



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
FACULDADE LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS SOCIAIS
SEDE ACADÊMICA BRASIL**

**INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO, COMBATE À CORRUPÇÃO E
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL
(1988 – 2008)**

HELDER GIRÃO BARRETO

**BOA VISTA
2012**

HELDER GIRÃO BARRETO

**INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO, COMBATE À CORRUPÇÃO E
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL
(1988 – 2008)**

A tese ora apresentada está vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Brasília, como parte das exigências para obtenção do Grau de Doutor em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional, com área de Concentração Políticas Regionais na Amazônia. Realizado pela Universidade de Brasília (UnB), Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO/Brasil), em convênio com a Universidade Federal de Roraima (UFRR), na modalidade DINTER.

BOA VISTA
2012

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO, COMBATE À CORRUPÇÃO E
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL
(1988 – 2008)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Doutor em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional, com Área de Concentração em Políticas Regionais na Amazônia, realizado pela Universidade de Brasília (UnB), Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), em convênio com a Universidade Federal de Roraima (UFRR), na modalidade DINTER.

Tese de doutorado defendida em 30/03/2012 pela seguinte Banca Examinadora

Prof^a. Dra. Ana Flávia Barros Platiau
Orientador

Prof. Dr. Edson Damas da Silveira
Co-orientador

Prof. Dr. Carlos Alberto Marinho Cirino
Membro Externo

Prof. Dr. José Carlos Brandi Aleixo
Membro

Prof. Dr. José Hamilton Gondim Silva
Membro Externo

Profa. Dra. Ana Zuleide
Suplente

AGRADECIMENTOS

Aos amigos, não muitos, que estão sempre presentes nos bons e maus momentos e sabem o quanto são importantes;

À minha Orientadora, pela paciência e dedicação com que me conduziu a este momento;

À Josy, amor da maturidade, resgate espiritual da adolescência;

À Tainá, Inaê, Maíra, Júlia, João Pedro, Violeta (*em memória*) e Cecília, filhos amados.

“Se a pessoa tem dinheiro, provavelmente escapará à punição. É uma vergonha pensar que existe uma lei para os pobres e outra para os ricos, mas os métodos atuais estão conduzindo a este resultado.”

Earl Warren (Chief Justice 1953-1969)

“A impunidade no Brasil é planejada, é deliberada. As instituições concebidas para combatê-la são organizadas de forma que elas sejam impotentes, incapazes na prática de ter uma ação eficaz.

A generalizada sensação de impunidade verificada hoje no Brasil decorre em grande parte de fatores estruturais, mas é também reforçada pela atuação do Poder Judiciário, das suas práticas arcaicas, das suas interpretações lenientes e muitas vezes cúmplices para com os atos de corrupção e, sobretudo, com a sua falta de transparência no processo de tomada de decisões. Para ser minimamente eficaz, o Poder Judiciário Brasileiro precisa ser reinventado.”

Joaquim Barbosa (Ministro do STF)

RESUMO

O combate à corrupção é preocupação que alcançou repercussão internacional, deixando de ser apenas um problema local ou regional. O Estado Democrático de Direito, Regime Republicano e Corrupção são termos antitéticos. A Internacionalização do Direito tem como premissa a delegação da capacidade de produção normativa para novos atores internacionais e procura identificar, compreender e apontar os atores, fatores e processos atuantes no processo de combate à corrupção. A globalização da economia gerou como subproduto o crime organizado transfronteiriço, que em alguns Países criou um “ambiente institucional favorável” à instalação, preservação e expansão da corrupção, bem como um “aparato de segurança”. O Supremo Tribunal Federal do Brasil não é uma Corte Constitucional, mas exerce com ênfase crescente o controle de constitucionalidade e o papel de Tribunal contramajoritário.

Palavras-chave: Internacionalização. Direito. Combate à Corrupção. Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal.

ABSTRACT

Fighting corruption is concern that achieved international recognition and no longer is just a local or regional problem. The Democratic State of Law, Republican Regime and Corruption are antithetical terms. The internationalization of law is premised on the delegation of production capacity for new normative international actors and seeks to identify, understand and point out the actors, factors and processes acting in the process of combating corruption. Economic globalization has generated as a product the transboundary organized crime, which in some countries has created an "institutional environment" to the installation, preservation and expansion of corruption as well as a "security apparatus". The Supreme Court of Brazil is not a Constitutional Court, but with increasing emphasis has control of constitutionality and the role of interpreter of the Constitution of 1988.

Key words: Internationalization. Law. Fighting Corruption. Supreme Court. Federal Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIN	- Agência Brasileira de Inteligência
ABRAJI	- Associação Brasileira de Jornalistas Investigativos
BIRD	- Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
BID	- Banco Interamericano de Desenvolvimento
CGU	- Controladoria Geral da União
CICC	- Convenção Interamericana contra a Corrupção
CF/1988	- Constituição Federal de 1988
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
COAF	- Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CP/1940	- Código Penal Brasileiro de 1940
CPP/1941	- Código de Processo Penal Brasileiro de 1941
ENCCLA	- Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
GAFI/FATF	- Grupo de Ação Financeira/Força Tarefa de Ação Financeira
ICSID	- Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos
IDA	- Associação Internacional de Desenvolvimento
j.	- julgado em
MESICIC	- Mecanismo de Acompanhamento e de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção
MIGA	- Agência Multilateral de Garantia de Investimentos
MP	- Ministério Público
OCDE	- Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico

OEA	- Organização dos Estados Americanos
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
ONG	- Organização Não Governamental
ONU	- Organização das Nações Unidas
PNLD	- Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
STF	- Supremo Tribunal Federal
TCU	- Tribunal de Contas da União
TI	- Transparência Internacional
UNESCO	- Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNODC	- Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes
WBG	- Grupo Banco Mundial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – TRATADOS INTERNACIONAIS E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO	14
1.1 Tratados Internacionais	14
1.1.1 Questão terminológica	15
1.1.2 Internalização, interpretação e aplicação	19
1.1.3 Modificação, suspensão e extinção	24
1.1.4 E o Direito Interno	26
1.1.5 E o Supremo Tribunal Federal.....	30
1.2 Internacionalização do Direito	38
1.2.1. O olhar metodológico de Mireille Delmas-Marty: atores, fatores e processos.....	38
1.2.2 Atores Internacionais.....	47
1.2.2.1. Transparência Internacional	47
1.2.2.2. Banco Mundial	49
1.2.2.3. Grupo de Ação Financeira (GAFI/FATF).....	50
1.2.2.4. Escritório da ONU sobre Drogas e Crimes (UNODC).....	52
1.2.2.5. Mecanismo de Seguimento de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC).....	54
1.2.3 Atores Nacionais.....	56
1.2.3.1 Conselho Nacional de Justiça (CNJ).....	56
1.2.3.2 Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)	59
1.2.3.3 Controladoria Geral da União (CGU)	61
1.2.3.4 Conselho de Controle de Atividade Financeira (COAF)	62
CAPÍTULO II – CORRUPÇÃO, ÉTICA JUDICIAL E TRATADOS INTERNACIONAIS	67
2.1 Aproximação	67
2.2 Ética Judicial	74
2.3 Tratados Internacionais	78
2.3.1 Convenção Interamericana Contra a Corrupção (OEA).....	78
2.3.2 Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas.....	80
2.3.3 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.....	82
CAPÍTULO III – COMBATE À CORRUPÇÃO e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: estudo de caso	85
3.1 (De)formação do Poder Judiciário	85
3.2 Tribunal Contramajoritário	91
3.3 Foro por Prerrogativa	98
3.4 Estudo de caso	106
3.4.1 Ação Penal n° 307/DF (Caso Collor).....	107
3.4.2 Ação Penal n° 470/MG (Caso Mensalão).....	108
3.4.3 Ação Penal n° 457/RR (Caso Gafanhoto)	111
CONCLUSÕES	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

ANEXOS	134
Anexo I – Convenção Interamericana contra a Corrupção	135
Anexo II – Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção	141
Anexo III – Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais	168
Anexo IV – Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (extrato)	174
Anexo V – Código Iberoamericano de Ética Judicial	197
Anexo VI – Código de Ética Judicial da Magistratura Nacional	203
Anexo VII – Proposta de Emenda Constitucional n° 15/2001	208
Anexo VIII – Proposta de Emenda Constitucional n° 358/2005	216
Anexo IX – Supremo Tribunal Federal – Movimento de Processos de 1940 a 2012	223

INTRODUÇÃO

Corrupção é expressão plurissignificativa e sua definição apresenta-se como um desafio. Para efeito deste trabalho corrupção é definida do ponto de vista normativo — e não moral, econômico ou cultural — como sendo a solicitação ou a aceitação por um funcionário público ou pessoa equiparada, bem como a oferta ou outorga a um funcionário público ou pessoa equiparada de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas.

Cumprir advertir que um dos objetos centrais deste trabalho é o combate à corrupção, razão pela qual são relegados os aspectos penais, causas e consequências da corrupção em si.

A Internacionalização do Direito é abordada a partir da perspectiva dos estudos capitaneados por Mireille Delmas-Marty¹, professora do *Collège de France*, que coordena diversos grupos de estudo no Brasil nas áreas de Direitos Humanos, Meio Ambiente, Crime Organizado, dentre outras. Segundo minha leitura, esse olhar metodológico procura identificar, compreender e apontar os atores (estatais e não estatais; internacionais e nacionais), os fatores (jurídicos e extra-jurídicos: políticos, econômicos, históricos etc) e os processos (formais e informais) que atuam na Internacionalização do Direito no combate à corrupção.

¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: 2003.

Outro referencial teórico foi colhido da trilogia de Manuel Castells², para quem em certos Países existe um “ambiente institucional favorável” à instalação, preservação e expansão da corrupção, sobretudo através da construção de um “aparato de segurança”.

No curso do trabalho são enfrentados, também, com mais ou menos fôlego, temas como a participação de novos atores internacionais, internalização dos Tratados, mutação constitucional, foro por prerrogativa, e seu desvirtuamento. Evitei a derivação para discussões paralelas sobre cada um desses temas e procurei não perder o foco.

O recorte temporal (1988-2008) justifica-se pelo advento da Constituição Federal Brasileira (5/10/1988), o que justificaria o marco inicial, e a comemoração dos vinte anos de promulgação daquela que foi aclamada *Constituição Cidadã* e é um marco no processo de redemocratização do Brasil (ainda não concluído).

Os Tratados Internacionais formam o que classicamente é denominado Direito Internacional. A presente tese pretende colocar-se no espaço gris de interseção com o Direito Constitucional contemporâneo, em relação dialética na qual cada um dos termos interfere no e interage com o outro.³

O processo de Internacionalização do Direito não se restringe à relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, já que a globalização internacional dos problemas demanda crescente abertura para uma “rede cooperativa de

² CASTELLS, Manuel. **Fim de Milênio**. Tradução Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (volume III). p. 216.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

metanormas”⁴. Daí porque o presente trabalho procura adotar uma postura multidisciplinar.

A hipótese a ser confirmada, ou infirmada, é de que existiu no Brasil, no período de 1988 a 2008, um “ambiente institucional” favorável à instalação, preservação e expansão da corrupção, sobretudo através da construção de um “aparato de segurança” no qual o Supremo Tribunal Federal estava inserido, cujos resultados são o enfraquecimento dos mecanismos de combate à corrupção e do processo de internacionalização do direito nesse mesmo combate.

Por fim, são analisados três casos da perspectiva de sua repercussão internacional, nacional ou local.

A tese tem a seguinte estrutura: **Primeiro Capítulo** abordando a internalização dos Tratados Internacionais e a internacionalização do Direito como método pela análise de seus atores, fatores e processos; **Segundo Capítulo** sobre corrupção, ética judicial e marco regulatório; **Terceiro Capítulo** examinando a atuação do Supremo Tribunal Federal no combate à corrupção mediante análise de três casos representativos.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 18

CAPÍTULO I – TRATADOS INTERNACIONAIS E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

1.1 Tratados Internacionais

Os aspectos abordados neste capítulo, de tão elementares, certamente não causam boa impressão e estariam melhor colocados em um livro de introdução ao Direito Internacional. Sem embargo, sua menção nesta tese justifica-se na medida em que a abordagem judicial dos Tratados Internacionais, mesmo perante o Supremo Tribunal Federal, transcorre nesse mesmo nível elementar.

Mas não é só. Apesar de aos Tratados Internacionais, sobretudo aqueles cujo conteúdo seja Direitos Humanos, ter sido incorporada uma densidade hierárquico-normativa crescente, surpreende o quase absoluto oblívio a que são relegados aqueles outros Tratados cujo conteúdo seja o combate à corrupção.

Cumpram não esquecer que os Tratados formam o que classicamente é denominado Direito Internacional e advertir que a presente tese pretende colocar-se no espaço gris de interseção com o Direito Constitucional contemporâneo, em relação dialética na qual cada um dos termos interfere no e/ou interage com o outro.⁵

Mas o processo de Internacionalização do Direito não se restringe àquela relação, até porque a “globalização internacional dos problemas” demanda uma crescente abertura a uma “rede cooperativa de metanormas (‘estratégias internacionais’,

⁵ PIOVESAN, *loc. cit.*

‘pressões concertadas’) e de normas oriundas de outros ‘centros’ transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (‘associações internacionais’, ‘programas internacionais’).⁶

Feitas as advertências é preciso mencionar, ainda do ponto de vista formal, os processos de internalização, interpretação, modificação, suspensão e extinção dos Tratados Internacionais no Brasil, com destaque para o período que vai de 1988 até 2008.

Não se pode deslembrar que os Acordos, Convenções e Tratados Internacionais acabaram por se converter na fonte primária do Direito Internacional contemporâneo, alcançando-se na década passada um número superior a 30 mil registros apenas perante a Organização das Nações Unidas (ONU), dos quais o Brasil figura como Estado-Parte em mais de oito mil.⁷

A importância e a projeção do tema nessa quadra de reestruturação do Estado, do repensar da Soberania e da busca da Cooperação e/ou Integração Regional, merecem uma breve atenção para aquilo que se convencionou chamar de Era da Globalização, ainda sustentada pelos laços de Tratados Internacionais.

1.1.1 Questão terminológica

Etimologicamente Tratado deriva do latim *tratactus*, que significava originalmente as relações pré-contratuais, sem caráter obrigatório, pertinentes à fase de negociação: *Tratactus differt a*

⁶ CANOTILHO, *loc cit.*

⁷ DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. XI.

*contractu et eum praecedit et non requirit consensum deliberatum sed solam dispositionem ad illum et discussionem.*⁸

Embora a origem do termo remonte ao Direito Privado, seu sentido sofreu nítida evolução. Geralmente, Tratado é usado para se referir aos acordos de caráter público e obrigatório celebrados entre Estados Soberanos, ou entre Estados Soberanos e Organismos Internacionais, destinados a regular suas relações internacionais.

Além do termo Tratado, complementam-no diversas outras denominações usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio e Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo).

A profusão terminológica se faz presente também em nosso atual Texto Constitucional, onde constam – distantes topograficamente, mas sempre se referindo à internacionalização das relações reguladas – as expressões “Tratados Internacionais”⁹; somente “tratados”¹⁰, “acordos”¹¹, “convenção”¹² e “atos internacionais”.¹³

Celso D. de Albuquerque Mello¹⁴ tracejou as seguintes e tênues distinções:

⁸ BAHIA, Saulo Casali. **Tratados Internacionais e Leis Internas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.8.

⁹ CF/1988, Art. 5º, § 2º.

¹⁰ CF/1988, Art. 102, inciso III, alínea “b”; Art. 105, inciso III, alínea “a”; Art. 84, inciso VIII; e Art. 49, inciso I.

¹¹ CF/1988, Art. 178, *caput*; e Art. 49, inciso I.

¹² CF/1988, Art. 84, inciso VIII.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 69-70.

¹⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional**, 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (volume I). p. 200-201.

Tratado é utilizado para os acordos solenes, por exemplo, Tratado de Paz; Convenção é o Tratado que cria normas gerais, por exemplo, Convenção sobre Mar Territorial; Ato, quando estabelece regras de direito (Ato Geral de Berlim de 1885). Entretanto, existem Atos entre Estados que não são Tratados (Ata de Helsinki de 1975), vez que não produzem efeitos jurídicos obrigatórios, mas que têm um caráter normativo no aspecto político ou moral. Em português esta observação não procede muito porque neste caso nós usamos a palavra “Ata” e não “Ato”, contudo a palavra usada em inglês é uma só: “Act”; pacto foi utilizado pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações. É um Tratado solene (Pacto de Renúncia à Guerra de 1928); Protocolo normalmente pode ter dois significados: a) Protocolo de uma Conferência, que é a ata de uma conferência; b) Protocolo Acordo – é um verdadeiro Tratado em que são criadas normas jurídicas (Protocolo de Aquisgrana, de 1818, sobre os ministros residentes). É utilizado neste caso como um suplemento a um acordo já existente; Acordo é geralmente usado para os Tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural; Carta é o tratado em que se estabelecem direitos e deveres (Carta Social Européia). É uma forma solene, utilizada também para os instrumentos constitutivos de Organizações Internacionais (Carta da ONU); e Convênio é a palavra utilizada para tratados que versam sobre matéria cultural ou transporte.

Mas o próprio Celso D. de Albuquerque Mello reconhece, após explorar e definir outros termos, que a prática internacional não apresenta, neste aspecto, a menor uniformidade.¹⁵

Assiste razão a Guido Fernando Silva Soares ao relegar a questão terminológica à condição de irrelevância em relação à eficácia dos Tratados Internacionais, não vislumbrando, na prática, qualquer consequência jurídica.¹⁶

Quanto ao conceito, parecem não existir, em termos doutrinários, maiores controvérsias, até porque, frequentemente, tem-se valido das disposições expressas num documento

¹⁵ *Ibid.*, p. 202.

¹⁶ SOARES, Guido Fernandes Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 59.

reconhecido como quase perfeito¹⁷, qual seja, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁸, especificamente no seu Art 2º, inciso I, alínea a, deste modo redigido: “Tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.

Dando ênfase à formalidade, José Francisco Rezek abreviou o conceito para um acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.¹⁹

Preferindo destacar o aspecto volitivo, os internacionalistas portugueses André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros definiram Tratado como um acordo de vontades, em forma escrita, entre sujeitos de Direito Internacional, agindo nesta qualidade, de que resulta a produção de efeitos jurídicos.²⁰

Sem descurar dos aspectos antes mencionados, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet acresceram ao conceito a necessidade de regulação pelo Direito Internacional.²¹

Como se pode perceber nas definições examinadas,²² um de seus pilares comuns é a participação de Estados Soberanos,

¹⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 28.

¹⁸ Essa convenção acabou sendo assinada pelo Brasil em 23 de maio de 1969, data de sua conclusão, mas não foi ratificada pelo nosso País até o presente momento.

¹⁹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

²⁰ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2000, p. 173.

²¹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução Vitor Marques Coelho. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992, p. 107

²² Incluindo-se ainda as definições de tratado formuladas por Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva (2002, p. 28) “... ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais...”; Clóvis Beviláqua (1939, p. 13) “...ato jurídico, em que dois ou mais Estados concordam sobre a criação, modificação ou extinção de algum direito...”; Franz Von Liszt (*apud* ARÉCHAGA, 1996, p. 224) “...acordo entre dois ou mais Estados sobre direitos próprios de soberania...”; e Eduardo Jiménez de Aréchaga (1996, p. 201/202) “...concordância de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional,

sujeitos de Direito Internacional, cuja exclusividade atualmente é contestada.²³

É de se destacar, assim, a plurilateralidade de partes como característica marcante nos tratados, submetidos enfim à regulamentação do direito internacional, de nada importando a designação que lhe seja atribuída em cada caso concreto.²⁴

1.1.2 Internalização, interpretação e aplicação

Acerca da forma dos Tratados Internacionais, especificamente aos aspectos extrínsecos, algumas ligeiras considerações haverão de ser registradas.

James Leslie Brierly é categórico ao afirmar que não existem em Direito Internacional regras técnicas sobre a formação dos tratados.²⁵

Arechaga sequer admite o requisito mínimo da escrita, citando como exemplo de Tratado válido exclusivamente por meios orais “o caso da Groenlândia Oriental”, no qual a Corte Permanente de Justiça Internacional admitiu a existência de uma obrigação por parte da Noruega à base de uma declaração oral

destinado a produzir efeitos jurídicos, é dizer criar, modificar ou suprimir uma relação de direito e regido pelo direito internacional...”.

