa, passiva e outros tipos penais como concussão, peculato e lavagem de dinheiro. Adota-se, aqui, a mesma ordem terminológica do Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP 470³.

Desse modo, aqui, será observada como a imputação objetiva é aplicada na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (campo de pesquisa) com alicerce no julgamento da AP 470/MG. Utiliza-se no estudo uma amostra de três acórdãos em apelação criminal, nos quais se discutirá o que chamamos de “imputação objetiva à brasileira”.

2. Direito Penal e Expectativas Social: Breves Considerações

³No informativo de número 677, disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, relativo ao julgamento da AP 470/MG de 27.08.2012, a Ministra Rosa Weber, primeira a se manifestar, destacou que o pagamento de propina não seria feito sob holofotes, daí o realce do valor das presunções, bem como a admissão de maior elasticidade à prova acusatória nos delitos de poder, porquanto seus autores teriam mais facilidade em esconder o ilícito. Esses delitos de poder corresponderiam, como pode-se depreender da leitura do excerto, referem-se as modalidades de corrupção ativa, passiva, peculato, lavagem de dinheiro e concussão.

Uma reflexão conjuntural na América Latina revela que a expansão do direito penal, na sociedade de risco⁴, está em simbiose com o fenômeno do populismo punitivo⁵, o que pode ser traduzido como um reforço do discurso que clama pela emergência do "primeiro soldado do Direito": o Penal. (CASTRO, 2005, p. 128).

O Direito Penal, então, atua como protagonista nesse universo de teatralização, por acalantar uma sociedade, calcada por fluidez, incertezas e descrença na política, consagrando uma ilusória segurança jurídica de que a criminalização é ferramenta eficaz na resolução de conflitos sociais. (ANDRADE, 2003). Desse modo, partindo do “circo” instalado pelas esferas midiáticas, a estratégia para o processo de expansão do poder punitivo na contemporaneidade tem tomado força.

Desse modo, problemas essencialmente sociais, arraigados à formação histórica do povo brasileiro como a corrupção (DA MATTA, 1988), tentam ser solucionados a partir da judicialização da política via direito penal, o que cria – em face da atuação da mídia – respostas passageiras, igualmente políticas e paleorepressivas, mas que, passado o ápice do conflito, acabam reverberando na jurisprudência dos Tribunais (MOLINA, 2006).

Diante desse contexto, a função simbólica do direito penal é evocada. O escopo em que se centra esse ramo do direito para essa visão é apenas a produção na opinião pública de uma falsa impressão de tranquilidade gerada por um legislador diligente e um judiciário herói supostamente consciente dos problemas gerados pela criminalidade e pacificador do conflito advindo do crime através do castigo penal.

⁴Segundo a teoria da sociedade de risco, existem dois momentos distintos da modernização: a simples, que ocorreu durante o período industrial; e a reflexiva, na qual o homem começou a admitir os riscos decorrentes dessa evolução. Sob este enfoque, nesse primeiro momento ocorreram grandes avanços tecnológicos sem que, no entanto, fossem percebidos todos os riscos e perigos inerentes a estes avanços. Em um segundo momento, os avanços tecnológicos prosseguiram e foram percebidos pela sociedade, ou seja, há uma autorreflexão dos riscos que decorrem da moderna evolução social. (Beck, 1998). Essa conjuntura histórica, de certo modo, passou a ser ponderada por estudiosos do direito penal para justificar a criação/ reformulação de elementos normativos que pudessem ser instrumento hábil no combate a criminalidade moderna.

⁵“(…) A história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais. (...) o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da rebelião, do anarquismo, do comunismo, da dependência de tóxicos, da destruição ecológica, da economia informal, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitivos problemas dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data”. (Zaffaroni; Batista, 2003). Esse cenário anteriormente descrito é o que a Criminologia da Reação Social denominou de populismo punitivo, verificado com a ascensão do neoliberalismo e o desmonte do Estado Social ao longo do século XX.

Nesse cenário de expansão do poder punitivo e relativização de direitos, observa-se o retórico caráter do princípio da legalidade, que se entende como “condição semântica de sentido”, (WARAT, 1977), ou seja, não explica o funcionamento dos enunciados do saber comum ou ideológico, ocultando a função de crenças e valores no processo de criminalização.