²³ Entre os defensores dessa tese destacam-se Thomas Buergenthal, Héctor Gros Espieli, Cláudio Grossman e Harold G. Maier (BUERGENTHAL, Thomas *et al.* **Manual de Derecho Internacional Público**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 12)

²⁴ SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 123.

²⁵ BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. Tradução M.R. Crucho de Almeida. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 324.

feita pelo Ministro das Relações Exteriores desse País ao representante diplomático da Dinamarca.²⁶

Rezek invoca a Convenção de Viena sobre os Tratados (Art. 2º, I, a) para defender a formalidade da escrita e descartar veementemente a oralidade. Para ele a oralidade não é apenas destoante do modelo fincado pela Convenção de Havana (1928) e retomado pela Convenção de Viena (1969), mas também desajustada do sistema de registro e publicidade inaugurado pela Sociedade das Nações, herdado pelas Nações Unidas e assimilado, ainda, por Organizações Regionais. A oralidade, continua, é hostil à própria noção histórica de Tratado, sem que isso signifique sua serventia para exprimir outros atos jurídicos e a criação de obrigações.²⁷

Dinh, Daillier e Pellet explicam que, ao recusar examinar acordos verbais, a Conferência de Viena explicitou que as regras relativas a esses acordos não apresentam segurança suficiente para permitir a sua codificação.²⁸

Menos rumorosa é a discussão acerca da estrutura do Tratado Internacional, uma vez que, normalmente, se compõe de duas partes: o preâmbulo e a parte dispositiva. O preâmbulo contém geralmente um enunciado das finalidades e a enumeração das partes contratantes, enquanto que a parte dispositiva é redigida sob a forma de artigos, estando nela fixados os direitos e deveres.²⁹

O processo de conclusão do Tratado Internacional, segundo Mello, compõe-se das seguintes fases: negociação, assinatura,

²⁶ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. **Derecho Internacional Público**. 2. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1996. (Tomo I). p. 207.

²⁷ REZEK, *op. cit.*, p. 17-18.

²⁸ DINH; DAILLIER; PELLET, *op.cit.*, p. 109.

²⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 44 e 211.

ratificação, promulgação, publicação e registro.³⁰ Já Bahia indica as fases de assinatura, troca de instrumentos, ratificação, aceitação, aprovação e adesão.³¹

Vejamos, brevemente, em que consistem essas fases. Assinatura é a forma de expressar o consentimento, momento no qual se empenha a vontade de celebrar um acordo que acabou de se tornar definitivo³². Outra forma de expressar definitivamente o consentimento é a troca de instrumentos, desde que previamente estabelecida.³³ Ratificação, aceitação ou aprovação, consubstanciada a confirmação, por parte da autoridade competente, da vontade anteriormente manifestada.³⁴ Adesão é a forma pela qual um Estado manifesta sua vontade de se submeter a um Tratado concluído entre terceiros³⁵.

É de se ressaltar que a vigência³⁶ dos Tratados ocorre em dois planos: o internacional e o nacional. A polêmica instaura-se a partir da precedência deste ou daquele plano. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados contempla apenas a vigência internacional, sendo matéria de Direito Interno dos Estados-Parte determinar os modos e o momento da vigência interna.³⁷

Nos termos do Art. 24 da Convenção a vigência dos Tratados Bilaterais é definida na forma e data acordadas pelas partes (§ 1º) ou, na falta de acordo, no momento da comunicação dos respectivos assentimentos (§ 2º).

³⁰ *Ibid.*, p. 213.

³¹ BAHIA, *op. cit.*, p. 35.

³² **Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados**, Art. 12.

³³ *idem*, Art 13

³⁴ *idem*, Art 14

³⁵ *idem*, Art 15

³⁶ Maria Helena Diniz entabulou percuciente estudo distinguindo *vigência, validade, eficácia e fundamento* das normas jurídicas em geral, aí incluídos os Tratados Internacionais. Segundo ela "vigor normativo é a qualidade do preceito legal relativa à força vinculante, pois não haverá, então, como se subtrair ao seu comando. O vigor decorre da vigência da norma, uma vez que sua obrigatoriedade só surgirá com seu nascimento, perdurando enquanto a norma tiver existência específica". (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48-52)

³⁷ SOARES, *op. cit.*, p. 72.

Quanto aos Tratados Multilaterais as situações podem ser diversas. O termo inicial de vigência internacional pode ser a ratificação pelo último Estado, ou a exigência de um número mínimo de ratificações etc. Por exemplo, a Convenção de Viena sobre Tratados previu sua vigência após a 35^a ratificação (Art. 84), enquanto a Carta das Nações Unidas condicionou sua vigência à ratificação das cinco grandes potências e da maioria dos outros Estados signatários (Art. 110).³⁸

A vigência nacional não é objeto do Direito Internacional, mas do Direito Interno de cada Estado.

É oportuno lembrar determinação constante da Carta das Nações Unidas (Art. 102), no sentido de que todos os Tratados e Acordos internacionais concluídos entre seus membros devam ser registrados e publicados em seu Secretariado. Disposição semelhante é encontrada na Convenção de Viena (Art. 80, § 1º). Essas regras objetivam dar notícia às demais partes-contratantes que determinado País já inseriu em seu ordenamento interno o texto do tratado assinado.³⁹

No que tange à eficácia, prevalece a regra da irretroatividade (Convenção de Viena Sobre Tratados, Art. 28), a não ser que uma intenção diferente seja estabelecida, o que não é incomum, dado o objetivo de abranger litígios ocorridos antes mesmo de sua celebração.⁴⁰

A questão da interpretação gerou polêmica na Conferência de Viena, dividindo-se as opiniões em duas correntes: a primeira, entendia que a interpretação tem como finalidade a busca da real e comum intenção das partes (*mens legislatoris*); a segunda, via

³⁸ BARRAL, Welber (coord). **Direito Internacional Público e Integração Econômica Regional**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 12.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 63.

⁴⁰ BARRAL, *op. cit.*, p. 19.

na determinação do significado de seu texto o verdadeiro objeto de interpretação (*mens legis*). É dizer: a primeira colocava ênfase na intenção das partes; a segunda, no texto do Tratado.⁴¹

A Convenção de Viena sobre Tratados adotou a segunda corrente (Arts 31 a 33) e definiu interpretação como o esforço de determinar o exato sentido da norma jurídica expressa num texto obscuro, impreciso, contraditório, incompleto ou ambíguo.⁴²

Sucede que a interpretação também ocorre nos planos internacional e nacional, com implicações recíprocas. A interpretação internacional pode ser realizada: (a) pelas autoridades que participaram da celebração do Tratado, também chamada de interpretação autêntica, e tem a vantagem de permitir, se for o caso, sua alteração; (b) por Tribunais Internacionais ou Juízos Arbitrais, mas só produz efeitos entre as partes-litigantes; (c) por Organizações Internacionais, cujas resoluções interpretativas não são obrigatórias, porém têm elevada carga política. A interpretação interna pode ser realizada por órgãos do Poder Executivo (p.ex. Ministério das Relações Exteriores), do Poder Judiciário (p.ex. Supremo Tribunal Federal) ou do Poder Legislativo (p.ex. Senado Federal).⁴³

Sobreleva, finalmente, chamar atenção para os aspectos políticos da interpretação, sobretudo aquela realizada pelo Poder Judiciário, mais especificamente, no caso do Brasil mediante controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos Tratados Internacionais, tema que será abordado mais adiante.⁴⁴

⁴¹ MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 66-67.

⁴² REZEK, **Direito Internacional Público**, p. 96

⁴³ MELLO, *op. cit.*, p. 244-245.

⁴⁴ BARRAL, *op. cit.*, p. 21.

1.1.3 Modificação, suspensão e extinção

A Convenção de Viena sobre os Tratados trata de “modificação”, e não de “revisão”, dada a conotação política que esse termo assumiu no período entreguerras.

Sem embargo disso, considera-se que os termos “modificação”, “emenda” e “revisão” são juridicamente equivalentes, tanto que o Art. 39 da Convenção de Viena dispõe que um tratado pode ser emendado por acordo entre as partes, sendo obrigatório somente para aqueles que concordarem com a respectiva modificação.⁴⁵

A “modificação” pode resultar da conclusão de um novo Tratado ou da superveniência de uma norma imperativa de Direito Internacional Geral.⁴⁶

Relativamente à “suspensão” foram positivadas pela Convenção de Viena as seguintes causas: (a) aquelas expressamente previstas no Tratado ou, a qualquer momento, pelo consentimento das partes (Art. 57); (b) acordos parciais de suspensão temporária entre alguns Estados, num Tratado Multilateral, e válidos somente entre eles, quando houver previsão ou não houver proibição desde que: 1) não prejudique o gozo, pelas outras partes, dos direitos decorrentes, nem o cumprimento de obrigações; 2) não for incompatível com seu o objeto e finalidade (Art. 58 e §§); (c) conclusão de um Tratado posterior; (d) violação do Tratado; (e) impossibilidade superveniente e temporária do seu cumprimento (Art. 61); (f) mudança fundamental

⁴⁵ DIHN; DAILLIER; PELLET, *op. cit.*, p. 266.

⁴⁶ BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Tradução Maria Manuela Farrajota e outros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 649.

de circunstâncias, nos termos do Art. 62, § 3º; e (g) ruptura de relações diplomáticas ou consulares (Art. 63).

É consequência natural da “suspensão” do Tratado, salvo disposição em sentido contrário, a liberação das obrigações recíprocas, a não produção de efeito sobre outras relações jurídicas estabelecidas entre as partes e o impedimento de atos tendentes a obstar o reinício de sua execução.⁴⁷

Relativamente à “extinção”, a Convenção de Viena (Art. 70, b) garante que ela não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica que lhe seja anterior.

As formas mais comuns de “extinção” são: execução integral do Tratado; consentimento mútuo; termo; condição resolutória; renúncia do beneficiário; caducidade; guerra; fato de terceiro; impossibilidade de execução; ruptura de relações diplomáticas e consulares; inexecução por uma das partes contratantes; e denúncia unilateral.⁴⁸

Cumpra registrar que a interpretação e a aplicação interna de um Tratado também podem resultar em sua extinção, o que remete à observação feita quanto aos aspectos políticos, em geral, e à atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil, em particular.

⁴⁷ **Convenção de Viena sobre Tratados**, “Art.72. 1. A não ser que o tratado disponha ou as partes acordem de outra forma, a suspensão da execução de um tratado, nos termos de suas disposições ou da presente Convenção: a) libera as partes, entre as quais a execução do tratado seja suspensa, da obrigação de cumprir o tratado nas suas relações mútuas durante o período da suspensão; b) não tem outro efeito sobre as relações jurídicas entre as partes, estabelecidas pelo tratado. 2. Durante o período da suspensão, as partes devem abster-se de atos tendentes a obstruir o reinício da execução do tratado.”

⁴⁸ MELLO, *op. cit.*, p. 245-247

1.1.4 E o Direito Interno

O sistema jurídico internacional repousa, basicamente, sobre o consentimento, fundado no primado *pacta sunt servanda*⁴⁹. E a observância desse princípio, no foro internacional, é tão necessária à manutenção do sistema que se dispôs na Convenção de Viena sobre Tratados que uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito Interno para justificar o descumprimento de um Tratado⁵⁰.

O primeiro enfoque diz respeito à questão relativa à existência ou não de conexão entre ambos.⁵¹ Sem embargo das dissensões doutrinárias, a realidade é prodigiosa em exemplos de conflitos entre uma norma internacional e outra interna, realidade que remete ao segundo enfoque: a existência, ou não, de hierarquia entre essas duas ordens jurídicas.

Segundo Din, Daillier e Pellet, nesse campo, registra-se uma evolução progressiva para um direito de subordinação, conseqüentemente para uma ordem jurídica mais institucionalizada, mais “sancionada”.⁵²

Uma discussão teórica acerca do tema estaria deslocada neste estudo, razão pela qual cabe apenas abordar brevemente as correntes Monista, Dualista e Conciliadora.

Para os adeptos da corrente Dualista, o Direito Internacional e o Direito Interno conformam duas ordens jurídicas iguais, independentes e separadas. Ambas, segundo ensinam

⁴⁹ Princípio segundo o qual o que foi pactuado deve ser cumprido. (REZEK, *op. cit.*, p.3).

⁵⁰ Convenção de Viena sobre Tratados, “Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

⁵¹ SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 125

⁵² DINH; DAILLIER; PELLET, 1992. *passim*, p. 84.

Triepel e Anzilotti, regulam relações jurídicas distintas⁵³. A validade jurídica de uma norma interna, portanto, não está condicionada a sua sintonia com a ordem internacional⁵⁴.

Destaca-se no fundamento dessa corrente que a diferença essencial entre essas duas ordens reside em disporem sobre objetos distintos. É dizer: Direito Internacional regula as relações jurídicas entre Estados Soberanos e entre Estados Soberanos e Organismos Internacionais; o Direito Interno regula as relações jurídicas entre as pessoas (físicas e jurídicas) e o Estado Soberano.

Nessa perspectiva, nenhuma das ordens jurídicas pode criar ou modificar as regras de outra⁵⁵. Logo, não haveria conexão nem conflito entre elas.⁵⁶

As críticas a essa corrente podem ser agrupadas nas seguintes ideias: a) o homem é também sujeito internacional, uma vez que tem direitos e deveres outorgados diretamente pela ordem internacional; b) o direito não é produto da vontade exclusiva do Estado Soberano; c) a diferença entre as duas ordens não é de natureza, mas de estrutura; d) o Direito Internacional consuetudinário é eventualmente aplicado pelos Tribunais internos; e) o dualismo no direito internacional está sempre ligado à sua concepção como sistema privatístico.⁵⁷

Para os adeptos da corrente Monista inexistem duas ordens jurídicas autônomas, independentes e separadas, mas apenas uma única ordem jurídica. Essa corrente desdobra-se entre a

⁵³ ARECHAGA, 1996, *passim*, p. 335

⁵⁴ REZEK, 1994, *passim*, p. 4

⁵⁵ BROWNLIE, 1997, *passim*, p. 44.

⁵⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 126

⁵⁷ MELLO, 2001, *passim*, p. 109-110.

vertente daqueles que visualizam a primazia do Direito Interno⁵⁸ e a dos propugnadores da primazia do Direito Internacional.⁵⁹ A discussão que se coloca, então, é da prevalência da ordem internacional sobre a ordem interna, ou vice-versa, uma vez que sua premissa é o princípio da subordinação.

Os defensores do Monismo com primazia do Direito Interno invocam os seguintes fundamentos: (a) a ausência de uma autoridade supraestatal impõe a cada Estado determinar livremente suas obrigações internacionais, sendo, em princípio, juiz único da forma de executá-las; (b) a competência para concluir Tratados extrai-se diretamente da Constituição de cada Estado⁶⁰.

As críticas a essa vertente podem ser agrupadas nas seguintes ideias: a) a concepção nega a própria existência do Direito Internacional como ordem jurídica; b) a prática internacional a desmente; por exemplo, um golpe de Governo não desobriga o Estado de cumprir os Tratados celebrados; c) os Estados Soberanos não são os únicos sujeitos para o Direito Internacional; d) a vigência do Direito Interno é limitada à territorialidade do Estado Soberano, somente podendo ser ampliada respeitando as regras ditadas pelo Direito Internacional.⁶¹

Os defensores do Monismo com primazia do Direito Internacional sustentam que inexitem ordens jurídicas coordenadas. Não negam a existência de duas ordens jurídicas, mas propugnam a superioridade do Direito Internacional sobre o

⁵⁸ Decencière-Ferrandiere, Max Wenzel, Zorn Kaufmann e Erich, todos citados na obra de Mirtô Fraga. (FRAGA, Mirtô, **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 07).

⁵⁹ Kelsen, Scelle, Verdross, Kunz e Duguit, também nominados por Mirtô Fraga. (FRAGA, 2001, p. 07).

⁶⁰ FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

⁶¹ SILVA, 2002, *passim*, p. 129-130.

Direito Interno. A relação entre eles não é apenas de subordinação, mas, também, de derivação, prevalecendo o Direito Internacional nos moldes da célebre pirâmide de Kelsen.⁶² Nessa perspectiva o Direito Interno restaria reduzido à condição de ordem jurídica residual.⁶³

As críticas a essa vertente podem ser agrupadas nas seguintes ideias: (a) não corresponde à História, que ensina ser o Estado anterior ao Direito Internacional; (b) não se coaduna com a soberania estatal; (c) uma norma de Direito Interno só perde a vigência por um procedimento de Direito Interno, pelo que há independência entre as duas ordens.⁶⁴

Visando superar o impasse entre Monistas e Dualistas surge a corrente Conciliadora. Ela sustenta a independência das duas ordens jurídicas — a internacional e a interna —, mas acrescenta que elas estão coordenadas sob o Direito Natural. É, em última análise, a consagração do primado do Direito Natural.⁶⁵

Como as anteriores, essa corrente irradia-se por algumas vertentes. Por exemplo, aquela capitaneada por Erich Kaufman, que fala em “Ideia do Direito” para unificar as duas ordens jurídicas; e a defendida por Drost, que apregoa a unidade como “Sentimento Jurídico”. A meu sentir todas afirmam a primazia do Direito Internacional, pois admitem a responsabilidade internacional do Estado que viola a ordem jurídica internacional⁶⁶. Por fim, a defendida por Walz, que consagra o entendimento segundo o qual o Direito Internacional se dirige sempre aos

⁶² Mirtô Fraga observa que Kelsen, na Teoria Pura do Direito, enunciou a célebre pirâmide de normas, no vértice da qual se encontrava a norma fundamental (*grundnorm*) e que era uma hipótese, podendo cada jurista escolher qual seria ela. Mais tarde, por influência de Verdross, Kelsen passa a considerar a *grundnorm* como de Direito Internacional: a norma *pacta sunt servanda*. (FRAGA, 2001, p. 8)

⁶³ BROWNLIE, 1997, *passim*, p. 44.

⁶⁴ FRAGA, 2001, *passim*, p. 9.

⁶⁵ Informação colhida em Celso D. de Albuquerque Mello (2001, p. 113), que cita Antonio de Luna, Adolfo Miaja de la Muela, Mariano Aguilar Navarro, Antonio Truyol y Serra.

⁶⁶ MELLO, 2001, *passim*, p. 113.

Estados ou entidades análogas, não intervindo diretamente no Direito Interno, uma vez que as duas ordens jurídicas são independentes.⁶⁷

1.1.5 E o Supremo Tribunal Federal

Uma abordagem aprofundada do tema seria impertinente aos objetivos deste trabalho, razão pela qual cabe uma rápida passagem pela sistemática constitucional adotada na República Federativa do Brasil.⁶⁸

O primeiro ato tendente a essa internalização é privativo do Presidente da República, a quem compete celebrar Tratados, Convenções e Atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.⁶⁹

Apesar da textualidade, não se trata exatamente de “referendo” já que, nesse tema, a competência exclusiva do Congresso Nacional é bem mais ampla. Na realidade o texto constitucional deve ser entendido no mais lídimo sentido de “ratificação” ou “aprovação” dos compromissos internacionais negociados e firmados pelo Presidente da República. Trata-se, portanto, de ato complexo que somente se aperfeiçoa com a conjugação de vontades de órgãos distintos e independentes.⁷⁰

Mesmo depois de ratificado e promulgado pelo Presidente da República, por meio de Decreto publicado no Diário Oficial da

⁶⁷ *Ibid.*, p. 114.

⁶⁸ Para um estudo mais abalizado e completo sobre o tema recomenda-se a clássica obra de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros: **O poder de celebrar Tratados**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

⁶⁹ CF/1988, “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 402.

União, o processo de internalização não pode ser considerado definitivamente concluído, já que sujeito a controle de constitucionalidade a cargo do Poder Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, tanto em relação a sua forma quanto ao seu conteúdo.⁷¹

É dizer: o processo de internalização de um Tratado no Brasil — e, por extensão, de sua entrada em vigor no plano internacional — não estará completo até a intervenção dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo a este, em regra, a responsabilidade eminente de dar a última palavra.

Daí porque cumpre lembrar advertência anterior: a interpretação e a aplicação interna de um Tratado também podem resultar em sua extinção, aspecto político relevante da atuação do Poder Judiciário brasileiro, em geral, e do Supremo Tribunal Federal no Brasil, em particular.

Numa análise histórico-evolutiva verifica-se omissão constitucional acerca de eventual conflito entre Tratado e Lei interna⁷². Coube à jurisprudência — conjunto reiterado e uniforme de decisões dos Tribunais sobre um tema — preencher essa lacuna constitucional.

Com efeito, já em 1905 o Supremo Tribunal Federal resolvia esse conflito reconhecendo hierarquia superior aos Tratados. Entendiam seus Ministros, à época, que a equiparação entre Lei e Tratado permitiria a revogação deste por aquela, algo

⁷¹ CF/1988, “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...); b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (...)”

⁷² ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 158.

incompatível com o caráter convencional e com a norma *pacta sunt servanda*.⁷³

Diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal daquele período poderiam ser citados, mas basta mencionar como representativas a Apelação Cível nº 9.587/DF (j. 21/8/1951, Min. Lafayete de Andrada), na qual ficou expresso que “os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada Paiz [sic], porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis”; e a Apelação Cível nº 7.872/RS (j. 11/10/1943, Min. Laudo de Camargo), onde ficou consignado, a propósito da possibilidade de uma Lei posterior revogar um Tratado, que “a equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.”

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE (j. 1/6/1977, Min. Cunha Peixoto), o Supremo Tribunal Federal, embora registrasse a “antiga orientação de [sua] jurisprudência no sentido do primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno”, passou a entender que a Convenção de Genebra sobre Títulos de Crédito “pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal,” por lei posterior.⁷⁴

Significa dizer: colocou o Tratado e a Lei no mesmo plano hierárquico e adotou a solução da norma posterior revogar a anterior. Trata-se, à evidência, de adesão à corrente Monista com

⁷³ RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 147/148.

⁷⁴ Esse julgamento estendeu-se por dois anos e os fundamentos dos votos que formaram a maioria foram diversificados, p. ex. a necessidade de dupla manifestação do Congresso Nacional para incorporação da Convenção ao Direito Interno; a ausência de disposição expressa na Constituição acerca da hierarquia etc. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

primazia do Direito Interno⁷⁵. Esse caso foi considerado o *leading case* a partir do qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a orientar-se.⁷⁶

Essa mudança despertou críticas entre os internacionalistas, à exceção de Jacob Dolinger, para quem a posição do Supremo Tribunal Federal é de coerência.⁷⁷

Os críticos argumentam que esse novo posicionamento do Supremo ignora as consequências internacionais do descumprimento de um Tratado e adota uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas.⁷⁸

As críticas são contundentes: “verdadeiro retrocesso”⁷⁹; “violação à Convenção de Viena”⁸⁰; “derrocada do direito internacional”⁸¹; “opção que não corresponde nem um pouco à realidade internacional”⁸²; “posicionamento anacrônico, impreciso e ambíguo”⁸³; “conclusão que não resulta satisfatória”.⁸⁴

Sobrevieram a redemocratização, a Constituição Federal de 5/10/1988 e o tema voltou à berlinda por força do § 2º do seu Art 5º, assim redigido: “§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁷⁵ SILVA, 2002, *passim*, p. 140.

⁷⁶ DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

⁷⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 103.

⁷⁸ MELLO, 2001, *passim*, p. 199; PIOVESAN, 2002, *passim*, p. 85.

⁷⁹ MAZZUOLI, 2001, *passim*, p. 199.

⁸⁰ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 159.

⁸¹ BAHIA, 2000, *passim*, p. 97.

⁸² ARIOSI, *op. cit.*, p. 214.

⁸³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 192.

⁸⁴ FRAGA, 2001, *passim*, p. 128

A controvérsia instalou-se na doutrina e na jurisprudência. Estaria consolidada a jurisprudência inaugurada a partir de 1977? Teria havido um *discriminem* quanto aos Tratados versados em Direitos Humanos? Estes, especificamente, ganharam o *status* de norma constitucional implícita?⁸⁵

Imediatamente os defensores da prevalência do Direito Internacional apressaram-se em afirmar a natureza constitucional dos Tratados. Acreditavam, ressalvado o princípio da prevalência da norma mais favorável, estar em absoluta harmonia com a racionalidade e principiologia constitucionais, em geral, e com a dignidade da pessoa humana, em particular, valor fundante do Estado Brasileiro.⁸⁶

Esse posicionamento foi defendido na Assembleia Constituinte de 1987 por Antonio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Interamericana de Justiça (OEA) e, atualmente, na Corte Internacional de Justiça (ONU), para quem sua adoção implicaria acréscimo axiológico e inserção no sistema internacional de proteção dos direitos e garantias fundamentais.⁸⁷

De fato, é coerente entender que, se a Constituição de 1988 distinguiu os Tratados de Direitos Humanos, o fez para lhes assegurar um patamar de hierarquia mais elevado em relação às demais normas jurídicas e até em relação aos demais Tratados, raciocínio que pode conduzir aqueles ao patamar constitucional.

Todos esses argumentos, a meu pensar, são reforçados pelo dispositivo constitucional segundo o qual a República Federativa do Brasil conduzirá suas relações internacionais

⁸⁵ DALLARI, Pedro. *op. cit.*, 2003, p. 59

⁸⁶ PIOVESAN, *op. cit.*, 2002, p. 83/87

⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1999. (volume II). p. 631.

orientadas pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (Art 4º, II).

De outro ângulo havia, e ainda há, prestigiosas opiniões em contrário. Segundo elas, o versículo constitucional em destaque (Art 5º, § 2º) significa apenas que a relação dos Direitos e Garantias fundamentais não é exaustiva, nem fechada.⁸⁸

A discussão teórica teve reflexos imediatos no Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF-MC (j. 4/9/1997, Min. Celso de Mello), a propósito da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Tribunal decidiu que:

os tratados ou convenções internacionais, uma vez incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 206.482/SP (j. 27/5/1998, Min. Maurício Correa) e do Habeas Corpus nº 76.561/SP (j. 27/5/1998, Min. Carlos Velloso), ambos a propósito da “Convenção Americana de Direitos Humanos” (Pacto de São José da Costa Rica), o Tribunal reafirmou sua competência para exercer o controle de constitucionalidade de qualquer Tratado e que o compromisso internacional assumido “não minimiza o conceito de soberania do Estado-povo”.

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990. (volume 1). p. 87-88.

No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n° 79.785-7/RJ (j. 29/3/2000, Min. Sepúlveda Pertence), também em relação ao Pacto de São José, o Supremo Tribunal afirmou que “mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.”

Sobreveio a Emenda Constitucional n° 45/2004, de 3/12/2004 (DOU 31/12/2004), parte da denominada Reforma do Poder Judiciário, que, dentre outras providências, inseriu um § 3° ao Art. 5° da Constituição Federal: “§ 3°. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”⁸⁹

Após a vigência da EC n° 45 cumpre registrar, embora limitado ao recorte temporal deste trabalho, que o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez a propósito do Pacto de São José da Costa Rica, no Habeas Corpus n° 87.585/TO (j. 3/12/2008, Min. Marco Aurélio) decidiu que os Tratados de Direitos Humanos tinham “natureza supralegal e infraconstitucional”, significa dizer: estavam num patamar hierárquico acima da lei e abaixo da Constituição.

Em termos práticos essa decisão implicou que o Tratado de Direitos Humanos pode revogar ou alterar qualquer lei, mas não pode ser alterado ou revogado por nenhuma lei; porém, não pode alterar ou revogar a Constituição.

⁸⁹ O primeiro e, até agora, único compromisso internacional assumido pelo Brasil e aprovado nos termos do § 3°, Art 5° da CF/1988 (com redação da EC n° 45/2004) foi a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, aprovado pelo Decreto Legislativo n° 168, de 9/7/2008, e promulgado pelo Decreto Executivo n° 6.949, de 25/8/2009.

O Habeas Corpus n° 87.585/TO representou uma *exegese atualizadora* da própria Constituição Federal e verdadeiro *leading case* orientador dos julgamentos posteriores.

Posteriormente, no julgamento do Habeas Corpus n° 98.893/SP (j. 25/8/2009, Min. Celso de Mello), o Supremo Tribunal Federal reconheceu:

a legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante *exegese atualizadora*, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea, motivos pelos quais os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

Penso que as discussões e dissensos em relação aos Tratados de Direitos Humanos, assinados e ratificados antes da EC n° 45/2004, permanecem. A questão renovada consiste exatamente nisto: se essa disposição aplica-se apenas aos Tratados de Direitos Humanos internalizados a partir de 31/12/2004, ou abarca todos aqueles que, tendo o mesmo conteúdo, já tenham sido ratificados. Penso que a discussão é bem mais ampla que o leito desta tese.

Cumprido encerrar este tópico fazendo um breve apanhado.

No período entre 1/6/1977 e 3/12/2008 a *soberania* foi a tônica a partir da qual Estado-Poder Judiciário resolveu os conflitos entre Direito Internacional e Direito Interno. De forma alguma a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fechada. Ela dispõe de uma *cláusula de abertura* (§ 2º, Art. 5º) “ideia que é utilizada para fundamentar uma teoria constitucional democrático-republicana: através da incompletude, do livre espaço para decisões políticas e da flexibilidade constitucional, o processo político ganha legitimidade e apoio”.⁹⁰

Poder-se-ia considerar a posição *soberanista* do Supremo Tribunal Federal aberta e legitimadora? Penso que a resposta, desenganadamente, seja não.

1.2 Internacionalização do Direito

1.2.1. O olhar metodológico de Mireille Delmas-Marty: atores, fatores e processos

Mireille Delmas-Marty é professora do *Collège de France* e coordena diversos grupos de estudos em instituições como a Fundação Getúlio Vargas/RJ e com pesquisadores brasileiros, com foco no processo de Internacionalização do Direito. Meu contato com as obras, ideias e pesquisadores nesse campo é recentíssimo. Há uma diversidade de grupos de pesquisa nas áreas de Direitos Humanos, Meio Ambiente, Crime Organizado etc.

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 34.

Segundo minha compreensão, que reconheço não estar completa nem amadurecida, a ilustre pesquisadora, para além de uma teoria da internacionalização do direito que tem como dado que o Estado-Nacional deixou de ser a única ou principal fonte de normatividade, propõe um olhar metodológico que procura identificar, compreender e apontar os atores estatais e não estatais (nacionais e internacionais), os fatores jurídicos e extrajurídicos (econômicos, históricos, sociais etc) e os processos (formais e informais) que atuam na Internacionalização do Direito.

A soberania e capacidade instrumental do Estado-Nacional, tal como entendidas no pós-Guerra Fria, estão comprometidas pelo fenômeno da *globalização*. No dizer de Delmas-Marty a atual globalização começou com a queda do muro de Berlim (1989) e caracteriza-se “pela primeira vez por uma proliferação normativa e jurisdicional sem precedentes”, fenômeno que “multiplica a influência dos direitos externos que penetram nos direitos nacionais simplesmente passando (...) seja pelo princípio de primazia dos tratados sobre a lei interna, seja por sua incorporação por uma lei interna.”⁹¹

Com a globalização, ou como subproduto dela, o crime organizado ganhou contornos transfronteiriços. Mais especificamente, dentro do fenômeno do crime organizado insere-se a *questão* ou o *problema* da corrupção.

A timidez no combate ao crime organizado, em geral, e à corrupção, em particular, parece não querer reconhecer que “a

⁹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **A Imprecisão do Direito**: do Código Penal aos Direitos Humanos. Tradução Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005, p. XVI.

soberania territorial está ameaçada igualmente pelos movimentos transfronteiriços ilícitos”.⁹²

A corrupção é definida, a partir de um ponto de vista normativo, pela Convenção Interamericana de Combate à Corrupção⁹³, como sendo:

- a) a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- b) a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- c) a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
- d) o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
- e) a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.⁹⁴

À evidência não se reconhece caráter penal-sancionatório a essa definição normativa, nem ela corresponde exatamente à

⁹² ARNAUD, André Jean. **O Direito entre a Modernidade e a Globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 181.

⁹³ Segundo estudo da Transparência Internacional a Convenção da OEA não define “corrupção”, mas o “crime de corrupção”. (**Convenciones Anticorrupción en América**: lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen. Disponível em: <www.transparency.org>. Acesso em: 15 jan. 2011)

⁹⁴ Disponível em: <http://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/283>. Acesso em: 10 fev. 2011.

definição de corrupção no Código Penal Brasileiro⁹⁵, tampouco propugno sua aplicação direta no Brasil.

Importa destacar, invocando a autoridade de Castells⁹⁶, que o crime organizado — especialmente a corrupção — vem condicionando as relações internacionais em vários aspectos:

- a) Em muitos casos, toda a estrutura do Estado, não raro incluindo as mais altas esferas de poder, está entremeada de vínculos criminosos, pela corrupção, ameaças ou financiamento ilegal da política, causando enormes estragos na conduta das questões públicas;
- b) Por vários países, as relações internacionais entre os Estados-Nação passou a ser condicionada, em diversos níveis, pelo sucesso ou insucesso da cooperação na luta contra a economia do crime (...);
- c) A importância crescente dos fluxos de capital de origem criminosa torna-se um meio fundamental de estímulo ou desestabilização da economia de países inteiros (...)

Os problemas internacionais, da perspectiva fático-social (empírica), podem compreender duas dimensões: a primeira, de *natureza* internacional, que vincula diretamente dois ou mais Estados; a segunda, de *repercussão* internacional, que, embora ocorrida no interior de um Estado, é percebida pela comunidade internacional e, como tal, decide intervir.⁹⁷

Contudo, seja da perspectiva de “questão”, “problema” ou “benefício” — evidentemente o primeiro termo remete a uma postura descritiva e os dois últimos a uma postura prescritiva —, não há como negar que, pela conjugação de iniciativas estado-

⁹⁵ **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.” **Corrupção Ativa:** “Art 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

⁹⁶ CASTELLS, *op. cit.*, p. 304.

⁹⁷ MACHADO, Máira Rocha. **Internacionalização do Direito Penal**. São Paulo: Ed34/Edesp, 2004, p.14

centradas ou pelo ângulo da (res)surgência da participação ampliada de atores não estatais, a corrupção é (e deve ser) encarada como um problema de *repercussão* internacional.

Aproxima-se de um truísmo a afirmação de que, em democracias em processo de consolidação ou transformação, como a brasileira, a corrupção tem campo fértil pela manipulação ou supressão dos mecanismos de controle.⁹⁸

Paralelamente, na década de 1990, ocorreu um grande impulso a partir do qual novos atores tiveram sua participação ampliada nas relações internacionais⁹⁹. Também por isso a “Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção” fez um apelo à maior participação desses novos atores e à revitalização dos mecanismos de controle.¹⁰⁰

Tendo presente que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes

É importante registrar, também, que a Transparência Internacional, um desses novos atores nas relações internacionais

⁹⁸ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Corruption Global Report 2007**. Disponível em: <http://transparency.org/publications/gcr/gcr_2007>. Acesso em: 25 fev. 2010.

⁹⁹ BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; GOIS, Ancelmo Lins de. Direito Internacional e Globalização face às questões de Direitos Humanos. IN: Ribeiro, Marcelo F. *et all* (coord). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 57-71.

¹⁰⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm (1 of 52)>. Acesso em: 5 nov. 2007.

e que tem forte atuação, dedicou seu “Relatório de 2007” ao tema Corrupção e Sistema Judicial.¹⁰¹

Desse referencial teórico parte-se para investigar a ocorrência, ou não, do fenômeno do (re)surgimento de um *ambiente institucional favorável* à instalação, preservação e expansão da corrupção, sobretudo através da construção de um *aparato de segurança*, expressão tomada de empréstimo de Castells. Transcrevo: “Porém, mais importante é o *aparato de segurança* mantido pelo crime organizado, a rede de agentes responsáveis pela garantia do cumprimento das leis, juízes e políticos, todos devidamente incluídos na folha de pagamento da organização”.¹⁰²

É também dos anos 90 do século passado o (re)surgir do movimento de Internacionalização do Direito, ou Transnacionalização do Campo Jurídico, fenômeno que “busca elucidar e compreender o efeito das interações mundiais, políticas e econômicas, na esfera do direito.”¹⁰³

Boaventura Souza Santos ensina que “por transnacionalização da regulação jurídica do Estado-Nação [entende-se] qualquer situação em que se possa estabelecer que as mudanças no direito estatal de um determinado País sofreram influência decisiva de pressões internacionais formais, ou informais, de outros Países, Agências Internacionais ou outros Atores internacionais.”¹⁰⁴

A internacionalização diz respeito aos fluxos e recíprocas influências de atores, fatores e processos no Direito Interno e, de

¹⁰¹ Disponível em: <http://www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2007>. Acesso em: 5 nov. 2007.

¹⁰² CASTELLS, 2002, *passim*, p. 216-217.

¹⁰³ MACHADO, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 18

volta, no Direito Internacional. Esse processo, segundo Delmas-Marty¹⁰⁵ compreende:

- a) influência direta do direito internacional na produção de normas internas, cujos destinatários passam a sofrer os efeitos de uma escolha política que se realizou no exterior das fronteiras estatais;
- b) fenômeno de deslocamento de fronteiras tendo em vista o surgimento de sistemas regionais de integração;
- c) surgimento e multiplicação de regimes normativos autônomos internacionais de iniciativa da sociedade civil organizada;
- d) adensamento de juridicidade de temas que se tornaram comuns ou de interesse internacional;
- e) resultado da integração horizontal em uma interação de dentro para fora a partir da produção normativa local;
- f) efeito da confluência constitucional (*judicial cross-fertilization*).

A internacionalização ocorre por três processos: “uniformização”, “harmonização” e “unificação”. Os dois primeiros dependem do processo de incorporação do Direito Internacional ao Direito Interno: na “uniformização”, de regras idênticas, mas não únicas; na “harmonização”, de regras equivalentes. A “unificação”, por seu turno, consiste em substituir direitos formalmente distintos (emanados ou não de distintas soberanias) ou corpos de regras de direito distintas, por um direito único ou um corpo único de disposições¹⁰⁶.

Volto à fala de Delmas-Marty¹⁰⁷:

¹⁰⁵ **Les figures de l'Internalisation Du Droit:** amerique latine. Disponível em: <http://college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/laboratoire.htm> acesso em: 27 dez. 2011.

¹⁰⁶ MACHADO, 2004, *passim*, p. 25 - 26. Para a autora a distinção entre uniformização e harmonização depende de um “esforço casuístico” (loc. cit., p. 211)

¹⁰⁷ DEMAS-MARTY, 2003, *passim*, p. 109, 116-117 e 119.

A unificação do Direito poderá ser realizada (...) por uma combinação do Direito Internacional e do Direito Interno, sem dificuldade jurídica particular (as dificuldades políticas, por seu turno, não foram resolvidas), do fato da ausência de definições nacionais pré-existentes (...) Ela [unificação] repousa, pois, nas Convenções Internacionais que substituem as regras nacionais diferentes por um conjunto único de regras comuns (...) A unificação, como a uniformização, repousa sob um princípio de identidade (as práticas nacionais devem ser idênticas à regra comum) e conduz a uma decisão, seja de conformidade, se a identidade é respeitada, seja de não conformidade, se as práticas são diferentes, por mais fracas que sejam as diferenças. (...) Em troca, a harmonização é politicamente mais aceitável quando as divergências são mais fortes, pois ela se contenta com uma 'aproximação' dos sistemas entre si; sem, no entanto, suprir todas as diferenças.

A internacionalização, nessa perspectiva, pode ser percebida em três planos (elaboração de normas, aplicação das normas e instituições de controle), cada um deles desdobrados em níveis crescentes de interação. Assim, na elaboração de normas, o nível mais alto de interação é a unificação e o mais baixo é o de cooperação. Na aplicação das normas o nível mais alto é o da regulamentação e o mais baixo é o da auto-regulação. Por fim, quanto às instituições de controle, o nível mais elevado é o realizado por instituições supranacionais e o mais baixo por instituições nacionais. Veja o quadro abaixo:

Elaboração das normas	Aplicação das normas	Instituições de controle
Unificação	Regulamentação	Supranacionais
Harmonização	Regulação	Transnacionais
Cooperação	Auto-regulação	Nacionais

Para as pretensões desta tese o processo a ser identificado é o da *harmonização*, seja através da influência na produção de normas internas, seja da *fertilização cruzada* das decisões judiciais (*judicial cross-fertilization*).