A legalidade penal, pois, corresponde, para além da letra fria dos códigos e leis, a uma lógica de crenças, opiniões e valorações que se estabelecem sobre os objetos ou situações, descumprindo as funções sistemática, hermenêutica e de garantia que são assinaladas pelo pensamento dogmático. Tem-se, desse modo, um saber comprometido com as práticas e as decisões do homem, um saber de valor persuasivo:

Ora, no discurso jurídico, que é também ideológico, seja a nível de norma e de doutrina, a “condição retórica de significação” opera, identicamente, como limite do que se pode dizer com sentido. Tal condição determina a medida do aceitável e do verossímil (...) No direito penal, especificamente, encontramos numerosas condições retóricas. O princípio da legalidade dos delitos e das penas seria uma destas condições. (CUNHA, 1979, p. 116)

Com base nesse Direito Penal das expectativas, isto é, uma ferramenta a serviço da ideologia da punição e do senso comum social, o castigo penal é concebido como primeira ferramenta para solucionar conflitos sociais. Esse quadro conjuntural, saliente-se, agrava-se com a legitimação do poder de punir, mesmo quando esse poder é forjado na violação da dogmática penal e princípios de ordem constitucional. Diante desse quadro, a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade (ZAFFARONI, 2001, p. 28) para concretizar esse afã punitivo.

3. Processo Penal: o Lugar da Garantia de Direitos?

A literatura criminológica tem demonstrado que, embora haja íntima conexão entre a dogmática penal e processual penal, é na processualística que teses mais ou menos autoritárias são, de fato, verificadas. Como assevera Eugênio Raúl Zaffaroni:

Embora seja verdadeira a íntima relação do direito processual penal com o direito penal, pois todos sabemos que o direito penal não toca sequer em um fio de cabelo do delinqüente, o que o sismógrafo que o direito penal libera é o direito processual penal [...] De toda forma, é configurado um sistema penal cautelar diferente do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas a seriedade da suspeita de cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a

qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ontológica do inimigo [...] Os índices de encarceramento na América latina não variam muito em função das reformas penais, mas sim da regulamentação do confinamento cautelar, tradicionalmente legislado no código processual. Noutras palavras, esses índices dependem do sistema penal cautelar e não do de condenação. (ZAFFARONI, 2007. p. 107-111)

O processo penal brasileiro, bem como aqueles de notada influência ibérica, é marcado por um sistema inquisitório. Assim, é possível constatar, nos dias de hoje, uma mentalidade, que insiste em reproduzir a marca da punição como primeira resposta estatal, continua sendo observada.

Como principal motor dessa realidade, pode-se apontar o problema da verdade no processo criminal, sendo o mito da verdade real⁶ ainda uma constante no universo processual, aparências prevalecem quando estão em jogo significativos interesses do sistema politico-jurídicos em vigor, traduzindo, por vezes, o caminho da busca da verdade real em procedimentos judiciais inquisitivos. (FOUCAULT, 2012, p. 7) É de se notar a lição:

A verdade real, verdade revelada, não reivindica ou permite qualquer problematização por parte de seus destinatários. Funciona como um estereótipo do processo penal que sugere mais do que uma aceitação teórica; reivindica práticas de solidariedade e submissão que não se confirmam exatamente à função de um principio científico. É a este nível que interfere o instrumental epistemológico ajudando a discernir os limites da argumentação persuasiva da ciência (WARAT; CARDOSO, 1977, p. 49).

A crença inabalável, segundo a qual a verdade está ao alcance do Estado e de suas agências de persecução e julgamento, vem sendo responsável por um reforço e implementação constante da ideia acerca da necessidade de sua persecução, como meta principal do processo penal (PACELLI, 2011, p. 328). O processo penal, em síntese, torna-se um *locus* de violação e restrição de direitos, uma incoerência que se reproduz no universo dos fóruns e tribunais.