Pois bem. Segundo o Informe de 2008 do Mecanismo de Acompanhamento e de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC), integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil mereceu reconhecimento pelos seus esforços de implementação da Convenção nos Estados e Municípios, com ressalva quanto à conveniência de adequação de seu marco regulatório e recomendação para que sejam desenvolvidos procedimentos e indicadores de análise dos processos judiciais envolvendo a corrupção.¹⁰⁸

Logo, pode-se afirmar que no caso do combate à corrupção estamos nas etapas iniciais do processo.

Dentro da ótica metodológica adotada, passemos à breve referência a atores significativos no processo de internacionalização do combate à corrupção. Esses atores podem ser públicos ou privados, muitos deles não têm personalidade jurídica para o Direito Internacional Público.

¹⁰⁸ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_inf_bra.doc> Acesso em: 25 jan. 2011.

1.2.2 Atores Internacionais

1.2.2.1. Transparência Internacional

A Transparência Internacional (TI) é uma organização não governamental, nem intergovernamental, sem fins lucrativos, fundada em 1993, com sede em Berlim/Alemanha, e representações (chamadas de Capítulos Nacionais) em mais de 90 países.

Define-se como uma rede global que objetiva:

tomar medidas para combater a corrupção e impedir atividades criminosas decorrentes da corrupção, de modo a ajudar a construir um mundo no qual Governo, política, negócios, sociedade civil e as vidas de pessoas sejam livres de corrupção, por causa de sua potencialidade para prejudicar o desenvolvimento econômico, gerar a pobreza, promover a instabilidade política e insegurança mundial.¹⁰⁹

A Transparência Internacional, que goza de grandes prestígio e influência, dentre suas ações publica, desde 1995, relatório anual denominado “Índice de Percepção de Corrupção (IPC)”. Segundo sua metodologia, o índice 0 (zero) corresponde a “muito corrupto” e o índice 10 (dez) a “pouco corrupto”.

Pois bem. Em 1995, quando foram pesquisados 41 Países, o Brasil ficou na 37^a posição com índice 2,70.¹¹⁰ Em 2005, quando

¹⁰⁹ **Transparency Internacional Charter 2006.** Disponível em:

<<http://www.transparency.org/publications>> Acesso em: 25 jan. 2011.

¹¹⁰ Disponível em: <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi>. Acesso em: 25 jan. 2011.

foram pesquisados 158 países, o Brasil subiu para a 62ª posição com índice 3,7. Em 2008, quando foram avaliados 180 países, o Brasil ficou na 80ª posição com índice 3,5.

Segundo análise do seu “Relatório de 2008”, a TI constatou aumentos contínuos dos níveis de corrupção que resultaram em “constante desastre humanitário” para os países pobres; e, também, indícios de que “a força dos mecanismos de controle também corre riscos entre os países ricos.”

Um breve perpassar de olhos por esses números, mesmo para aqueles desacostumados ao tratamento estatístico, é suficiente para perceber que o Brasil tem melhorado, mas ainda está muito aquém de seu tamanho e importância.¹¹¹

A TI publica, também, o “Relatório de Transparência Internacional Anual”. O Relatório de 2007 trata de “Corrupção e Sistema Judicial”.¹¹²

Dentre as inúmeras análises, merece reflexão de Linn Hammergren, administrador sênior do departamento para a América Latina do Banco Mundial, para quem a corrupção judicial exacerbou-se no período de autoritarismo pelo qual passaram os países da América Latina, e que a redemocratização subsequente não resolveu, ou até agravou, o problema. Especificamente em relação ao Brasil, esse pesquisador sinaliza a necessidade de mecanismos de acompanhamento do Judiciário Estadual e conclui afirmando que os sistemas de admissão e correção dos desvios de comportamento aos quais são submetidos os Membros do Poder Judiciário Brasileiro são quase perfeitos (*hardly perfect*). Para o autor, esses sistemas de autogoverno foram ameaçados

¹¹¹ Em 2008, o Brasil apareceu como “mais corrupto” que Barbados, Chile, Uruguai, Botsuana, Porto Rico, Costa Rica, Gana, Peru, Cuba, para citar apenas alguns.

¹¹² Disponível em: <www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2007#download> Acesso em: 14 set. 2008.

em 2004 com a criação do Conselho Nacional de Justiça, sobretudo porque em sua composição há não-integrantes do Poder Judiciário.¹¹³

Duas advertências: esta tese não aborda corrupção de integrantes do Poder Judiciário, mas a corrupção como objeto de decisão do Poder Judiciário; a crítica à criação do Conselho Nacional de Justiça não é desprovida de apoio dentro do próprio Poder Judiciário, conforme atestam acontecimentos muito recentes.

1.2.2.2. Banco Mundial

O Banco Mundial é um organismo internacional criado em 1944 na Conferência de Bretton Woods, New Hampshire/EUA, com objetivo de financiar a reconstrução dos países, sobretudo os europeus, afetados pela Segunda Guerra Mundial.

Atualmente, o Banco Mundial, sediado em Washington/DC, capitaneia um grupo de quatro instituições associadas (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD; Associação Internacional de Desenvolvimento – IDA; Agência Multilateral de Garantia de Investimentos – MIGA; e o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos – ICSID) e é integrado por 186 países, dentre os quais o Brasil (1949), onde financiou mais de 600 projetos através do BIRD.¹¹⁴ O Banco Mundial e suas quatro associadas formam o Grupo Banco Mundial (WBG).

¹¹³ Lessons learned about fighting judicial corruption. In: **Global Corruption Report 2007**, p. 138-146. Disponível em: <www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2007#download> Acesso em: 14 set. 2008.

¹¹⁴ Disponível em: <<http://web.worldbank.org>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

Na visão do Grupo Banco Mundial (WBG), a corrupção está no topo da agenda de desenvolvimento global por consistir em “um dos obstáculos mais importantes para promover o crescimento econômico sustentável e a redução da pobreza”. Daí porque publicou seu “Relatório de 2007” intitulado “Fortalecendo o Engajamento do Grupo Banco Mundial na Governança e Combate à Corrupção”.

Da leitura desse “Relatório” extraem-se, no que interessa, dois aspectos: a preocupação do Grupo Banco Mundial (WBG) em condicionar o financiamento de projetos ao engajamento dos países em mecanismos de boa governança e combate à corrupção; a percepção de que esse objetivo se faz em parceria com outros atores globais, através da troca de experiências, conhecimentos e inovações e na divisão de tarefas.¹¹⁵

1.2.2.3. Grupo de Ação Financeira (GAFI/FATF)

O Grupo de Ação Financeira (GAFI) ou Força Tarefa de Ação Financeira (FATF) é um organismo intergovernamental criado para desenvolver e promover políticas, nos níveis nacional e internacional, para combater a lavagem de dinheiro e o terrorismo.¹¹⁶

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ O GAFI é um organismo intergovernamental que estabelece padrões e desenvolve e promove políticas de combate à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo. Tem 33 membros: 31 Países e Governos e duas Organizações Internacionais. Conta, ainda, com mais de 20 observadores: cinco Organismos Regionais de tipo GAFI e mais de 15 outras Organizações Internacionais ou Organismos. Disponível em: <http://www.fatfgafi.org/Members_en.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

O Brasil é membro do GAFI desde 2000, onde é representado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), do Ministério da Fazenda.

Em 1990, o GAFI/FATF publicou “Quarenta Recomendações”, revistas e acrescidas em 1996 e 2001 “(40+9)”, visando estabelecer padrões mínimos de ação que requeiram aplicação de medidas concretas, em função das suas circunstâncias particulares e enquadramento constitucional. Dessas, realço a Recomendação n° 6 dirigida às instituições financeiras e voltadas a “pessoas politicamente expostas”:

As instituições financeiras deveriam, em relação a pessoas politicamente expostas, além de aplicar as medidas de vigilância normais:

- a) Dispor de sistemas de gestão de riscos adequados a determinar se o cliente é uma pessoa politicamente exposta;
- b) Obter autorização da Direção para estabelecer relações de negócios com tais clientes;
- c) Tomar medidas razoáveis para determinar a origem do patrimônio e dos fundos;
- d) Assegurar a vigilância, de forma reforçada e contínua, da relação de negócio.

Neste caso, pessoas politicamente expostas:

são indivíduos a quem estão ou foram cometidas funções públicas proeminentes num país estrangeiro, como por exemplo, Chefe de Estado ou de Governo, altos quadros políticos, altos cargos governamentais, judiciais, ou militares, altos quadros de empresas públicas e funcionários importantes de partidos políticos. As relações de negócio com membros da família ou pessoas muito próximas de pessoas politicamente expostas envolvem riscos de reputação idênticos aos das pessoas politicamente expostas. A definição não é aplicável a indivíduos em posições ou categorias intermédias ou mais baixas do que as atrás mencionadas.

O GAFI/FATF divulgou, em 27/6/2010, o “Relatório de Mútua Avaliação” sobre o Brasil, em que reconhece seu progresso no combate à lavagem de dinheiro, atividade ilícita cujas principais fontes de recursos são a corrupção, fraudes contra o sistema financeiro e fuga de capitais. Segundo o mesmo relatório, esse avanço somente foi possível mediante especialização na Justiça e no Ministério Público Federais de Juízes e Procuradores com experiência.¹¹⁷

Merece destaque nesse “Relatório”, também, a aprovação da Lei n° 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), fato que é considerado “consistente com a Convenção de 1988 das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena) e com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)”.¹¹⁸

Essa aprovação e esse reconhecimento internacional parecem materializar o processo de *harmonização* de que fala Delmas-Marty.

1.2.2.4. Escritório da ONU sobre Drogas e Crimes (UNODC)

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) é o organismo internacional encarregado de implementar

¹¹⁷ Disponível em: <http://www.fatfafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236963_1_1_1_1_1,00.html> Acesso em: 10 jan. 2012.

¹¹⁸ “Brazil criminalised ML as an autonomous offence in 1998 on the basis of the 1988 UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (the Vienna Convention) and the 2000 UN Convention against Transnational Organised Crime (the Palermo Convention) — both of which it has ratified.” **Mutual Evaluation Report**, p. 28. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236963_1_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 10 jan 2012.

as Convenções Internacionais de controle de drogas e contra o crime organizado. Em 1991 passou a atuar no Brasil.

Dentre suas iniciativas, insere-se a ajuda aos Estados na ratificação e implementação dos Tratados internacionais e no desenvolvimento de suas legislações nacionais.

Sua área de atuação inclui o combate à corrupção, mais especificamente a implementação da “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” aprovada em sua Assembleia Geral de 29/9/2003 e ratificada pelo Brasil em 2006.¹¹⁹

O UNODC divulgou os “Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial”¹²⁰, elaborados em 2001, na cidade de Bangalore/Índia, sob os auspícios do Grupo de Integridade Judicial da ONU, e aprovados em Haia/Holanda em novembro de 2002.

Esse Grupo de Integridade Judicial, formado por juristas seniores e Juízes de Supremas Cortes, apontou o “problema criado pela evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais por serem tidos como corruptos ou imparciais em algumas circunstâncias”. Sendo o Judiciário um dos três pilares da democracia e último refúgio dos cidadãos contra leis injustas e decisões arbitrárias “se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado

¹¹⁹ Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 348, de 18/5/2005, e promulgada através do Decreto nº 5.687, de 31/1/2006.

¹²⁰ Disponível em:

<www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf> Acesso em: 10 jan. 2012.

Democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas”.¹²¹

Os principais valores que emergiram daquele encontro foram, nessa ordem de prioridade: independência, imparcialidade, integridade, decoro, igualdade, competência e diligência.

Em 29 de abril de 2003, a Comissão de Direitos Humanos da ONU adotou, por unanimidade, a Resolução n° 2003/43, que anotou os “Princípios de Bangalore de Conduta Judicial” e os trouxe à atenção de Estados-membros, relevantes órgãos das Nações Unidas e Organizações Intergovernamentais e não-governamentais para consideração.

1.2.2.5. Mecanismo de Seguimento de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC)

Cuida-se de um instrumento de caráter intergovernamental criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) para apoiar os Estados-membros, dentre os quais o Brasil, a implementarem as disposições da “Convenção Interamericana contra a Corrupção”¹²² mediante processo de avaliação periódica.

Foram produzidos em relação ao Brasil três “Informes MESICIC”: o primeiro em 31/3/2006, o segundo em 12/12/2008 e o

¹²¹ **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**, p. 13. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf> Acesso em: 10 jan. 2012.

O Brasil não teve representante no Grupo de Integridade Judicial, mas participou da discussão acerca do anteprojeto do *Código de Bangalore* ocorrida entre 25 e 26/11/2002, na sede da Corte Internacional de Justiça, nas pessoas do Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas, à época Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e do Ministro Francisco Rezek, à época membro da Corte Internacional de Justiça.

¹²² Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n° 152, de 25/6/2002, e promulgada através do Decreto n° 4.410, de 7/10/2002.

último em 16/9/2011. Esses Informes têm como base respostas do Governo Brasileiro a questionários que lhe são submetidos e, também, participação direta da sociedade civil.¹²³ Dado o corte temporal desta tese, farei breves comentários aos dois primeiros conjuntos.

No “Informe MESICIC 2006” o Comitê considera que o Brasil possui um marco regulatório adequado, avalia positivo que:

*tenha celebrado acordos e realizado atividades de cooperação técnica relacionados com a luta contra a corrupção e haja coordenado nesse sentido com organismos internacionais, instituições financeiras multilaterais e outros Estados-Partes da CICC da CICC e recomenda continuar os esforços tendentes a intercambiar cooperação técnica com outros Estados-Partes sobre as formas e os meios mais efetivos para prevenir, detectar, investigar e sancionar os atos de corrupção.*¹²⁴

No “Informe MESICIC 2008” o Comitê também reconhece a compatibilidade do marco regulatório, registra que em 2006/2007 a média de condenações por corrupção na Justiça Federal foi de 12,24% e na Justiça Estadual 3,76% e lamenta que “no se presentaron datos relativos a los procesos que dieron lugar a actuaciones sobre corrupción en el Supremo Tribunal Federal.”¹²⁵

Por fim, em relação à recomendação feita no “Informe MESICIC 2006”, registra que “*la respuesta de Brasil al*

¹²³ O “Informe MESICIC 2006” recebeu contribuição da Associação Brasileira de Jornalistas Investigativos (ABRAJI) e da Transparência Internacional (TI); o “Informe MESICIC 2008” recebeu contribuição do Movimento Voto Consciente. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/corresp_bra.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹²⁴ “Informe MESICIC 2006”, p. 43 e 53. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/corresp_bra.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹²⁵ No “Informe MESICIC 2011” o Comitê registra que o Brasil não respondeu à recomendação anterior quanto aos mecanismos de assistência e cooperação em matéria de corrupção. No entanto, não há referência a processos e julgamentos nessa área (p. 43 - 44). Disponível em: <www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_bra_sp.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

*cuestionario no se refirió a esta recomendación, por lo cual el Comité toma nota de la necesidad de que Brasil preste atención adicional a su implementación.”*¹²⁶

1.2.3 Atores Nacionais

1.2.3.1 Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça é órgão integrante do Poder Judiciário Nacional desde 31/12/2004, criado através da Emenda Constitucional n° 45/2004, de 8/12/2004, no âmbito do que se convencionou chamar Reforma do Poder Judiciário Brasileiro.¹²⁷

Essa Emenda resultou da Proposta de Emenda Constitucional n° 29/2000 (Proposta Original n° 96/2000 da Câmara dos Deputados), de autoria do então Deputado Federal Hélio Bicudo. Em sua justificativa Sua Excelência relembra fato histórico da visita do então Presidente Ernesto Geisel ao Supremo Tribunal Federal e, decorrente disto, da apresentação de um diagnóstico do Poder Judiciário. Justificou Sua Excelência:

O diagnóstico assinalou o óbvio: a Justiça Brasileira é cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhes deve. Tais falhas vieram bem acentuadas em alguns setores; e de maneira mais

¹²⁶ “Informe MESICIC 2008”, p. 59. Disponível em:

<http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_inf_bra.doc>. Acesso em: 11 jan. 2012.

¹²⁷ Curiosamente a EC n° 45 foi promulgada pela mesa do Congresso Nacional em 8/12/2004, mas somente foi publicada em 31/12/2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 8 fev. 2012

discreta em outros. Faltou, de maneira geral, uma configuração mais exata da crise: a situação presente decorre da defasagem entre o conservadorismo tão típico das classes jurídicas e o ímpeto desenvolvimentista que se espalhou pelo resto da vida do País desde a revolução de 1964.¹²⁸

O Conselho Nacional de Justiça é, também, instrumento de controle social do Poder Judiciário e sua composição heterogênea compreende 15 membros, dos quais nove são Magistrados, dois integram o Ministério Público, dois da Advocacia privada e dois cidadãos, um indicado pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.¹²⁹

É sua competência exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, do cumprimento dos deveres funcionais dos Juízes e, além de outras atribuições, “zelar pela autonomia” e “apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário”.¹³⁰

O Supremo Tribunal Federal não demorou a esclarecer que seus Ministros não são Juízes nem Membros do Poder Judiciário. Aliás, tampouco o STF é órgão do Poder Judiciário. Daí a conclusão lógica de não estarem sujeitos ao controle do CNJ. Ao contrário: é o CNJ que está sujeito ao controle dos Ministros do STF. Esse entendimento foi trazido à lume no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.367-1/DF (j. 13/4/2005, Min.

¹²⁸ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=37590&tp=1>>. Acesso em: 8 fev. 2012

¹²⁹ CF/1988, Art. 103-B (com redação da EC n° 61, de 12/11/2009). Breve parêntese: na redação original constava que a idade limite para integrar o CNJ era 66 anos, o que ocasionalmente impedia a participação de certo Presidente do Supremo Tribunal Federal. No meio jurídico a EC n° 61 não tardou a ser conhecida nominalmente.

¹³⁰ CF/1988, Art 103-B, § 4°, I e II.

Cezar Peluso)¹³¹ e que merece transcrição (sublinhado inexistente no original):

4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, *caput*, inc. I, letra “r”, e 103-B, § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, a que aquele está subordinado.

No exercício de suas atribuições o CNJ tem formulado políticas, instituído sistemas e programas, editado atos normativos e exercido *poder correccional* de *desvios* de conduta dos *juízes* e *membros* do Poder Judiciário.¹³²

Especificamente em relação ao combate à corrupção, o CNJ é um dos integrantes da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

¹³¹ Cumpre esclarecer que as decisões de mérito do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade têm *eficácia vinculante*, isto é, são obrigatórias relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios (CF/1988, Art 102, § 2º). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

¹³² O Supremo Tribunal Federal reconheceu na **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.638/DF**, relator Min. Marco Aurélio, em sessão realizada dia 8/2/2012, a competência do Conselho Nacional de Justiça para editar norma (**Resolução CNJ n° 135/2011**) e abrir processo disciplinar contra Magistrado independentemente da atuação das Corregedorias dos Tribunais, conforme notícia o **Informativo STF n° 654** (disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2008). A aplicação da **Resolução CNJ n° 135/2011** gerou intenso embate da Corregedora Nacional de Justiça com Ministros do Supremo Tribunal Federal, amplamente divulgado pela imprensa nacional e internacional.

1.2.3.2 Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003 e integrada ao Ministério da Justiça, congrega atualmente mais de 60 entidades, dentre as quais o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério Público (MP), a Controladoria Geral da União (CGU), o Tribunal de Contas da União (TCU), a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) etc, além de organizações da sociedade civil.¹³³

A ENCCLA, como já sugere o nome, consiste na articulação dessas entidades, organizações e da sociedade civil para atuar, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro; e identificar e propor ajustes aos pontos falhos do sistema antilavagem e anticorrupção.

Dentre suas iniciativas destaca-se a implantação, em 2004, do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD), que até 2010 havia capacitado mais de 7.000 agentes e viabilizado a troca de experiências e a integração das entidades e organizações.

Anualmente a ENCCLA reúne-se e divulga um conjunto de Metas e Recomendações. Dentre as Metas ENCCLA 2007 destacam-se:

Meta 2. Elaborar anteprojeto de lei para aperfeiçoar a troca de informações sigilosas entre órgãos e entidades públicos de controle, prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos.

¹³³ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDD198628PTBRNN.htm>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

Meta 24. Desenvolver programa de altos estudos sobre corrupção e lavagem de dinheiro para o Poder Judiciário.

Meta 26. Elaborar anteprojeto de lei ampliando os prazos prescricionais penais, em atenção ao artigo 29 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, e ao artigo 11, item 5 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, criando novos marcos interruptivos.

Recomendação 8. Recomenda às Polícias Federal e Civil, aos Ministérios Públicos e ao Poder Judiciário o registro no Cadastro Nacional de Bens Apreendidos dos bens sujeitos a medidas assecuratórias nos processos penais em tramitação.

Periodicamente, a ENCCLA publica um Boletim Informativo. Do “Boletim Informativo nº 01”, de março de 2005, extrai-se que a Meta 43 para 2005 (“realizar gestões junto ao Congresso Nacional no sentido de aprovar em caráter de urgência a Convenção da ONU contra a Corrupção”) concretizou-se na aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em 3/3/2005, do texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005) ¹³⁴. Como já visto, a Convenção da ONU foi promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31/1/2006.

Do mesmo Boletim Informativo consta que o Superior Tribunal de Justiça autorizara participação de Autoridades Suíças em audiência de instrução criminal por crime de lavagem de dinheiro, entendendo que “é preciso possibilitar as cooperações informais e desburocratizadas para vencer os crimes transnacionais”, mas o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar impedindo aquela participação ao argumento de que “a cooperação há de se fazer com respeito irrestrito à organicidade de Direito nacional, reafirmando-se a República como revelada por um Estado Democrático de Direito, para tanto se mostrando

¹³⁴ **Boletim Informativo nº 1 (março de 2005)**, p. 2 Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={9668E5B2-1F9C-4106-B0E8-F32CB3A0B80E}>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

indispensável que se homenageie a máxima segundo a qual o meio justifica o fim, mas não este, aquele” (Habeas Corpus nº 85.588-1/RJ , relator Min. Marco Aurélio, j. 4/4/2006).¹³⁵

1.2.3.3 Controladoria Geral da União (CGU)

A Controladoria Geral da União (CGU) é órgão de assessoria direta da Presidência da República em assuntos referentes à defesa do patrimônio público e incremento da transparência da gestão pública, mediante o desenvolvimento de atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção.¹³⁶

Além de integrar a ENCCLA, como já visto, a Controladoria Geral da União mantém convênios e parcerias com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)¹³⁷ e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)¹³⁸.

Dentre outras iniciativas relevantes, mantém o “Portal da Transparência”, lançado em 2004, onde estão disponíveis informações sobre transferências de recursos federais para Estados e Municípios; gastos do Governo Federal com obras, serviços e compras; empresas punidas nas esferas federal, estadual e municipal; cargo, função e situação de servidores do Poder Executivo Federal etc.¹³⁹

¹³⁵ *Ibid.*, p. 4-5.

¹³⁶ Disponível em: www.cgu.gov.br acesso em: 8 fev. 2012

¹³⁷ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/ConvenioseParcerias/bid.asp>
Acesso: em 8 fev. 2012.

¹³⁸ Disponível em:
<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/Arquivos/ConveniosParcerias/BRAS07Revisao12.pdf>
f>. Acesso em: 8 fev. 2012.

¹³⁹ Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

Em seu “Balanço de 2007” a CGU defende que não houve aumento da corrupção no Brasil, mas aumento de sua percepção. Tal incremento, continua, ocorreu por força das ações de investigação e combate à corrupção, bem como da intensa divulgação por meio da mídia e consequente debate público em níveis sem precedentes.¹⁴⁰

1.2.3.4 Conselho de Controle de Atividade Financeira (COAF)

O Conselho de Controle de Atividade Financeira (COAF) foi criado pela Lei nº 9.613, de 03.03.98, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas relacionadas à lavagem de dinheiro.

Os princípios que regem sua organização e estrutura estão expressos no seu Estatuto, promulgado pelo Decreto nº 2.799, de 8/10/1998, e no seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria nº 330, de 18/12/1998.¹⁴¹

Integram o COAF, por força do Decreto nº 2.799, de 8/10/1998, representantes do Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Secretaria da Receita Federal, Subsecretaria de Inteligência do Poder Executivo, Departamento de Polícia Federal e Ministério das Relações Exteriores.

¹⁴⁰ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BoletimInternacional/index.asp>>. Acesso em: 8 fev. 2012

¹⁴¹ Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 8 fev. 2012

A Lei nº 9.613/98 criou e definiu as competências do COAF:

Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

§ 1º As instruções referidas no Art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no Art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no Art. 12.

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

Com o advento da Lei Complementar nº 105, de 10/1/2001, parece não restarem dúvidas sérias quanto à inoponibilidade do sigilo bancário à atuação do COAF.¹⁴²

A citação dos dispositivos legais vem a propósito de polêmica recentíssima envolvendo o compartilhamento de informações entre o COAF e o CNJ, e que é questionado perante o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 31.085/DF, relator Min. Ricardo Lewandowski, que suspendeu o

¹⁴² **Lei Complementar nº 105/2001**, “Art 2º. (...) § 6º O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o Art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do Art. 11 da referida Lei.”

compartilhamento em decisão datada de 19/12/2011¹⁴³; e, também, no Mandado de Segurança n° 31.083/DF, relator Min. Luiz Fux, ainda sem registro de qualquer decisão até o presente momento¹⁴⁴.

Desde 1998 é divulgado, periodicamente, “Relatório de Atividades” em que são examinados aspectos quantitativos (número de comunicações, denúncias e informações recebidas e encaminhadas) e qualitativos (ações, projetos e normas editadas, análise de resultados, cooperação nacional e internacional).¹⁴⁵

Da leitura de todos esses relatórios destaco dois pontos relevantes.

De 1998 até 2008 houve um incremento exponencial no número de *comunicações de operações suspeitas* recebidas, saltando de 31 em 1998 para 1,4 milhão em 2008. Em 2008, o *intercâmbio de informações* com autoridades brasileiras foi superior a 7,4 mil — dos quais o Poder Judiciário foi destinatário de cerca de 1 mil (14%) — e chegou a 1,5 mil com unidades de inteligência financeira internacionais, dos quais 756 foram *recebidos* e 772 *enviados*.

Sem propensão à análise estatística ou sociológica, penso que esses dados significam aumento exponencial na *percepção* da ocorrência da lavagem de dinheiro e da corrupção.¹⁴⁶

Outro aspecto relevante, e que consta do “Relatório de Atividades de 2007”, foi a edição da Resolução COAF n° 16, de

¹⁴³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31085&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

¹⁴⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31083&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 8 fev. 2012

¹⁴⁵ Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/relatorios-coaf/>>. Acesso em 8 fev. 2012.

¹⁴⁶ Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/relatorios-coaf/relatorio-de-atividades-2008/>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

28/3/2007¹⁴⁷, que dispõe sobre “pessoas politicamente expostas”. Tal iniciativa atende à Recomendação n° 6 do GAFI/FATF. A Resolução COAF n° 16/2007 define:

Art 1º. (...)

§ 1º Consideram-se pessoas politicamente expostas os agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiras, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares e estreitos colaboradores.

§ 2º No caso de pessoas politicamente expostas brasileiras, para efeito do § 1º devem ser abrangidos:

I - os detentores de mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo da União;

II os ocupantes de cargo, no Poder Executivo da União:

a) de Ministro de Estado ou equiparado;

b) de Natureza Especial ou equivalente;

c) de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista;

d) do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível 6, e equivalentes;

III - os membros do Conselho Nacional de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores;

IV - os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, os Subprocuradores-Gerais da República e os Procuradores-Gerais de Justiça dos estados e do Distrito Federal;

V - os membros do Tribunal de Contas da União e o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;

VI - os governadores de Estado e do Distrito Federal, os presidentes de Tribunal de Justiça, de Assembléia Legislativa e de Câmara Distrital e os presidentes de Tribunal e de Conselho de Contas de Estado, de Municípios e do Distrito Federal;

VII - os Prefeitos e Presidentes de Câmara Municipal de capitais de Estados.”

¹⁴⁷ Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/legislacaoe-normas/normas-coaf/resolucoes/coaf-resolucao-no-015-de-30-de-marco-de-2007/>> Acesso em: 8 fev. 2012.

Em relação às *peessoas politicamente expostas* as pessoas obrigadas a prestar informações ao COAF (Art 9º da Lei nº 9.613/98) deverão, nas suas relações de negócio, “dedicar especial atenção reforçada e contínua”.

CAPÍTULO II – CORRUPÇÃO, ÉTICA JUDICIAL E TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 Aproximação

Cumprir lembrar, mais uma vez, que um dos objetos centrais desta tese não é a corrupção, mas o combate à corrupção.

Etimologicamente, corrupção provém do latim *corruptionis* e significa ato ou efeito de corrompido, decomposto, putrefato. Significa, também, suborno, peita. Corrupto deriva do latim *corruptus*, aquele que sofreu corrupção ou aquilo que está podre, estragado, infectado. Corruptor vem do latim *corruptoris*, aquele que corrompe, que altera textos, que suborna.¹⁴⁸

Já em Aristóteles corrupção significava “a mudança que vai de algo ao não-ser desse algo; é absoluta quando vai da substância ao não-ser da substância, específica quando vai para a especificação oposta”.¹⁴⁹ Ou seja, a corrupção, nesse sentido, é negação da própria natureza, transformação no oposto.

No âmbito das Relações Internacionais, corrupção é entendida como um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta todos os Países do Mundo. Em diferentes contextos, a corrupção prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade política. A corrupção corrói as instituições democráticas, distorce os processos eleitorais, mina o Estado de Direito, deslegitima as

¹⁴⁸ AURÉLIO. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986; CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

¹⁴⁹ RIBEIRO, Antonio da Silva Magalhães. **Corrupção e Controle na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2004.

instituições, afasta investidores e desestimula a criação e atuação de empresas por conta do custo adicional não contabilizável.

Na literatura especializada a abordagem sobre corrupção remonta à década de 1950, com a emergência da perspectiva funcionalista nos estudos das ciências sociais. Os estudos mais sistemáticos sobre o tema da corrupção surgem nos Estados Unidos, tendo em vista o problema da modernização e abordagens comparativas tomando o tema do desenvolvimento.¹⁵⁰

Ao relacionar o problema do desenvolvimento político e econômico ao tema da corrupção, a abordagem funcionalista procura compreender o modo como ela (corrupção) pode contribuir para o desenvolvimento de sociedades tradicionais e subdesenvolvidas ou emperrá-lo. Como pano de fundo, há uma preocupação com os processos de modernização, dado o caráter sistêmico que a corrupção assume nessas sociedades.

Para a sociologia da modernização há uma relação necessária entre corrupção e modernização, uma vez que cenários de larga corrupção definem uma baixa institucionalização política e, por sua vez, uma ordem fraca para a mediação e a adjudicação de conflitos.¹⁵¹

Pela abordagem funcionalista, a corrupção seria típica de sociedades subdesenvolvidas, representando um tipo de prática aceita diante da baixa institucionalização política. Os momentos de mudança social favorecem a corrupção pelo hiato existente entre modernização e institucionalização, tornando-a típica de sociedades em processo de mudança social.

¹⁵⁰ FILGUEIRAS, F. **A Corrupção na Política**: perspectivas teóricas e metodológicas. Cadernos Cedes, IUPERJ, n° 5, 2006.

¹⁵¹ HUNTINGTON, S. P. **A Ordem Política nas Sociedades em Mudança**. São Paulo: EDUSP, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.

Em cenários de baixa institucionalização política, como nota Huntington¹⁵², a corrupção tende a ser um tipo de ação mais acentuada, dado o surgimento de novos atores na cena política, ensejando clivagens sociais e um comportamento pouco conducente à norma.

Sob controle, a corrupção pode ser uma forma alternativa dos agentes articularem seus interesses junto à esfera pública. Por exemplo, a construção de máquinas políticas visa influenciar o conteúdo das decisões tomadas na arena legislativa por meio da persuasão das elites partidárias. A constituição dessas máquinas políticas, nas quais a corrupção é um dos elementos-chave, colabora para o arrefecimento da disputa entre clivagens sociais que surgem com a modernização, servindo, dessa forma, para o desenvolvimento político, econômico e social.¹⁵³

A corrupção é explicada, portanto, como inerente a uma estrutura social de tipo tradicional, que, no contexto da modernidade, gera instabilidade nos planos político e econômico. A corrupção, dessa forma, pode cumprir uma função de desenvolvimento, uma vez que ela força a modernização. Porém essa função de desenvolvimento é cumprida desde que ela esteja sob o controle das instituições políticas de tipo moderno. Daí porque a corrupção pode ser entendida como problema ou como solução.

Da perspectiva de solução, a corrupção contorna a burocracia ao estabelecer laços informais entre burocratas e agentes econômicos para, por exemplo, tornar mais rápida a

¹⁵² HUNTINGTON, *loc. cit.*

¹⁵³ SCOTT, J. **Corruption, machine politics and political change**. American Political Science Review, v. 63, n° 4, 1969. Disponível em: <http://www.pnud.org.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

emissão de documentos e autorizações, o que acaba favorecendo o desenvolvimento econômico¹⁵⁴.

Ao absorver o problema da modernização como núcleo central para explicar a corrupção, a vertente funcionalista busca compreender os custos e os benefícios para o desenvolvimento a partir da consideração de seus aspectos funcionais e disfuncionais dos sistemas políticos.

Nos anos 1970 a literatura sobre o tema deu uma guinada metodológica e o desenvolvimento passou a ser considerado inserido na dimensão da cultura política, a partir da premissa de ser a cultura proeminente em relação ao político e ao econômico, por definir os valores dentro da estrutura social. Apesar de essa vertente romper com a questão dos benefícios da corrupção, com a pauta de valores, ela não abandonou a abordagem funcionalista.

Ao lado dos sistemas institucional e legal, o sistema de valores é fundamental para motivar ou coibir as práticas de corrupção no interior de uma sociedade. A modernização implica mudança dos padrões de valores e de ação por parte dos atores sociais. A corrupção, nessa lógica, representa, antes de tudo, a permanência de elementos tradicionais que utilizam, especialmente, o nepotismo, a patronagem, o clientelismo e a aproximação à autoridade política para obter vantagens e privilégios.

Nos trabalhos ligados à vertente da cultura política, o tratamento parte de uma concepção metodológica comparativa entre culturas locais tradicionais e uma cultura universal moderna. Dessa forma, a corrupção dependeria de uma mudança de valores

¹⁵⁴ LEFF, N. H. **Economic Development Through Bureaucratic Corruption**. American Behavioral Scientist, v. 8, nº 3, 1964.

básicos da sociedade que demandaria processos mais lentos de mudança institucional¹⁵⁵.

A partir dos anos 1980, ocorreu nova virada metodológica nas pesquisas sobre corrupção com a incorporação de uma abordagem econômica centrada, principalmente, na análise dos custos para a economia de mercado e na perspectiva da liberalização econômica e política, com ênfase nos Países da América Latina, Ásia, Leste-Europeu e Rússia¹⁵⁶.

Nessa perspectiva, os custos da corrupção foram percebidos como superiores aos benefícios.

Cumprir ênfase, sem medo da redundância: a clivagem teórica acerca da corrupção, a partir dos 80', é eminentemente econômica e busca entender/explicar o fenômeno como resultado de configurações institucionais e do modo como elas permitem que agentes maximizem seus ganhos burlando as regras do sistema político¹⁵⁷.

Assim, a corrupção — agora percebida como *problema* — é entendida/explicada a partir de pressupostos econômicos como o *rent-seeking* (busca de renda) e a ação estratégica de atores políticos no contexto de instituições que procuram equilibrar esses interesses com noções amplas de democracia¹⁵⁸.

A corrupção é explicada por uma teoria da ação informada pelo cálculo que agentes racionais fazem dos custos e dos benefícios de burlar uma regra institucional do sistema político,

¹⁵⁵ LIPSET, S. M.; LENZ, G. S. Corrupção, cultura e mercados. In: Huntington, S.; Harrinson, L. (orgs.). **A cultura importa: os valores que definem o progresso humano**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

¹⁵⁶ JOHNSTON, M. **Syndromes of corruption. Wealth, power, and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹⁵⁷ ROSE-ACKERMAN, S. **Corruption and Government: causes, consequences and reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

¹⁵⁸ FILGUEIRAS, F. de Barros. **A corrupção na Política: perspectivas teóricas e metodológicas**. Cadernos Cedes, IUPERJ, nº 5, 2006.

tendo em vista uma natural busca por vantagens. Basicamente, a configuração institucional define sistemas de incentivos que permitem aos atores acumularem utilidade. Uma postura *rent-seeking*, que é esperada quando as instituições permitem que um agente burle as regras do sistema, ocorre quando ele maximiza sua renda privada em detrimento dos aspectos formais e considera aspectos informais e culturais.

A análise da corrupção, nessa perspectiva, deve observar os aspectos implicados no reconhecimento de normas formais e informais, porquanto a passagem do privado ao público ocorre em meio a configurações de valores e normas. Ou seja, é fundamental pensar o aspecto normativo envolvido no conceito de corrupção, porque ele tem uma natureza fugidia, já que depende de concepções normativas a respeito das próprias instituições sociais, em que pesem, dessa forma, os valores que definem a própria noção do que vem a ser o interesse público.

É relevante, também, pensar a corrupção em uma dimensão sistêmica que alie a moralidade política com a *praxis* social, na dimensão do cotidiano. Resgatar uma dimensão de moralidade para pensar o tema da corrupção significa buscar uma visão abrangente que dê conta dos significados que ela pode assumir na esfera pública. É a partir dessas significações que podemos observar as formas que ela (corrupção) pode assumir sob diversas óticas, v.g., política, social, cultural, econômica, ambiental, normativa etc.

Assim, ao lado da corrupção na esfera estatal, temos a corrupção na esfera privada. É com aquela que estamos ocupados, e, portanto, passamos a defini-la.

Antes, porém, importa antecipar que *corrupção* é expressão plurissignificativa e sua definição apresenta-se como um desafio.¹⁵⁹

Sob esse ângulo corrupção significa o *uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.*¹⁶⁰

O Banco Mundial entende que a corrupção *consiste no abuso de poder público para benefício privado.*¹⁶¹

Três facetas da corrupção merecem referência: o nepotismo, a concessão de emprego ou contrato pelo critério parental e o desvio ou apropriação privada de recursos/bens públicos. Dessa última é que estamos ocupados.

A corrupção pode ter matriz no regime jurídico do Estado, que denominaremos “corrupção sistêmica”, mas pode tê-la, também, no político ou no administrativo.

A corrupção de matriz política e administrativa ocorre nas entranhas das instituições políticas e burocráticas e tem *modus operandi* próprio: depende da troca de favores, do privilégio e é detectável no funcionamento da máquina estatal. A corrupção política, além disso, tangencia o funcionamento dos Partidos Políticos, o processo eleitoral, o processo de recrutamento para funções estatais e condiciona o modo de atuação dos agentes

¹⁵⁹ ELLIOT, Kimberly Ann. A corrupção como um problema de legislação internacional: recapitulação e recomendações. In: Elliot, Kimberly Ann (org). **A Corrupção e a Economia Global**. Tradução Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002.

¹⁶⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7

¹⁶¹ TANZI, V. Corruption around the world: causes, consequences, scope and cures. *apud* BUENO, Newton Paulo. Corrupção: teoria, evidências empíricas e sugestões. **Revista da Controladoria Geral da República**. Brasília, ano IV, n° 6, p. 71-84

públicos, quais sejam, os que atuam ou deveriam atuar em prol do interesse público.

Ainda que seja possível estabelecer perspectivas para captar a matriz da corrupção, é fato que a “corrupção sistêmica” (retro)alimenta as demais. Ela é suportada, não raramente, por um arcabouço de normas, princípios, discursos e *práxis* jurídico-normativos. É própria de regimes nominalmente democráticos, mas verificável mesmo em democracias consolidadas. Como já dito anteriormente, a corrupção tem campo fértil em democracias em processo de consolidação ou transformação, pela manipulação ou supressão dos seus mecanismos de controle.