Tais fatos reiteram o que a processualista penal vem notando há algum tempo, isto é, o dispositivo probatório comporta, em termos funcionais, um duplo mecanismo: uma maquinaria processual das convicções e uma maquinaria processual das expectativas. Nessa dimensão, expectativas de incremento punitivo – de claro teor ideológico – é trazido ao

⁶ O mito da verdade real correlaciona-se com a estrutura do sistema inquisitivo e uma cláusula geral de violação de direitos para resguardar o interesse de toda a sociedade contra o individuo delinquente Nesse contexto, a busca por mais essa falácia de reconstrução perfeita do fato criminoso vem forjando a cultura inquisitiva e atos abusivos do Estado- Juiz. (Moraes, 2006).

universo do processo através da dogmática penal que, segundo o cânone, deve conter o poder punitivo. Na expressão de Rui Cunha Martins:

Dada a manifesta tensão entre, por um lado, a área jurídica penal, e, por outro, as expectativas sociais a seu respeito, ou, de acordo com a minha definição, dada a manifesta interação entre maquinaria processual das convicções maquinaria processual das expectativas, a turbulência assim trazida a esta última por via dos aludidos movimentos de redefinição acaba por se traduzir na ocorrência de curto-circuito ao nível desse relacionamento. A conflitualidade entre julgamento pela imprensa e julgamentos pelo direito é aqui que entronca. A ditadura do senso comum como agente municiador de expectativas securitárias de lei e ordem também aqui entronca. (MARTINS, 2012, p. 20-21)

Diante do exposto, é nesse cenário de avanço do poder de punir e da ideologia de consagração do castigo penal que se insere o julgamento da ação penal 470 no Supremo Tribunal Federal. Desse modo, o “mensalão” parece ter gerado fortes conseqüências na política do judiciário, consagrando, mais uma vez, o fenômeno que se denomina “populismo punitivo”, o qual consiste na verdadeira “perpetuação do antigo clientelismo que sempre marcou as recentes democracias latino-americanas” por meio da utilização política do arsenal penal (GLOECKNER, 2011, p. 82)

Nesse cenário, o “ser” e o “dever-ser” da programação dogmática parecem estar desconectados, ou seja, a dogmática penal que deveria conter o avanço do poder de punir é utilizada como ferramenta de incremento da punição.

A dogmática penal, cuja função seria limitar o poder de punir, ao contrário de sua teleologia teórica e prática, acaba sendo ferramenta da engrenagem punitiva, concretizando promessas não declarada na legislação, punindo muito, cada vez mais, reforçando uma concepção autoritária e irracional do processo penal:

Para saber como a Dogmática penal funciona temos que olhar para o real funcionamento do controle penal, indagar para quem se fecham as portas da justiça e para quem se abrem as portas da polícia e da prisão (notavelmente homens adultos jovens pobres de cor), e concluir que uma igualdade e segurança tão seletivas não correspondem ao funcionamento prometido pela Dogmática Penal. O que aconteceu? Precisamente aí, nos labirintos da ambiguidade entre promessas declaradas de garantismo e exigências latentes de regulação social, encontramos a própria Dogmática na prisão e o garantismo dogmático prisioneiro da própria fantasia que cria. O limite da Dogmática, o limite do garantismo prometido, não é outro senão o limite estrutural da própria sociedade: é o limite do espelho. (ANDRADE, 2008, p. 257)

O lugar do processo penal – ao revés do que anunciam os juristas – vem se constituído em espaço de reforço de uma ideologia punitiva que para se concretizar viola programaticamente direitos por meio do instrumento que deveria ser “escudo” protetor do cidadão frente às inserções punitivas do Estado.

3. 1. Imputação Objetiva: a resposta à criminalidade moderna?

Num cenário de sociedade de risco, como já esclarecido, um processo de modernização autônoma, numa era de superação do capitalismo no modelo clássico-industrial, novas demandas, inclusive punitivas são criadas para supostamente promover a pacificação social. (BAUMAN, 1999, p. 20).

Assim, frente a essa conjuntura para combater as novas formas de criminalidade se anunciam novas formas de imputação, uma vez que as categorias tradicionais não seriam capazes para lidar com problemas novos. Nessa lógica, de aparente superação do finalismo é que se insere a chamada imputação objetiva.

A imputação objetiva, segundo a concepção funcionalista de Roxin⁷, corresponderia a uma releitura do tipo objetivo, explicitando que não basta estarem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico, é necessário, pois, a criação de um risco juridicamente desaprovado e realização do risco no resultado.