Tudo isso, bem pesado, medido e contado, configura aquilo que Castells denominou “ambiente institucional favorável” e seu “aparato de segurança”.

A “corrupção sistêmica” compromete as finanças do Estado, o atendimento de demandas sociais e implica enorme entrave ao desenvolvimento econômico e social. Protegida por normas e discursos jurídicos ou por soluções políticas, quase sempre se apresenta com baixa ou nenhuma possibilidade de responsabilização. É potencialmente destrutiva das instituições e da própria democracia. Facilmente associada a regimes autoritários, frequentemente é percebida em Democracias recentes, mas pode estar presente em qualquer lugar.

2.2 Ética Judicial

Este tópico cuidará especificamente da ética judicial, é dizer, aquele conjunto de valores (honestidade, independência,

imparcialidade etc) que condiciona a relação de um indivíduo particular (o Magistrado) com o exercício de uma função típica do Estado (a Jurisdição).

A “Cúpula Judicial Ibero-Americana”, realizada em agosto de 2004, em San Salvador, recomendou a aprovação de um “Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica”, tarefa confiada aos juristas Manuel Atienza e Rodolfo Luis Vigo.

Atienza e Vigo, ao fazerem a apresentação do texto-base, reconheceram dificuldades em razão de “diferenças jusfilosóficas e pertinências a culturas não totalmente coincidentes”, pelo que seu trabalho não poderia ser patrimônio de alguma orientação jusfilosófica ou ética particular. Daí porque se limitaram a “configurar ou consagrar exigências éticas concretas no que diz respeito à ‘excelência judicial’ a partir da perspectiva predominante do interesse das diferentes sociedades para as quais os Juízes e Magistrados prestam suas funções.”¹⁶²

É da maior importância o diagnóstico de que aquela iniciativa representava uma mensagem à sociedade “acerca do nível de consciência da crise de legitimidade de que a autoridade política, em geral, e a judicial, em particular, padecem no espaço ibero-americano.”¹⁶³

É relevante, também, a constatação de que a ética judicial não tem como sujeitos exclusivamente os Juízes e Magistrados, mas todos aqueles outros sujeitos que participam ativamente da atividade jurisdicional, a saber: servidores, colaboradores (peritos, jurados etc), as partes do processo (sobretudo o Poder Público), o Ministério Público e os advogados (públicos e particulares).

¹⁶² ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. Apresentação ao Código Ibero-Americano de Ética Judicial. In: **Código Ibero-Americano de Ética Judicial**. Brasília: CJF, 2008, p. 7.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 9.

Por fim, merece um olhar atencioso a prédica de que “a honestidade profissional do juiz remete ao dever de adotar medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de seus ingressos e de sua situação profissional.”¹⁶⁴

Eis, no que interessa ao presente trabalho, trechos do Código de Ética Ibero-Americano:

Art 4º. A independência judicial, sob o ponto de vista ético, implica que ao juiz está vedada a participação de qualquer modo, em atividade política partidária.

Art 7º. Não só se exige eticamente que o juiz seja independente, mas que também não interfira na independência de outros colegas.

Art 42. O juiz institucionalmente responsável é aquele que, além de cumprir com suas obrigações específicas de caráter individual, assume um compromisso ativo com o bom funcionamento de todo o sistema judicial.

Art 43. O juiz tem o dever de promover na sociedade uma atitude, racionalmente fundada, de respeito e confiança para com a administração da justiça.

Art 54. O juiz íntegro não deve comportar-se de modo que um observador razoável considere gravemente atentatório aos valores e sentimentos predominantes na sociedade na qual exerce a sua função.

Art 55. O juiz deve ser consciente de que o exercício da função jurisdicional implica exigências que não se verificam para o restante dos cidadãos.

Art 81. O juiz deve comportar-se de modo que nenhum observador razoável possa entender que ele se aproveita de maneira ilegítima, irregular ou incorreta do trabalho dos demais integrantes da repartição judicial.

Art 82. O juiz deve adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade dos seus rendimentos e de sua situação patrimonial.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução n° 60, de 19/9/2008, aprovou o Código de Ética da Magistratura Nacional tendo como princípios cardeais:

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 20.

independência, imparcialidade, conhecimento e capacitação, cortesia, transparência, segredo profissional, prudência, diligência, integridade profissional e pessoal, dignidade, honra e decoro.¹⁶⁵

Eis, no que interessa ao presente trabalho, trechos do Código de Ética Nacional:

Art 4º. Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.

Art 7º. A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.

Art 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.

Art 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cômico de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.

Art 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.

A adoção das diretrizes traçadas pelo Código de Ética Ibero-Americano no plano nacional significa, a meu ver, a concretização do processo de *harmonização* de que falara Delmas-Marty.

¹⁶⁵ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/12175:resolucao-no-60-de-19-de-setembro-de-2008>>. Acesso em: 19 mar. 2011.

2.3 Tratados Internacionais

As alterações decorrentes da globalização conduzem a uma crescente necessidade de interação dos Estados a fim de atenderem interesses próprios e comuns. Conforme enuncia a Convenção das Nações Unidas, a corrupção deixou o patamar de problema local para assumir a condição de problema transnacional. O combate à corrupção, portanto, tem que estar nesse patamar e um dos mecanismos mais conhecidos e utilizados são os Tratados.

No presente tópico serão abordados alguns aspectos dos Tratados e Convenções Internacionais contra a Corrupção dos quais o Brasil é parte.

2.3.1 Convenção Interamericana Contra a Corrupção (OEA)

O combate à corrupção tem sido uma das preocupações dos Estados- membros da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁶⁶. Com efeito, a Carta da OEA dispõe que “a democracia participativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região” e a corrupção constitui uma ameaça das mais graves.

A “Cúpula de Chefes de Estado e de Governo das Américas” imprimiu maior dinamismo ao tratamento do fenômeno da corrupção. A primeira Cúpula, realizada em Miami em dezembro de 1994, constituiu um marco. Naquela oportunidade, os Chefes

¹⁶⁶ Os 35 Países das Américas, incluindo Cuba, são Membros da OEA.

de Estado e de Governo reconheceram o caráter multilateral do problema e comprometeram-se a negociar, no âmbito da OEA, um acordo hemisférico sobre a matéria. Como resultado foi aprovada, em 29/3/1996, Caracas/Venezuela, a “Convenção Interamericana contra a Corrupção”¹⁶⁷, que entrou em vigor em março de 1997. Todos os Membros da OEA a ratificaram, exceto Barbados.

No Brasil a “Convenção” foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25/6/2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7/10/2002, quando adquiriu vigência interna.

A “Convenção Interamericana” detém a primazia de ser o primeiro documento internacional direcionado ao combate à corrupção. Seus objetivos são: a) promover e fortalecer o desenvolvimento, de cada um dos Estados-Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, sancionar e erradicar a corrupção; promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados-partes, a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações para prevenir, detectar, sancionar e erradicar os atos de corrupção no exercício das funções públicas e os atos de corrupção especificamente vinculados com esse exercício.

Subjacente às medidas preventivas (Artigo III) está o entendimento de que o combate à corrupção é um processo, e não um conjunto de ações pontuais, isoladas e sem conexão ou coordenação alguma. A Convenção salienta, ademais, a importância da participação ativa dos Estados, Setor Privado, Sociedade Civil e da Comunidade Internacional.

A Convenção traz disposições importantes em relação à *extradição* de pessoas; *cooperação e assistência judiciais* para

¹⁶⁷ Disponível em: <www.dai-mre.serpro.gov.br/pesq_ato_mul>. Acesso em: 25 jul. 2009.

obtenção de provas; *identificação, rastreamento, apreensão e confisco* de bens e/ou valores obtidos ou derivados da corrupção.

No que pertine à *investigação e compartilhamento de informações* por parte de entidades bancárias ou financeiras, a “Convenção” representa um passo importante no sentido da superação do entendimento de ser o sigilo bancário obstáculo à responsabilização.¹⁶⁸

Na Assembleia Geral da OEA realizada em São José da Costa Rica, em 4/6/2001, foi aprovada a criação do “Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC)”, que começou a funcionar em janeiro de 2002. Esse mecanismo, por meio de uma Comissão de Peritos, produziu “Relatórios de Acompanhamento” que foram submetidos à Assembleia Geral e aprovados em 31/3/2006, 12/12/2008 e 16/9/2011.¹⁶⁹

2.3.2 Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas

A “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC)” foi aprovada em sua Assembleia Geral em 4/12/2000 e entrou em vigor em 14/12/2005, como reconhecimento da indispensabilidade de um instrumento jurídico-internacional de combate à corrupção.

¹⁶⁸ Cumpre lembrar que o Brasil aprovou a Lei n° 9.613/1998 franqueando o sigilo bancário e financeiro ao COAF, disposição reafirmada com o advento da Lei Complementar n° 105/2001.

¹⁶⁹ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/mesicic_relatorios.htm>. Acesso em: 25 jul. 2009.

No Brasil a “CNUCC” foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18/5/2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31/1/2006, adquirindo vigência interna.¹⁷⁰

Essa “Convenção” compõe-se de quatro eixos principais: prevenção, criminalização de condutas, cooperação internacional e recuperação de ativos.

No tocante à *prevenção* foram adotadas medidas como: criação de agências anticorrupção, maiores transparência no setor público e participação da sociedade, criação de códigos de conduta para funcionários públicos e regras para a contratação pública e gestão da Fazenda Pública.

No tocante à *criminalização* os Estados-Partes são orientados a criminalizar condutas além das formas básicas de corrupção (suborno e desvio de recursos públicos), tais como Obstrução da Justiça (*Contempt of Court*), conduta que consiste em influenciar testemunhas, servidores ou Magistrados por meio do uso de força, ameaças ou intimidação, ou embaraçar o curso normal dos processos.

A *cooperação internacional*, entendida como essencial, compreende medidas de assistência legal mútua na coleta e transferência de provas, ações conjuntas de investigação, rastreamento, congelamento de bens, apreensão e confisco de produtos da corrupção. A “CNUCC” inova ao prever a extradição mesmo na ausência de dupla incriminação, quando não envolver medidas coercitivas.

Em linhas superficiais *extradição* é o mecanismo pelo qual um Estado pede a outro Estado que entregue uma pessoa que está em seu território a fim de que ela seja processada ou

¹⁷⁰ Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/pesquisa_ato_mul>. Acesso em: 25 jul. 2009.

cumpra pena no Estado-requerente. O princípio da dupla incriminação prevê que o Estado-requerido pode recusar a entrega da pessoa se os fatos pelos quais ela está sendo processada ou foi condenada não configuram crime segundo sua legislação.¹⁷¹

Para a *recuperação de ativos* os Estados-partes devem promover iniciativas objetivando identificar movimentações financeiras suspeitas, especialmente se envolverem altos funcionários públicos, e reportá-las às autoridades competentes.

A partir de 2009, reunidos em Doha/Catar, representantes de 125 Países decidiram criar um “Mecanismo de Controle da Convenção das Nações Unidas”, cujos “Relatórios de Acompanhamento” deverão ser publicados a cada cinco anos.

2.3.3 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

A “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi aprovada em 17/12/1997 por 35 países, dentre os quais o Brasil, e entrou em vigor em 1999.

¹⁷¹ No Brasil compete ao Supremo Tribunal Federal *autorizar* a extradição (CF/1988: Art 102, I, g), mas quem *decide* é o Presidente da República, como ficou decidido no “*caso Cesare Battisti*” (Extradição n° 1085/República Italiana, Min. Cezar Peluso, j. 16/12/2009). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28cesare+battisti%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 28 jul. 2009

No Brasil a “Convenção da OCDE” foi aprovada pelo Decreto Legislativo n° 105, de 15/6/2000, e promulgada pelo Decreto n° 3.678, de 30/11/2000.¹⁷²

Dentre os *objetivos* dessa convenção destacam-se: prevenir e reprimir a corrupção de funcionários públicos estrangeiros e estabelecer a prestação de assistência jurídica recíproca, efetiva e rápida entre os Estados-partes.

Para a citada convenção *funcionário público estrangeiro* é o responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ele nomeado ou eleito; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional.

Pelo menos um dispositivo da Convenção da OCDE (Art. 4) tem potencial para despertar acesos debates, a saber: a definição da *jurisdição* para processar e julgar corrupção praticada por funcionário estrangeiro. De um lado, o dispositivo assegura a prevalência da *jurisdição nacional*; de outro, prevê que, se mais de uma parte invocar sua própria jurisdição, a solução deverá ser deliberada pelos Estados envolvidos.

Não há registro da existência de decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Mas não custa lembrar a admoestação de Maquiavel:

Não é por acaso, nem sem motivo, que os sábios costumam dizer: basta considerar o que foi para saber o que será. De fato, em todas as épocas o que acontece neste mundo tem analogia com o que já aconteceu. Isto provém do fato de que, como todas as coisas humanas são tratadas por pessoas que têm e terão sempre as

¹⁷² Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/pesquisa_ato_mul>. Acesso em: 25 jul. 2009.

mesmas paixões, não podem deixar de apresentar os mesmos resultados. É verdade que a conduta dos homens é mais brilhante neste ou naquele País; isto depende da educação que dá forma à maneira de viver de cada Povo.¹⁷³

Por fim, a “Convenção da OCDE” (Art. 4, 4) recomenda aos Estados-parte “verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.”

¹⁷³ MAQUIAVEL, N. **Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. Tradução Sérgio Bath. 3. ed. Brasília; UnB, 1994, p. 423

CAPÍTULO III – COMBATE À CORRUPÇÃO e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: estudo de caso

3.1 (De)formação do Poder Judiciário

Este tópico pretende abordar o papel das oligarquias locais no processo de (de)formação do Poder Judiciário Brasileiro, especialmente sob dois enfoques: a) *interferência* da Justiça Estadual nas organização e competência da Justiça Federal; b) desprestígio que se abateu sobre ambas em razão do *arbítrio* das oligarquias locais.¹⁷⁴

Tanto quanto possível serão realçados aspectos institucionais. Isto não significa desprezar a importância dos aspectos subjetivos na teia de complexidade que são nas relações humanas, em geral, e nas instituições, em particular. Significa, contudo, enfoque nos aspectos institucionais como determinantes não exclusivas, mas preponderantes.

Consta que D. Pedro II despachou, em meados de 1889, uma comitiva oficial com o propósito de conhecer de perto a organização do sistema judiciário norte-americano, sobretudo de sua Suprema Corte porque, na opinião do Monarca, ali residia “o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Para uma visão mais abrangente merecem consulta, entre outros: OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. **Justiça Federal: evolução histórico-legislativa**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Brasília: A.L.S.S. Editora, n° 50 (jun./jul/1996), pp. 09-14; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Competência Cível da Justiça Federal**. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 05/14; OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência criminal da Justiça Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 19/36; PERRINI, Raquel Fernandez. **Competências da Justiça Federal Comum**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 91/98.

¹⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 118.

Proclamada a República no Brasil (Decreto n° 1, de 15.11.1889), antes mesmo de sua primeira Constituição, sobrevieram a organização da Justiça Federal — cujo órgão de cúpula era o Supremo Tribunal Federal —, e do processo judiciário federal (Decreto n° 848, de 11.10.1890).¹⁷⁶

A influência do sistema norte-americano faz-se visível desde a Exposição de Motivos do aludido Decreto, passando pela observação de RUI BARBOSA no sentido de que a Constituição Americana era um *organismo vivo* e ainda juvenil, no seu centenário de existência, graças à *ação reconstituente* do Poder Judiciário Federal¹⁷⁷; e, culminando na regra de hermenêutica estampada no art 386, segunda parte, do Decreto n° 848, *verbis*: “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiárias da jurisprudência e processo federal”.

A Justiça Federal foi implantada em nosso País com dois objetivos principais: a) como *objetivo imediato*, a urgência do Governo Provisório em retornar à legalidade quebrada com a derrubada da Monarquia; b) como *objetivo mediato*, implantar no País “o controle judicial e difuso de constitucionalidade”.¹⁷⁸

A Exposição de Motivos do Decreto n° 848 explicita que o regime instalado primária pela:

coexistência de um poder judiciário federal e de um poder judiciário local, cada um desenvolvendo a sua ação dentro da respectiva esfera de competência, sem subordinação, porque ambos são soberanos, e sem

¹⁷⁶ BRASIL. **Justiça Federal**: legislação. Exposição de Motivos do Decreto n° 848/1890. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2000, pp. 28/88.

¹⁷⁷ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: Liv. Acadêmica, 1932. (volume I) p. 63.

¹⁷⁸ BRASIL, *op. cit.*, p. 23

conflitos, porque cada um conhece a natureza dos interesses que provocam a sua intervenção.

Não é propósito *desqualificar* o Poder Judiciário Brasileiro, tampouco escamotear que ele se encontrava àquela época, como se encontra até hoje, nas camadas heterogêneas que compõem a Federação Brasileira, “dependente diretamente do chefe supremo do Estado, político, de ordinário, apaixonado, e que procura sempre lançar mãos da opressão, para esmagar os seus desafeiçoados”.¹⁷⁹

Bem por isso Levi Carneiro aponta “na formação das oligarquias estaduais o maior dos males atribuídos ao regime federativo entre nós”;¹⁸⁰ Rui Barbosa dá testemunho similar: “entregue ao arbítrio dos poderes locais, a magistratura baixou, moral e profissionalmente, de nível”;¹⁸¹ e João Mangabeira fala em “ultra federalismo” e em “escravatura dos Governadores”.¹⁸²

Qualquer que seja a autoridade que se credite aos testemunhos há pouco citados, o fato é que, desde as primeiras nomeações, os membros do Supremo Tribunal Federal foram escolhidos dentre pessoas *de mais nota*. Embora não se possa precisar o que essa expressão signifique, certo é que tal escolha traz consigo a vinculação aos interesses políticos de quem escolhe.¹⁸³

Como mencionado, o Supremo Tribunal Federal é contemporâneo à proclamação da República e da Federação no

¹⁷⁹ BASTOS, José Tavares. **Decreto n° 3.084/1898 ou Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 10.

¹⁸⁰ CARNEIRO, Levi. **Federalismo e Judicialismo**. Rio de Janeiro: Alba, 1930, p. 181.

¹⁸¹ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira** (coligidos por Homero Pires), (arts 55 a 62). São Paulo: Liv. Acadêmica: Saraiva & Cia, 1933. (volume IV) p. 51.

¹⁸² MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934, p. 15

¹⁸³ A propósito confirmam-se: LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 6ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Globo, 2001.

Brasil, tendo como mentor Rui Barbosa e modelo inspirador a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Nas suas relações com os Poderes Legislativo e Executivo, e, sobretudo com este, a resistência não foi uma marca constante do Supremo Tribunal Federal, passando da pura e simples omissão à convivência. Mas isso não é exclusividade nossa.

Consta de sua história que Floriano Peixoto deixou de preencher por longo período as vagas de Ministros que se aposentaram, e quando o fez nomeou o médico Barata Ribeiro, que exerceu o cargo por quase um ano, até que o Senado anulasse sua nomeação. Nomeou, ainda, os generais Galvão de Queiroz e Ewerton Quadros, que não tomaram posse.¹⁸⁴

No período Vargas (1930/1945), a relação do Supremo Tribunal com o governo foi de submissão, sobretudo ante a possibilidade de *revisão* de suas decisões.¹⁸⁵

Merece registro que o Presidente Café Filho, em 1955, impedido de exercer suas funções e sair de seu apartamento, requereu ao STF o HC n° 33.908/DF, Min. Afrânio Costa, que o negou com fundamento nas informações do Presidente em exercício de que não havia nenhum obstáculo ao livre trânsito do paciente.

¹⁸⁴ VIEIRA, *op. cit.*, p. 119

¹⁸⁵ CF/1937. "Art 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. **Parágrafo único.** No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal." Como o Parlamento foi dissolvido (Art 178) até que houvesse fosse convocado plebiscito (Art 187), o que não ocorreu, o Presidente da República usou do poder de expedir Decretos-Lei revogando decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o Decreto-Lei n° 1.564/39 (*vide*: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 32/33).

Com a edição do AI n° 2/65 o número de Ministros do STF foi ampliado de 11 para 16, garantindo uma maioria de votos para o governo. Com o AI n°5/68 foram aposentados compulsoriamente três Ministros e excluídos da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo comando militar. Com isso a resistência arrefeceu.

Na redemocratização do País, dos anos 1980, mais precisamente no episódio da votação da proposta de emenda constitucional que restabelecia eleições diretas, a conhecida “Emenda Dante de Oliveira”, o Presidente da República decretou “estado de emergência” no Distrito Federal e cidades de Goiás circunvizinhas (Decreto n° 89.566, de 18/4/1984), sob argumento de que assim fazia para preservar o livre funcionamento do Congresso Nacional.

Dentre outras restrições, foram proibidas a transmissão da votação, a livre circulação e a reunião de pessoas. Aqueles que buscaram apoio no STF ficaram frustrados.¹⁸⁶

Mais recentemente, no episódio do “impeachment”¹⁸⁷ do Presidente Fernando Collor de Mello, o STF foi chamado a decidir

¹⁸⁶ Com efeito, visando assegurar a **transmissão da votação** um jornalista ingressou no STF com o Mandado de Segurança n° 20.444/SP, Min. Moreira Alves (j. 25/4/1984). O Tribunal não conheceu do pedido porque requerido contra o Presidente da República, quando o correto seria contra o Comandante Militar do Planalto, Gal. Nilton Cruz. Ocorre que pelo § 3º, Art 155 da CF/1967 (com redação da EC n° 1/69), o Presidente da República era a autoridade competente para decretar “estado de emergência”. Visando assegurar o **direito de reunião** dois advogados requereram o Habeas Corpus n° 61.920/DF, Min. Alfredo Buzaid (j. 25/4/1984). O Tribunal não conheceu do pedido também com fundamento de que deveria ter sido dirigido contra o Comandante Militar do Planalto. Visando assegurar a sua **independência** um grupo de Deputados Federais e Senadores requereu o Habeas Corpus n° 61.921/DF, Min. Aldir Passarinho (j. 25/4/1984). O Tribunal negou o pedido por entender que o “estado de emergência” não implicava atos concretos de ameaça ou privação da liberdade de locomoção. A ausência de atos concretos também foi invocada para indeferir o Mandado de Segurança n° 20.445/DF, Min. Décio Miranda (j. 25/4/1984), requerido pelo Deputado Federal Ulisses Guimarães e outros.

¹⁸⁷ O “*impeachment*” é o processo jurídico-político para perda do cargo e inabilitação do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República, cuja acusação é admitida pela Câmara dos Deputados e o julgamento realizado pelo Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (Lei n° 1.079/50). O “*impeachment*” do Presidente Collor é o **único** que chegou à condenação. *vide*: BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

duas questões: (a) qual o devido processo legal a ser seguido na Câmara dos Deputados (Mandado de Segurança n° 21.564/DF, Min. Octávio Gallotti, j. 23/9/1992); (b) qual o efeito da renúncia para o julgamento do ex-Presidente Collor pelo Senado Federal (Mandado de Segurança n° 21.689/DF, Min. Carlos Velloso, j. 16/12/1993).

No primeiro julgado o Tribunal decidiu que o prazo da defesa deveria corresponder a dez (10) sessões ordinárias, somente após o que a Câmara dos Deputados poderia autorizar, ou não, a abertura do processo. Decidiu, ainda, que a votação seria aberta e nominal, e não secreta como pretendia o então Presidente. Digno de nota é que esse foi o primeiro julgamento do STF transmitido ao vivo.¹⁸⁸

No segundo, que a renúncia não impediria, como não impediu, que o Senado Federal concluísse o processo de *impeachment* e aplicasse ao ex-Presidente, como aplicou, a pena de inabilitação por oito anos. Ocorre que participaram desse segundo Mandado de Segurança apenas oito Ministros e houve empate, razão pela qual se fez necessária a convocação de três Ministros do STJ, que formaram a maioria (7 a 4).

Aliomar Baleeiro, em obra clássica, promoveu a defesa da instituição à qual serviu de 1965 a 1975¹⁸⁹ dizendo:

Poderia ser outra, sem esses lances dramáticos, a crônica do Supremo. Mas das instituições, pode repetir-se o que já foi dito das Nações: se foram sempre felizes não tiveram história a que mereça ser contada. E o Supremo Tribunal tem a dele, com grandezas e sombras,

¹⁸⁸ Apenas a partir de 14/8/2002 os julgamentos do STF passaram a ser transmitidos ao vivo pela TV Justiça. MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal**: Império e República. 2. ed. Brasília: STF, 2007, p. 24.

¹⁸⁹ Nomeado pelo Presidente Castelo Branco em vaga criada pelo AI n° 2/1965, que ampliou de 11 para 16 o número de Ministros do STF.

como todas as instituições humanas, sob todos os céus e no curso de todas as idades.¹⁹⁰

A defesa parece ser procedente ou, pelo menos, realista.

3.2 Tribunal Contramajoritário

Inicialmente, é preciso esclarecer certa confusão no emprego dessa expressão. O senso comum, ou a intenção deliberada, conduzem o discurso no sentido de que o Poder Judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, não decidem e não devem decidir de acordo com a *opinião pública*. Em outras palavras: o Poder Judiciário e seu órgão de cúpula são *antidemocráticos*. É preciso recolocar os termos em seus devidos lugares.

Com efeito, desde sua criação, o Supremo Tribunal Federal recebeu três *funções* principais: processar e julgar determinadas autoridades que têm *prerrogativas*; julgar *recursos* contra decisões de Juízes e Tribunais inferiores; e exercer o *controle de constitucionalidade*.

É somente em relação ao *controle de constitucionalidade* que o Poder Judiciário — aí inserido o Supremo Tribunal Federal — é *contramajoritário*, precisamente porque tem o dever-poder de *anular* os atos normativos e as leis emanados de maiorias, ainda

¹⁹⁰ Supremo Tribunal Federal. Esse outro desconhecido. *apud* VIEIRA, 2002, *passim*, p. 117, nota 1.

que transitórias, e *suprir as omissões* do Legislativo, do Executivo e do próprio Poder Judiciário.¹⁹¹

Aliás, é característico do constitucionalismo contemporâneo ser *contramajoritário*, sem que isto signifique ser *antidemocrático* ou *antirrepublicano*.¹⁹²

Às críticas ao caráter *antidemocrático* do *controle de constitucionalidade* Mauro Cappelletti¹⁹³ responde com cinco argumentos: (a) o Legislativo e o Executivo nem sempre decidem enunciando a vontade da maioria, mas “o compromisso entre grupos com interesses conflitantes”; (b) os Juízes dos Tribunais Constitucionais “em grande parte são nomeados politicamente”; (c) a garantia de que as minorias serão ouvidas em igualdade no processo judicial, já que o Legislativo e o Executivo as olham a partir da “força política que podem trazer à arena”; (d) o processo judicial é essencialmente democrático porque condicionado à iniciativa das partes e garantidor de que elas serão ouvidas, o que aumenta o “sentimento de participação”; (e) a democracia não pode ser reduzida a uma ideia majoritária, mas deve ser entendida como sistema de garantia dos direitos e garantias fundamentais.

O mesmo autor destaca a obrigação, em regra, de os Tribunais fundamentarem por escrito suas decisões. Essa garantia representa um contínuo esforço de convencimento público da

¹⁹¹ Para uma compreensão do *controle de constitucionalidade*. CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990; TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002; BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russell, 2003.

¹⁹² VIEIRA, 2002, *passim*, p. 26

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 4.

legitimidade de suas decisões e de que elas “não resultam de capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes”.¹⁹⁴

Digo eu: esse esforço de legitimação torna-se mais evidente, no caso brasileiro, a partir da transmissão pela televisão e ao vivo dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Como se viu linhas atrás, o modelo que inspirou a criação do Supremo Tribunal Federal do Brasil foi a Suprema Corte Americana. Ocorre que o constitucionalismo brasileiro é pródigo em importar e deformar modelos. Essa não foi exceção.¹⁹⁵

Primeiro: tanto aqui quanto lá a indicação e nomeação dos seus membros é feita pelo Presidente da República¹⁹⁶, após aprovação do Senado Federal. Ocorre que lá o Senado não se limita a dizer “sim” ou “não”, seu papel é ativo e até mesmo abusivo, além de ser intensa a participação de Associações representativas, Universidades, Imprensa etc¹⁹⁷, num processo que pode durar meses ou anos. No Brasil, da indicação à posse, esse processo costuma ser rápido e parecido com uma cerimônia de aclamação.¹⁹⁸

Segundo: a Suprema Corte Americana seleciona, dentre os milhares de casos que lhe chegam anualmente, apenas aqueles

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 98.

¹⁹⁵ A “enxertia constitucional” não ficou imune à crítica de Konrad Hesse: “As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuarem previamente, é como se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las.” (**A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 17.

¹⁹⁶ Tanto lá quanto cá, o nomeante procura assegurar-se de que o indicado corresponda a sua visão política. Frequentemente é surpreendido pela *independência* do nomeado. “Foi o pior e mais danado erro que eu jamais cometi” teria dito o Presidente Dwight D. Eisenhower a propósito da nomeação e escolha para *Chief Justice* de Earl Warren, que presidiu a Suprema Corte Americana de 1953 a 1969. *vide*: RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 39.

¹⁹⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. Apontamentos sobre o Judiciário Americano. In: **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 287.

¹⁹⁸ A competência na indicação de membros das Cortes Constitucionais Europeias costuma ser compartilhada entre Executivo e Legislativo. A propósito confira-se: Favoreu, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

que reputa essenciais. O Supremo Tribunal Federal recebe a cada ano, e tem que julgar, centenas de milhares de casos. De fato, a Suprema Corte recebe em média 10.000 processos, mas seleciona cerca de 80 para julgamento por ano¹⁹⁹. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em 1988 recebeu 21.328 novos processos e julgou 16.313; em 2008 recebeu 100.781 novos processos e julgou 130.747, alguns deles sem relevância²⁰⁰.

Não é preciso muito esforço para deduzir que o exponencial aumento de demandas tende a inviabilizar, em pouco tempo, o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às demandas de relevância político-constitucional. Uma de duas: ou aumenta-se o número de Ministros ou transforma-se o STF verdadeiramente numa Corte Constitucional. Nenhuma das duas propostas foi aceita, ao contrário, na Constituinte de 1987.

Está imbricada com o caráter *contramajoritário* a assertiva teórica de que a Constituição Brasileira de 1988 é *rígida*, ou seja, de que sua *reforma* por Emendas está condicionada à observância de quatro limites: temporais, circunstanciais, procedimentais e materiais. Os limites materiais são conhecidos, também, como *cláusulas pétreas*.

Atualmente são os seguintes: forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes; e, os direitos e garantias fundamentais (Art 60, § 4º). Em relação a essas quatro matérias, não é admissível sequer a

¹⁹⁹ Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi9>>. Acesso em: 8 fev. 2012

²⁰⁰ Confira **Tabela de Movimentação Processual** em Anexo. Entre aqueles **sem expressão** jurídico-política o folclore judiciário registra o caso do *papagaio falador (amazona estiva)* (AI n° 778910/RS, Min. Carmen Lúcia, j. 17/12/2009); e aquele outro envolvendo um *papagaio em cativo*, caso que mereceu do Relator o seguinte comentário: “Durma-se com um barulho desse! Esclareça-se, ademais, que a máquina judiciária foi acionada, nesse vai e vem, porque (...) o Sr. Helmuth ‘possuía um Papagaio (sic) em cativo, em uma gaiola na garagem da residência...’ (fl. 10). Tentaram apreender o papagaio, com o que não concordou o Sr. Helmuth, porque ‘ouviu dizer para não deixarem levar o papagaio, tendo em vista que seria comido pelos policiais’ (fl. 41). São, na verdade, ‘pérolas’ no país que já foi chamado de ‘país dos papagaios’...” (RE n° 335929/SC, Min. Carlos Velloso, j. 9/5/2002)

tramitação de proposta de emenda tendente a aboli-las, razão pela qual, segundo certos doutrinadores, a nossa atual Constituição Federal não seria *rígida*, mas *super-rígida*.

Apesar dessa *super-rigidez* a Constituição Federal de 1988, decorridos pouco mais de 23 anos de sua promulgação, recebeu 74 Emendas, sendo seis de revisão (entre março e junho/1994) e 68 de reforma (entre março/1992 e dezembro/2011). Esse processo constante de reforma implica *déficit de legitimidade* decorrente da *desestima constitucional*. A Constituição Americana de 1787, decorridos mais de duzentos anos de sua ratificação, recebeu 27 Emendas (entre 1791 e 1992).²⁰¹

A referência vem a propósito por dois aspectos. Primeiro: quanto mais abrangentes as *cláusulas pétreas*, mais o Tribunal será *contramajoritário*²⁰², porque maiores serão as possibilidades de atos normativos, leis e omissões que as contrariem e, portanto, maior a atividade de *controle de constitucionalidade*.

Na CF/1988 o princípio republicano não é *cláusula pétrea*, daí porque não justifica uma atitude *contramajoritária*. Segundo: quanto mais *rígida* uma Constituição tanto maior a necessidade de adequá-la à realidade em que está inserida.

A adequação a que me referi dispensa Emendas à Constituição ou atividade legiferante. Esse mecanismo de adequação é conhecido na literatura especializada como *mutação constitucional* e responde à tensão entre duas forças antagônicas: uma estabilizadora, que pretende o texto constitucional inalterado e permanente; outra atualizadora, que pretende o sentido constitucional adaptado à realidade em que está inserido.

²⁰¹ HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 111. COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução e anotações Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

²⁰² VIEIRA, 2002, *passim*, p. 27.

O tema ganha visão de autoridade nas palavras de Meireles Teixeira:

A vida das Constituições gira, portanto, essencialmente entre duas exigências contraditórias: por um lado, deve-se assegurar uma certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições; mas, por outro lado, essa estabilidade não pode prejudicar a constante e tanto quanto possível perfeita adaptação das Constituições às exigências de progresso, da evolução e do bem-estar social.²⁰³

A mutação constitucional nada mais é que o processo, ou o resultado dele, lento e informal da alteração do *sentido e alcance* do texto por meio das técnicas de interpretação e aplicação da Constituição²⁰⁴. “Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.²⁰⁵

A relação entre Constituição e realidade constitucional remonta a um quase debate entre Ferdinand Lassalle²⁰⁶ e Konrad Hesse²⁰⁷. Quase debate porque o texto de Lassalle é uma conferência proferida em 1862 para intelectuais e operários, tendo ele falecido no ano seguinte; o texto de Hesse é parte de uma aula inaugural proferida em 1959.

As ideias centrais de Lassalle são as seguintes: em qualquer sociedade existem, em cada época, *fatores reais de poder* que informam e condicionam as instituições jurídicas vigentes e são a essência da *Constituição real* e efetiva. Onde a

²⁰³ TEIXEIRA, José Horácio Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. rev. atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

²⁰⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

²⁰⁵ CANOTILHO, 1993, *passim*.

²⁰⁶ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3 ed. pref. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

²⁰⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Constituição escrita não corresponder àquela, seu valor não será maior que de uma *folha de papel*.

Hesse não despreza o significado dos *fatores reais de poder*, mas insere entre eles a própria *Constituição escrita*; reconhece, outrossim, o *condicionamento recíproco* entre ela e a realidade político-social. Conclui: “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional — não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.²⁰⁸

Aproximando o debate teórico aos limites e propósitos deste trabalho, merece ser citada recentíssima discussão acerca da validade e aplicabilidade da Lei Complementar n° 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa²⁰⁹, que resultou de iniciativa popular, e que foi aprovada a propósito de tornar plenamente aplicável o § 9º, Art 14 da CF/88, que dispõe:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n° 4, de 1994)

(...)

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 19.

²⁰⁹ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

Dentre os ponderáveis argumentos contrários à aplicação daquela Lei Complementar, mas que foram superados, um se destacou: o Tribunal deveria ser *contramajoritário*.

Ser *contramajoritário* é manifestar “vontade de poder” (*Wille zur Macht*), mas pode não corresponder à “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*). Depende da realidade constitucional em que a discussão esteja ocorrendo, dos fatores reais de poder atuantes e, sobretudo, da disposição, ou não, dos principais responsáveis em atualizar a Constituição escrita à Constituição real.

Para tanto, fundamentos não faltam. A Constituição Federal de 1988 é *aberta* aos Tratados e Acordos Internacionais de que o Brasil seja parte, aos quais atribuiu normatividade ora supralegal, ora constitucional. O Brasil assumiu compromissos internacionais no combate à corrupção. É perceptível a existência de fatores reais de poder atuando nesse sentido. Para um observador assisado a Internacionalização do Direito é um dos caminhos, certamente não o único, de mutação, a fim de tornar efetiva, nesse assunto, a “vontade de Constituição”.

3.3 Foro por Prerrogativa

Este tópico abordará, brevemente, apenas a *prerrogativa de foro*, ou seja, por opção constituinte determinadas pessoas, em função do exercício de certos cargos ou mandatos, têm a *garantia* de que somente serão processadas e julgadas pelo Tribunal que a Constituição Federal indicar quando acusadas de crime comum e/ou crime de responsabilidade.

Ao contrário do que o senso comum apregoa, não se trata de *direito*, nem *privilégio*, da pessoa, mas *garantia* do cargo ou mandato cuja duração é vinculada ao período da sua investidura. Porém, até recentemente, não era essa a compreensão dominante.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento pacífico de que essa *garantia* se estendia para além do término do exercício do cargo ou mandato. A matéria foi objeto da Súmula n° 394, que vigorou por mais de 35 anos, e que tinha a seguinte redação: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Somente a partir da conclusão do julgamento da questão de ordem no Inquérito n° 687-4/DF, em 25/8/1999, relator o Min. Sidney Sanches, o Supremo Tribunal pacificou o entendimento de que “prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo”, e decidiu cancelar a Súmula n° 394.

Pois bem. Uma das competências criminais atribuídas ao Supremo Tribunal Federal é processar e julgar ocupantes de terminados cargos ou mandatos que possuem essa garantia. A disposição é peculiar ao nosso constitucionalismo republicano²¹⁰.

Na Constituição Federal de 1988 (Art 102, I) essas pessoas são: o Presidente e o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e

²¹⁰ Cf. **CF/1891**, Art 59, 1; **CF/1934**, Art 76, 1; **CF/1937**, Art 101, I; **CF/1946**, Art 101, I; **CF/1967**, Art 114, I; **EC n° 1/1969**, Art 119, I; **CF/1988**, Art 102, I.

Superior Tribunal Militar) e do Tribunal de Contas da União, os membros do Conselho Nacional de Justiça e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente.

Os membros do Congresso Nacional, além dessa *garantia*, não podem ser responsabilizados civil ou penalmente por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos — a chamada *inviolabilidade* — não podem ser presos — salvo se estiverem em flagrante de crime inafiançável — nem obrigados a servir como testemunha desde a expedição do diploma; e, se processados por crime ocorrido após a diplomação, o Plenário da respectiva Casa poderá determinar a suspensão do processo enquanto durar o mandato — a chamada *imunidade processual*.²¹¹

A competência do Supremo para processar as ações penais originárias é expressão próxima a um paradoxo dada a incontestável sobrecarga de processos a que são submetidos seus 11 Ministros, razão pela qual é corriqueiro delegar a instrução processual a Juízes ou Desembargadores.²¹²

Para melhor compreensão dos tópicos seguintes faz-se necessário mencionar, embora sumariamente, que o Poder Judiciário Brasileiro é estruturalmente composto do Supremo Tribunal como órgão de cúpula, abaixo dele situam-se quatro Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar), seguidos de Tribunais Regionais (Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional, Tribunal Regional do

²¹¹ É o que dispõe o Art 53 da CF/1988, com redação da EC n° 35, de 20/12/2001. Na redação original o início do processo criminal dependia de prévia autorização da respectiva Casa.

²¹² A delegação é feita através de **carta de ordem** dirigida a Juiz ou Desembargador e/ou, a partir da Lei n° 12.019 (DOU 24/8/2009), a Magistrado Instrutor **convocado** pelo Ministro-relator do processo (RISTF, Art 21-A). Segundo informa Adhemar Ferreira Maciel (**Apontamentos sobre o Judiciário Americano**, op. cit., p. 288) “os *Justices* são assessorados por *Law Clerks* (...) Os *Clerks*, geralmente alunos brilhantes das grandes universidades, são contratados por dois ou mais anos. Por causa de suas intimidades funcionais com os *Justices*, têm influído muito nas decisões da Corte. Alguns *Justices*, como Rehnquist (...), Stevens e White já foram, antes, *Law Clerks*.”