Desse modo, a teoria da imputação objetiva desenvolveu critérios de imputação ainda mais precisos: para o preenchimento do tipo objetivo não basta que haja um nexo entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador. É preciso, além disso, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. (cf. ROXIN, 2006, p. 111)

É preciso ainda que se esclareça que o surgimento da teoria remonta a ideia de aperfeiçoamento do sistema finalista com intentos de política criminal, ou melhor dizendo, a partir da junção de uma concepção normativa e empírica de ciência, possibilitando uma aparente “abertura da dogmática, encerrada em seu edifício conceitual, para a realidade”. A noção de imputação objetiva, conforme as teorias aqui analisadas, inclusive, tenta trazer uma limitação de responsabilidade por culpa.

Por outro lado, essa nova tendência de manipular o conceito de imputação vem sendo aplicada, notadamente, ao que se chama de criminalidade moderna. (cf. ROXIN, 2002a, p. 178). É com o intento de combater essa criminalidade que a imputação objetiva passa assumir contornos problemáticos.

⁷ Existem outras concepções de imputação objetiva como a de Jacobs (2007) que não será objeto do presente trabalho.

Primeiramente, deve-se observar a imprecisão técnica e normativa do termo criminalidade moderna, que se reveste de porosidade e abrangência semântica – podendo se referir a criminalidade organizada, dos delitos ambientais, de computação, terrorismo, como sinaliza Roxin (2002a, p.179) – são os contornos de política criminal autoritária e de exceção que a imputação objetiva vem assumindo.

A beligerância penal é marca de um processo de hegemonia do castigo penal na sociedade e no Judiciário. Esse fenômeno concretizado pelo que os criminólogos chamaram de populismo punitivo, não apenas passou a ser relator da política criminal, mas, igualmente, constituiu base interpretativa da dogmática penal.

A máxima de que dogmática deve, conforme Von Liszt, ou ao menos deveria, servir como barreira intransponível da política criminal autoritária, tendo como escopo os princípios constitucionais de índole liberal, é, na contemporaneidade, diariamente desafiada/modificada pela vontade de punir dos atores que compõem o sistema de justiça criminal. Nesse cenário, fendas no “dique dogmático” permitem, através de um “malabarismo hermenêutico”, punir muito e cada vez mais (ROXIN, 2002b, p. 2).

Dessa maneira, para uma certa criminalidade moderna, como sinaliza o próprio Roxin, as garantias de direitos são relativizadas em nome da crença que a punição, mesmo às custas da relativização de garantias processuais penais é um instrumento válido. Nesse sentido, observe-se a crítica de Roxin ao que se denominou aqui de contornos de política criminal autoritária no caso de aplicação da imputação objetiva:

A criminalidade moderna só se combate se abandonarmos preconceitos como causalidade. Um tal posicionamento não pode, porém ser aceito. E por um duplo motivo: primeiramente, porque ainda não ficou suficientemente clara a legitimidade deste Direito Penal de “duas velocidades”, que trata os “poderosos” como se eles não fossem dotados de direitos fundamentais. Mas, em segundo lugar, porque como já visto, a imputação objetiva ainda está muito longe de ter na “criminalidade dos poderosos” o seu principal campo de aplicação (ROXIN, 2002a, p. 180)

A respeito dessas velocidades do Direito Penal, o de primeira velocidade é aquele que deve manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade destina-se àquelas infrações cominadas com penas pecuniárias e restritivas de direito, tratando-se, portanto, de figuras delitivas de cunho novo, onde então caberia flexibilizar de modo promocional esses princípios e regras clássicos. (SILVA SANCHÉZ, 2002, 144)

Eis um breve panorama teórico da imputação objetiva que, como discorrido, vem assumindo contornos políticos criminais de avanço do poder de punir e não possibilitar uma

congregação precípua de realidade social e normativa, para além do fechamento da dogmática penal.

3.2. Observando a “imputação objetiva à brasileira”: algumas considerações de ordem metodológicas e analíticas

Postas as considerações acima sobre a imputação objetiva, apresenta-se agora o que denominamos de “imputação objetiva à brasileira” na jurisprudência do Tribunal Federal da 2ª Região.

Antes de adentrarmos na análise de três acórdãos em apelação criminal do aludido tribunal escolhido como campo de pesquisa para observamos como a jurisprudência advinda do julgamento da ação penal 470, correntemente conhecida como mensalão, é preciso realizar alguns apontamentos metodológicos.

Primeiramente, realizamos a filtragem dos resultados desejados, no sítio eletrônico do TRF 2ª Região, da documentação através de palavras como “AP 470 STF”, “mensalão” e “prova”. Do total de resultados, aproximadamente dez, entre eles apelações criminais e habeas corpus, podemos notar que três deles possuíam identidade argumentativa ao apresentar a seguinte trecho de julgamento da AP 470/MG:

O Plenário retomou julgamento de ação penal movida, pelo Ministério Público Federal, contra diversos acusados pela suposta prática de esquema a envolver crimes de peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta e outras fraudes — v. Informativos 673 a 676. Na sessão de 27.8.2012, os demais Ministros da Corte iniciaram a leitura de seus votos sobre o capítulo III da denúncia, atinente a “origens dos recursos empregados no esquema criminoso: crimes de corrupção (ativa e passiva), peculato e lavagem de dinheiro”. A Min. Rosa Weber, primeira a se manifestar, destacou que questões relativas a financiamento de gastos de campanha ou despesas de partido não integrariam o conjunto fático descrito na presente acusação. Salientou, ainda, que o pagamento de propina não seria feito sob holofotes, daí o realce do valor das presunções, bem como a admissão de maior elasticidade à prova acusatória nos delitos de poder, porquanto seus autores teriam mais facilidade em esconder o ilícito. Asseverou, ademais, que a manipulação do dinheiro objeto da propina caracterizaria meio para a consumação ou exaurimento das corrupções ativa e passiva. No ponto, discorreu que, na corrupção ativa, ambos os núcleos do tipo (“oferecer” e “prometer”) configurariam crime formal e que a percepção da vantagem indevida pelo corrompido constituiria exaurimento do delito. Já na corrupção passiva, o verbo “solicitar” indicaria crime formal, de maneira que o efetivo recebimento da propina representaria o exaurimento do delito, ao passo que “receber” indicaria crime material, cuja obtenção da vantagem ingressaria na fase consumativa do delito. Por outro lado, sinalizou que, na espécie, a ocultação ou dissimulação da lavagem de dinheiro significaria a ponta de esquema criminoso de proporções mais amplas, razão por que postergaria o exame sobre essas imputações a João Paulo Cunha e a Henrique Pizzolato para outro momento. Tendo em conta essas premissas teóricas acompanhou, em parte, o Min. Joaquim Barbosa, relator,

dele divergindo em relação a João Paulo Cunha para absolvê-lo do peculato decorrente da contratação da empresa IFT. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012. (AP-470) . (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012).⁸

Do trecho assinalado, remontamos à discussão de como a necessidade de combater uma criminalidade moderna, que pratica delitos de poder⁹, vem gerando feições autoritárias da política criminal perceptíveis no âmbito do processo, ao definir que na modalidade dos crimes de corrupção, peculato, concussão e lavagem de dinheiro deve-se dar margem a valoração primordiais de presunções e de uma certa elasticidade do ônus de provar, uma vez que a natureza desses evitaria, segundo o raciocínio, obter provas mais contundentes.

Neste ponto, os três julgados de crimes diversos a seguir esclarecidos consignam declarações da Ministra Rosa Weber a respeito dos delitos de poder – categoria ambígua, tal como o termo criminalidade moderna – conforme já esclarecido - quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o delito.

Das três apelações criminais, que constituem a amostra aqui analisada, percebe-se que todas elas chancelam o entendimento nos exatos termos trazidos no julgamento de origem no STF: Vejamos:

Além do mais, **independentemente da existência ou não de testemunhas oculares, no que diz respeito à prova dos fatos, tal como no delito de corrupção passiva (conhecidos por delitos de poder)**, deve ser dada suma importância à prova testemunhal, especialmente da vítima, para o deslinde dos fatos, por se tratar de delito cometido clandestinamente, de forma dissimulada e sorrateira, mormente quando o depoimento se mostra coerente com os demais documentos carreados aos autos. Sobre o tema, não se poderia deixar de mencionar excerto do voto da Ministra Rosa Weber, em julgamento recente na Corte Suprema quanto aos crimes de corrupção (passiva e ativa), peculato e lavagem de dinheiro (AP 470/MG), no qual asseverou que “o pagamento de propina não seria feito sob o pagamento dos holofotes, daí o realce do valor das presunções, bem como a admissão de maior elasticidade à prova acusatória nos delitos de poder, porquanto seus autores teriam mais facilidade de esconder o ilícito” (INFO 677, STF). Referido entendimento pode, sem sombra de dúvida, ser utilizado para o **delito de concussão**, por se tratar de espécie de “delito de poder”. (BRASIL, TRF 2ª, Região, 2012 p. 4, Grifos Nossos).

[...] Inconcebível, também, a tentativa defensiva de desacreditar o depoimento da vítima pelo simples fato de não ter se dirigido à Delegacia de Polícia Federal, situada quase ao lado da ANVISA no Aeroporto Galeão. Ora, a vítima não tem obrigação de denunciar o fato na delegacia mais próxima, mas no local onde se sente segura para tanto. Aliás, foi neste sentido o depoimento da vítima Fábio, o qual, além de afirmar desconhecer a Delegacia por somente vir ao Rio de Janeiro a

⁸ Por impossibilidade de citação direta do acórdão que faz alusão o informativo número 677, faz-se referência ao informativo assinalado.

⁹ Conceito sem aparente definição prévia na literatura criminal brasileira, definindo aparentemente a ideia de delitos praticados por agentes de poder político e econômico. Corresponderia, talvez, ao que se chama na tradição anglo-saxã de *crimes of the mighty* (Roxin, 2002a, p. 180).

trabalho, fazendo apenas o percurso necessário, atestou que não fez denúncia em outras Delegacias de Polícia do Rio porque estava atrasado e que também teria temor de fazer tal denúncia, pois tem conhecimento da existência de **“máfia de taxistas, quanto de funcionários” e das atrocidades que ocorrem no Rio**. Tal temor é corroborado pelas suas próprias afirmações e condutas, já que, depois de tal fato, passou a fazer viagens internacionais por São Paulo e que, quando há necessidade de passar pelo Rio, o faz através do Aeroporto Santos Dumont. No que diz respeito à prova dos fatos, como bem delineado pela Desembargadora Federal Liliane Roriz, “o delito de corrupção passiva, via de regra, não deixa vestígios, pois é praticado clandestinamente, de forma dissimulada e sorrateira, razão pela qual não é de se esperar haver provas às claras quanto à sua prática, sendo a prova testemunhal de suma importância para o deslinde dos fatos”. (ACR 200651015381754. ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 9051. Relator(a) Desembargadora Federal LILIANE RORIZ Sigla do órgão TRF2 Órgão julgador SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA Fonte E-DJF2R - Data:21/09/2012 - Página:120/121, Grifos Nossos).

Sobre o tema, não se poderia deixar de mencionar excerto do voto da Ministra Rosa Weber, em julgamento recente na Corte Suprema quanto aos crimes de corrupção (passiva e ativa), peculato e lavagem de dinheiro (AP 470/MG), no qual asseverou que “o pagamento de propina não seria feito sob o pagamento dos holofotes, daí o realce do valor das presunções, bem como a admissão de maior elasticidade à prova acusatória nos delitos de poder, porquanto seus autores teriam mais facilidade de esconder o ilícito”. (INFO 677, STF). Portanto, o fato de não haver testemunhas oculares e de as testemunhas de defesa declararem o desconhecimento da existência de “tal prática” e de que “nunca ouviram qualquer coisa a esse respeito” no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, não tem o condão de ilidir o depoimento coerente da vítima e, muito menos, de afastar a configuração do delito. (BRASIL, TRF 2ª, Região, 2012 p. 3-4) (Grifos e Negritos Nossos). Não prospera a tese de ausência de provas diretas da entrega do dinheiro, como gravação, filmagem ou fotos da ocasião em que o dinheiro arrecadado foi levado à Prefeitura para pagamento da propina ao servidor. A jurisprudência é assente no sentido de que, para a caracterização do crime de corrupção, não se exige a confissão dos acusados para que haja condenação, nem se mostra necessária a comprovação dos fatos por filmagem, fotografia ou testemunhas oculares da entrega do dinheiro. Muito pelo contrário, nada disso seria próprio desse tipo de delito, cometido às escuras, na clandestinidade e longe de quaisquer testemunhas que possam visualizar o ato de recebimento da propina. **A esse respeito, veja-se o emblemático caso denominado "Mensalão", notório no sentido de que esses crimes são cometidos às escondidas (Supremo Tribunal Federal - AP 470 / MG - MINAS GERAIS - AÇÃO PENAL - Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Revisor(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Julgamento: 17/12/2012 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno). (...) Eu falo aqui da caracterização do crime de corrupção.** Não se exige confissão dos acusados. Enfim, **a prova realmente é indiciária.** Inclusive, cito a Ação Penal 470, o famoso caso “Mensalão”, que toca exatamente no sentido desses crimes cometidos às escondidas, como foi o caso desse outro famoso julgamento (BRASIL, TRF 2ª, Região, 2012 p. 90, Grifos Nossos).

Seguindo a ordem acima exposta, tem-se teres acórdãos (0000650-06.2008.4.02.5002, 0807383-80.2007.4.02.5101 e 0515714-95.2005.4.02.510), estes dois primeiros do ano de 2012 da 2ª Turma Especializada do TRF 2ª e o último do ano de 2014 da 1ª Turma. Observamos também que as duas primeiras são redigidas pelo mesmo relator, enquanto a terceira é formulada por outro magistrado. Os dois desembargadores das três decisões analisadas são convocados.

No primeiro caso, trata-se de concussão de funcionário terceirizado IPEM do estado do Espírito Santo (órgão delegado do INMETRO) que teria solicitado a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para “aliviar” fiscalização a ser realizada em estabelecimento comercial. Consta dos autos que ele teria recebido a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e no dia seguinte ao retornar para buscar mais R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) teria sido preso em flagrante.

Já no segundo, relaciona-se com a modalidade delitiva de corrupção passiva. Os fatos seriam que o apelante na qualidade de agente de saúde pública da ANVISA, lotado no Posto Aeroportuário Internacional do estado do Rio de Janeiro (Galeão), solicitou vantagem indevida para emissão de Certificado Internacional de Vacinação (CIV) por mais de uma vez e com vítimas diferentes. Os valores da propina, por assim dizer, giram em torno de \$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

O terceiro caso observado, aparentemente mais complexo, com mais de duzentas páginas de acórdão, e mais de dez apelantes. Trata-se, segundo o acórdão, de duas organizações criminosas, de atuação de mais de dez anos, com a finalidade de obtenção de contratos de prestação de serviços e fornecimento de produtos com diversos órgãos públicos gestores de verbas repassadas pelo Governo Federal, principalmente através do Ministério da Saúde, valendo-se de empresas concertadas entre si para fraudar ou frustrar o caráter competitivo dos respectivos procedimentos licitatórios.

Diante do exposto, é preciso ainda indagar: quem define o que consiste a figura delitiva “criminalidade moderna”, “dos poderosos”, “de vultosos esquemas”? Dos julgados acima não há uma conexão de ordem empírica do que de fato é tal conceito. A definição, de outra banda, parece perceber que todo crime de corrupção e correlatos corresponde a uma espécie de delito de poder, como uma espécie de operador argumentativo que nos conduz a conclusão que os delitos de corrupção em sentido amplo devem ser tratados da mesma maneira que o foram no julgamento do mensalão.

Essa atribuição do rótulo “delito de poder”, em face do perfil social e dos valores patrimoniais dos crimes, volta-se para a conhecida seletividade do direito penal, que desde há muito tempo é regida por um processo criminalizador que reproduz desigualdades de ordem estrutural, punindo extratos populacionais vulneráveis e de classe sociais subalternizadas na lógica da estrutura social capitalista. (BARATTA, 2011, p. 175).

O mensalão, percebemos, parece ser evocado como legitimador de um combate à corrupção que beira a tolerância zero, mas, por outro lado, a realidade fática na qual os crimes percebidos nos acórdãos do Tribunal Federal da 2ª Região não correspondem a categorização

argumentativa forjada com o julgamento da AP 470 do STF, isto é, a prática de delitos de poderes por “poderosos”. Eis que o político corrupto punido no “mensalão” e suposto detentor de poder político e econômico em nada corresponde ao funcionário público que fora alvo da criminalização secundária nas instâncias inferiores de jurisdição analisadas neste estudo.

Nessa sistemática de criminoso “diferenciado”, “corrupto”, aparentemente “a avaliação moral das condutas repercute no julgamento sobre o caráter moral dos réus” (WIECKO, 2002, p.69), reforçando-se o caráter estigmatizante do Direito Penal em que a conduta tomada como delituosa é observada sem a devida contextualização social:

As regras são produtos da iniciativa de alguém e podemos pensar nas pessoas que exibem essas iniciativas como empreendedores morais. Duas espécies relacionadas – criadores de regras e impostores de regras – ocuparão a nossa atenção (...) O desvio é também produto do empreendimento no mais estrito particular sentido. Depois que passou a existir, uma regra deve ser aplicada a pessoas particulares antes que a classe abstrata dos outsiders criada pelas regras se veja povoada. Infratores devem ser descobertos, identificados, presos e condenados (ou notados como “diferentes” e estigmatizados por sua não conformidade) (BECKER, 2009, p. 153-167).

Percebe-se, como a imputação objetiva à brasileira, como denominamos, assume a finalidade de ser instrumento de uma política criminal violadora de direitos e que procura encontrar em seus mecanismos uma forma de realizar inserções punitivas.

4. Considerações Finais

Este estudo procurou observar como a jurisprudência de um tribunal específico, o Tribunal Federal da 2ª Região, vem se portando ao referenciar e legitimar teses trazidas no julgamento do mensalão, ação penal 470, ainda em curso no Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Por ora, entende-se o julgamento do mensalão como peculiar, porquanto para além da repercussão midiática conseguiu inovar do ponto de vista da dogmática penal, revestindo de conteúdos políticos-criminais que remetem a relativização de direitos do indivíduo alvo da persecução estatal em face de um utilitarismo punitivo que enxerga na modalidade “delito de poder” e “criminoso corrupto” categoria diferenciada.

Esse processo, aparentemente, encaixa-se numa ressonância conjuntural maior de expansão do Direito Penal e da ideologia punitiva que, agora, passam a ser percebidas nos crimes contra a administração pública.

Pela breve observação da amostra e considerações realizadas neste trabalho, nota-se que os atores que povoam o universo processual da justiça criminal nem de longe correspondem aos protagonistas da ação penal em curso no Supremo Tribunal Federal. A categoria delito de poder representa, nesse contexto, como um operador argumentativo, que procura revestir de legalidade concepções ideológicas do julgador no enfrentamento de “grandes” criminosos.

Um aparente legado, reforço argumentativo do mensalão, começa a ser incorporado no Judiciário traduzindo a relativização/elasticidade de garantias processuais-penais, as quais deveriam ser o norte perseguido pelos operadores do direito, sobretudo na atividade de julgar.

5. Referências

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? In: **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 59, 2009.

_____. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. **Revista Sequência**. Florianópolis, nº 57, 2008. p. 257

BECKER, S. Howard. *Outsiders*. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Penal n. 470/MG. Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 22.04.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 29/07/2014

_____, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Acórdão na Apelação Criminal n. 0000650-06.2008.4.02.5002. Relator, Marcelo Perreira da Silva. Publicado no DJ de 15.01.2013. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>> Acesso em 29/07/2014

_____, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Acórdão na Apelação Criminal n. 0807383-80.2007.4.02.5101. Relator, Marcelo Perreira da Silva. Publicado no DJ de 17.06.2013. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>> Acesso em 29/07/2014

_____, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Acórdão na Apelação Criminal n. 0515714-95.2005.4.02.5101. Relator, Abel Gomes. Publicado no DJ de 05.05.2014. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>> Acesso em 29/07/2014

BAUMAN, Zigmund. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999, p. 20.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

CASTRO, Anyar Lola de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro> Revan, 2005.

CUNHA, Cardoso Maria Rosa da. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DA MATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Razões (?) do populismo punitivo**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 59, n. 402, p. 67-83, abr. 2011.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Cunha Rui. Expectativa, senso comum e decisão judicial. In: POZZEBON, F. Dreyer Ávila de, ÁVILA, de Norinha Gustavo. (Org.) **Crime e interdisciplinaridade**. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2012.

MOLINA, de Pablo Garcia Antonio. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Rosa Alexandre da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 178-180.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 178-180.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 178-180.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal** : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 144.

THOMPSON, John B. *La nouvelle visibilité*. Réseaux, Lavoisier, n. 129-30, p. 59-87, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. *El Derecho y su lenguaje*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencia Sociales, 1977.

_____ ; CUNHA, Rosa Maria da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

WIECKO, Ela. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal Econômico. In: ANDRADE, Vera Regina P. de. **Verso e reverso do controle penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____ ; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 68