Trabalho), Auditoria Militar e Juízes Federais — que compõem a chamada Justiça Federal —, além dos Tribunais de Justiça dos Estados e Juízes de Direito — que compõem a Justiça Estadual..²¹³

Determinadas pessoas também têm a *prerrogativa* de serem processadas e julgadas criminalmente perante o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.²¹⁴

Parece ser entendimento majoritário que, afora os aspectos subjetivos e materiais expressamente previstos na Constituição Federal, ou dela decorrentes diretamente, não há outras hipóteses de *prerrogativa de foro*. Em outras palavras: essa *prerrogativa é exceção*. Daí porque ela não se estende a processo que envolva a prática de ato de improbidade administrativa.²¹⁵

Dito isto, cumpre chamar atenção para dois aspectos que reputo da maior relevância: a *politização da prerrogativa de foro* e o *abuso do direito de recorrer*.

Por *politização da prerrogativa de foro* significar uma coisa bastante simples: determinadas pessoas, ou grupos, ponderam *politicamente* acerca da conveniência e oportunidade de **(a)** assumir ou renunciar a determinados cargos e mandatos ou **(b)** tomar a iniciativa legislativa. Qualquer dessas ações visa interferir no andamento de processo judicial de seu interesse.

Merecem menção, por ora, dois exemplos de *politização pela iniciativa legislativa*.

²¹³ O Conselho Nacional de Justiça, criado pela EC n° 45/2004, integra a *estrutura* do Poder Judiciário Brasileiro (Art 92, I-A, CF/1988), mas suas *funções* são estritamente administrativo-financeiras (Art 103-B, § 4º), e não jurisdicionais.

²¹⁴ CF/1988, Art 105, I; Art 108, I; Art 125, *caput* e § 1º.

²¹⁵ CF/1988, Art 14, § 9º; Art 37, § §4º e 5º; Lei Complementar n° 135/2010; Lei n° 8.429/1992.

Relembrando. O Supremo Tribunal Federal passou a entender que os ex-mandatários não tinham *prerrogativa de foro* a partir do julgamento do Inquérito n° 687-4/DF, em 25/8/1999. O Congresso Nacional reagiu mediante *iniciativa legislativa*, aprovou e o Presidente da República sancionou a Lei n° 10.628 (DOU 26/12/2002), que não apenas restabeleceu como estendeu a *prerrogativa* para os processos por improbidade administrativa²¹⁶. A Lei vigorou e produziu efeitos até 15/9/2005, por quase três anos, portanto, vindo o Supremo a declarar sua inconstitucionalidade.²¹⁷

Mas a reação *política* não parou aí. O Senado aprovou e encontra-se pronta para votação no plenário da Câmara dos Deputados a “Proposta de Emenda Constitucional n° 358/2005” que, dentre outras coisas, objetiva inserir dispositivo que restabelece e estende a *prerrogativa de foro* tal como previa a Lei n° 10.628/2002²¹⁸. Ou seja: para restabelecer a *prerrogativa de foro* aos ex-mandatários e estender seu alcance às ações de improbidade administrativa, a reação *política* consistiu na *iniciativa legislativa* de uma Lei e de uma Proposta de Emenda à Constituição.

²¹⁶ CPP/1941, “**Art 84.** A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. § 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º. A ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.(...)” (Redação da Lei n° 10.628/2002).

²¹⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.797-2/DF, relator Min. Sepúlveda Pertence (j. 15/9/2005). Cumpre-me registrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *prerrogativa de foro* em relação a processo de *improbidade* (Reclamação n° 2.138-6/DF, relator Ministro Gilmar Mendes, j. 13/6/2007), mas esse entendimento se encontra superado pela invocação do *leading case* (ADI n° 2.797-2/DF) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.860-0/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence (j. 15/9/2005)

²¹⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

Merecem referência, por enquanto, também dois casos de *politização* pela via da *assunção* e *renúncia* a mandato.

O primeiro é a Ação Penal nº 333-2/PB, relator Ministro Joaquim Barbosa. Em 5/11/1993 o acusado desferiu tiros que atingiram um desafeto político. Como era Governador de Estado e tinha *prerrogativa de foro* foi denunciado perante o Superior Tribunal de Justiça, que solicitou, em 15/12/1993, mas a Assembleia Legislativa do Estado negou, autorização para o recebimento da denúncia e início do processo penal, que ficou suspenso diante da negativa.

Em 1995 *assumiu* o mandato de Senador e, como seu *foro* por *prerrogativa* mudou, o processo foi remetido ao Supremo Tribunal Federal. Em setembro daquele ano o Supremo requereu nova autorização para dar seguimento ao processo, autorização negada pelo Senado Federal, o que fez com que o processo continuasse paralisado.

Em agosto de 2002, por força da EC nº 35/2001, que dispensou a necessidade de autorização prévia da respectiva Casa, a denúncia foi recebida e o processo penal formalmente teve início. A instrução criminal foi concluída e o processo estava pronto para julgamento quando sobreveio, em 31/10/2007, a *renúncia* do acusado ao *mandato* de Deputado Federal. Em 5/12/2007 o Supremo Tribunal Federal deu consequência à *renúncia* e o processo foi remetido ao Juiz Criminal da Comarca de João Pessoa/PB, quando já decorridos 14 anos dos fatos.²¹⁹

²¹⁹ O processo recebeu o nº 200.2008.016.995-2 e foi remetido ao Tribunal de Justiça da Paraíba em 23/7/2009, para apreciar recurso contra a sentença do Juiz da Comarca de João Pessoa que decidiu submeter o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri. Não consta registro de andamento do processo desde então. Disponível em: <http://apps.tjpb.jus.br/consultaprocessual/consultaprocessual>>. Acesso em: 15 fev. 2012. O acusado nasceu em 18/3/1936, logo, em 23/7/2009 estava com 73 anos de idade. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ronaldo_cunha_lima>. Acesso em: 15 jan. 2012.

O segundo é a Ação Penal n° 396-0/RO, relatora Ministra Carmen Lúcia (j. 28/10/2010). À época em que ocorreram os fatos (entre 31/5/1995 e 19/1/1998), um dos acusados era Deputado Estadual e tinha a *prerrogativa* de ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. A Assembleia Legislativa não autorizou, nem negou, o recebimento da denúncia, o que acarretou na paralisação do processo. Sobreveio a EC n° 35/2001 e o processo teve início.

Em 2005, um dos acusados *assumiu o mandato* de Deputado Federal e o processo foi remetido ao Supremo Tribunal Federal. A instrução criminal foi concluída e o processo incluído em pauta de julgamento. Em 27/10/2010 o acusado *renunciou* ao mandato de Deputado Federal.

O Supremo Tribunal lembrou o precedente da Ação Penal n° 333-2/PB, mas entendeu que a renúncia “não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal” dada a impossibilidade “de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas”. E, no caso, o Supremo continuou o julgamento e o acusado foi condenado.

Por *abuso* do direito de *recorrer* refiro-me, em primeiro lugar, ao número e à diversidade excessivos de recursos previstos na legislação brasileira; e, em segundo lugar, ao uso lícito que mãos habilidosas podem empregar. Tanto lá quanto cá a consequência será o adiamento *sine die* do julgamento definitivo

do processo e a eventual impunidade pela *prescrição* do direito do Estado-Juiz julgar ou fazer cumprir a pena aplicada.²²⁰

Certo é que essa discussão empolga uma pauta de *valores* culturalmente relevantes, a saber: a garantia multissecular de que ninguém será privado de sua liberdade ou seus bens sem o *devido processo legal*, com os recursos a ele inerentes, de um lado; e de outro, a garantia recente da *razoável duração* do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Aliás, a *razoável duração* do processo faz parte dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica: Art 8, 1).

Acresça-se o fato de que o Brasil é o único País no mundo que tem quatro instâncias recursais e o cenário atual parece desolador, para dizer o mínimo.

Por exemplo, lembra-me o processo de tentativa de homicídio envolvendo o ex-Governador da Paraíba. Aquele que começou a tramitar no Superior Tribunal de Justiça em 1993, foi parar no Supremo Tribunal Federal, baixou ao Juiz de Direito de João Pessoa e encontrava-se no Tribunal de Justiça da Paraíba aguardando julgamento de um recurso desde 2009.

Mãos habilidosas são capazes de, licitamente, fazer com que um processo transite mais de uma vez, por todas as instâncias recursais, desde o Juiz de Direito até o Supremo Tribunal Federal, e de volta. Nessa hipótese, o *devido* processo

²²⁰ “A prescrição, como dizem os autores franceses, é *l’extinction d’un droit par écoulemente de temps*’. No Direito Penal, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo: *‘il cessare della potestá punitiva dello Stato col decorso di um periodo di tempo fissato dalla legge’*, como ensina Maggiore. A prescrição pode ocorrer *antes de transitar em julgado a sentença final* (Código Penal, art. 109) ou *depois de transitar em julgado a sentença final condenatória* (Código Penal, art. 110). No primeiro caso, prescreve o direito de punir no que diz respeito à pretensão de aplicar o preceito sancionador ainda em abstrato; no segundo caso, prescreve o direito de aplicar a sanção constante, *in concreto*, do título penal executório.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millenium, 1999, (volume III). p. 497/498.

legal estará garantido, mas a *duração* do processo terá sido *razoável* para que o acusado seja absolvido, ou condenado?

Um bom início de resposta seja a tramitação da “Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2001”, de iniciativa do Senado Federal, que, na prática, anteciparia o cumprimento da sentença de um Juiz que fosse confirmada pelo respectivo Tribunal. Assim, em vez de quatro passaríamos a ter duas instâncias recursais. Como salvaguarda contra eventuais erros ou injustiças, a proposta contempla *ação rescisória* perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça exclusivamente quanto à matéria de direito.²²¹

3.4 Estudo de caso

Neste tópico serão analisados três casos envolvendo *corrupção*. O critério de escolha eleito foi o da *repercussão* internacional, nacional e local, nessa ordem.

Diga-se, de antemão, que não é meu propósito julgar o Supremo Tribunal Federal, até porque me faltam *competência* e *legitimidade*. Sem embargo, não abduco da obrigação de submetê-lo a um olhar crítico.

²²¹ Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99758. Acesso em: 15 jan. 2012.

3.4.1 Ação Penal n° 307/DF (Caso Collor)

Fernando Collor de Mello foi denunciado, juntamente com outras pessoas, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo crime de *corrupção passiva*, que na definição do Art 317 do Código Penal Brasileiro compreende as seguintes condutas: “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”.

Os fatos imputados a Fernando Collor consistiram em receber depósitos, através de conta bancária de sua Secretária, e aceitar pagamento de suas contas pessoais em contrapartida a sua cooperação, omissiva ou comissiva, no tráfico de influência dos interesses pessoais e empresariais de Paulo Cesar Farias, outro denunciado.

O Presidente *renunciou* ao cargo em 29/12/1993, mas o processo continuou tramitando no Supremo Tribunal Federal, posição consentânea com a vigência, à época, da Súmula n° 394.

Durante a instrução criminal foi deferido, em 7/10/1994, pedido da defesa para realização de *perícia particular* em documentos de movimentações bancárias, documentos esses que já tinham sido periciados no Instituto Nacional de Criminalística (Questão de Ordem na AP n° 307-3/DF). Além disso, foram tomados sessenta e seis depoimentos. A *gravação* de conversa telefônica feita por um interlocutor sem conhecimento do outro foi considerada *ilícita* pelo Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de ter violado a *privacidade* e *intimidade* dos investigados, contra os votos dos Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

O ex-Presidente foi *absolvido* em 13/12/1994 por *insuficiência de provas*, contra os votos dos Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

O olhar crítico dirige-se à declarada *ilicitude* da *gravação* de conversa telefônica feita por um interlocutor sem o conhecimento do outro.

À época já era, e até hoje continua sendo, pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que “a gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto da cláusula constitucional de reserva de jurisdição” e, portanto, a prova não era “ilícita” (AgR no AI n° 560223/SP, Min. Joaquim Barbosa, j. 12/4/2011; AgR no AI n° 503.617/PR, Min. Carlos Velloso, j. 1/2/2005; HC n° 75.338/RJ, Min. Nelson Jobim, j. 11/3/1998; InQ n° 657/DF, Min. Nelson Jobim, j. 30/9/1993).

Não se nega ao Supremo poder decidir desta ou daquela forma, até mesmo mudar de entendimento. Espere-se, contudo, que o diga expressamente. Penso que, nesse caso, o Tribunal não se desincumbiu do *dever de fundamentar e convencer* que sua decisão não resultou de “capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas”.²²² Logo, reafirmou seu discurso contramajoritário calcado no argumento de autoridade, em detrimento da legitimação democrática e republicana.

3.4.2 Ação Penal n° 470/MG (Caso Mensalão)

José Dirceu de Oliveira e Silva e outras 39 pessoas respondem, perante o Supremo Tribunal Federal, por diversos

²²² CAPPELLETTI, 1993, *passim*, p. 98.

crimes (peculato, corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha etc) em investigação que formou o Inquérito n° 2.245/MG, relator Ministro Joaquim Barbosa.

Desses 40 acusados, apenas seis têm *prerrogativa de foro*. Inobstante isto o Supremo Tribunal Federal decidiu declarar-se competente para processar e julgar a todos por entender que o desmembramento “é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito” (segunda questão de ordem no Inquérito n° 2.245/MG, Min. Joaquim Barbosa, j. 6/12/2006).

Os fatos imputados aos acusados consistiriam, basicamente, em arranjos ilícitos de financiamento de campanhas eleitorais e cooptação de apoio político no Congresso Nacional envolvendo eminências do Governo Federal e do Partido dos Trabalhadores, instituições financeiras e empresas de propaganda e *marketing*.

A denúncia foi recebida em 28/8/2007 e apenas a ementa do acórdão, que é uma síntese do que foi decidido, tem 29 laudas. Todo o acórdão tem mil cento e quarenta e quatro laudas. Assim, gigantesca, iniciou a Ação Penal n° 470/MG.

Ainda na fase de inquérito os advogados dos acusados suscitaram questões que obrigaram o Supremo a proferir, monocrática ou colegiadamente, 20 julgamentos. Essa mesma estratégia persistiu após o recebimento da denúncia, o que obrigou o Tribunal a proferir, monocrática ou colegiadamente, mais 111 julgamentos. Até o momento, nenhum desses 131 julgamentos diz respeito ao mérito da acusação. Isso demonstra que o abuso do direito de recorrer pode resultar em impunidade.

Apenas para ilustrar, a estratégia da defesa chegou a tal ponto que o Tribunal, ao julgar os Embargos de Declaração na 5ª

Questão de Ordem na Ação Penal n° 470/MG, em 3/2/2011, consignou ser aquele:

o tipo de comportamento que, em qualquer outra ordem jurídica, seria considerado contempt of court” com objetivo de “retardar, cada vez mais, o desfecho da lide, criando incidentes que obrigam o Plenário a se debruçar, longas horas — e o Relator sobre centenas de páginas — , sistematicamente, sobre alegações sem qualquer fundamento ou já respondidas pelo Tribunal.

Conforme noticiou o Portal de Notícias G1, às vésperas do julgamento, o advogado Márcio Tomaz Bastos, ex-Ministro da Justiça do Governo Lula, requereu em nome de seus clientes que o processo fosse remetido para ser julgado por um Juiz, caso contrário seus clientes não teriam para quem recorrer após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o que no seu entender violaria o *devido processo legal*.²²³

Em consulta à página do Supremo Tribunal Federal constatei que o Relator liberou seu relatório em 19/12/2011 e a Ação Penal n° 470/MG, composta de 233 volumes e, aproximadamente, 58 mil páginas, aproxima-se, finalmente, de um julgamento de absolvição, ou condenação.

Duas reflexões críticas.

Esse caso é emblemático por vários motivos. Um deles destaca-se: será um autêntico *teste de independência* para sete Ministros do Supremo Tribunal Federal (Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowisk, Dias Toffoli e Rosa Weber), os seis primeiros indicados e nomeados

²²³ **Relator no STF nega novo pedido para desmembrar ação do mensalão.** Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/12/relator-no-stf-nega-novo-pedido-para-desmembrar-acao-do-mensalao.html>> Acesso em: 15 dez. 2011

pelo Presidente Lula e a última, pela Presidenta Dilma, de cujo núcleo duro do poder saíram alguns dos acusados. Não há motivos para duvidar do arrependimento dos nomeantes. A história tem inúmeros exemplos de independência dos nomeados.

A complexidade do processo, as estratégias da defesa e as limitações pessoais e estruturais que cercam esse caso, mais que sugerir, a meu sentir reclamam um repensar se já não seria hora de encaminhar projetos ou propostas legislativas para acabar com a *prerrogativa de foro*; ou, se não seria possível restringi-la por *interpretação atualizadora* das graves responsabilidades confiadas ao Supremo Tribunal; ou, em outra frente da luta pelo poder (*Wille zur Macht*), trabalhar pela aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n° 15/2011 (chamada PEC dos Recursos); ou, então, aceitar a transformação definitiva do Supremo Tribunal Federal em uma Corte Constitucional.

3.4.3 Ação Penal n° 457/RR (Caso Gafanhoto)

Um ex-Governador do Estado de Roraima foi denunciado, em 4/2/2005, juntamente com ex-Secretários de Estado e outros perante a Justiça Federal em Roraima, pelo crime de *peculato*, que, na definição do Art 312 do Código Penal, consiste nas condutas típicas de “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”; bem como pelo crime de *formação de quadrilha*, que na definição do Art 288 do Código Penal consiste na conduta típica de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

Os fatos imputados consistiram em acerto entre o Governador do Estado e determinadas autoridades do Poder Legislativo e Tribunal de Contas que, em troca de apoio político e proteção, receberiam cotas mensais que variavam entre R\$ 22 mil e R\$ 42 mil. Para tanto, essas autoridades deveriam apresentar listas de pessoas que apareceriam na folha de pagamento, não precisariam trabalhar, mas também não receberiam seus salários. Deveriam, também, obter que essas pessoas — em regra semialfabetizadas — passassem procuração a alguém de sua estrita confiança — em regra familiar ou assessor da autoridade — que, com ela (procuração), receberia os salários correspondentes à cota mensal.

Os recursos desviados para pagamento dos “gafanhotos” provinham de convênios federais, cujo montante foi estimado, apenas no ano de 2002, em R\$ 70 milhões. O esquema criminoso se estendeu de 1998 até 2002 e foi denominado Caso dos Gafanhotos em alusão a insetos que devastam folhas. O Processo recebeu o n° 2005.42.00.000186-5 (atualmente 2005.42.00.002531-2).

Em razão de indícios de participação de um Deputado Federal, o processo foi remetido ao Supremo Tribunal Federal em 14/4/2004, onde foi autuado como Petição n° 3135-1/RR. O Min. Cezar Peluso determinou, em 24/9/2004, o desmembramento para ali ser processado apenas o Deputado Federal, devolvendo à Justiça Federal de Roraima o processo quanto aos demais acusados.

Segundo a Lei n° 10.628/2002, o ex-Governador detinha *prerrogativa de foro* e, por isso, o processo desmembrado foi remetido, em 13/4/2005, ao Superior Tribunal de Justiça, onde foi autuado como Ação Penal n° 417-RR. O Min. Francisco Falcão determinou, em 10/6/2005, novo desmembramento para ali ser

processado apenas o ex-Governador e remeteu ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (com sede em Brasília) o processo desmembrado em relação aos ex-Secretários de Estado que, por força da mesma lei, ali tinham *prerrogativa de foro*.

Em 20/10/2005 o Superior Tribunal de Justiça, à vista da superveniente declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, devolveu o processo envolvendo o ex-Governador à Justiça Federal em Roraima. Em 7/2/2006 o Tribunal Regional Federal determinou a subida do processo e em 2/5/2006 o devolveu ante a informação de que entre os denunciados não havia nenhum Secretário de Estado.

A denúncia foi recebida e o processo efetivamente teve início em 6/6/2006.

O ex-Governador assumiu o *cargo* de Secretário Extraordinário de Relações Internacionais do Estado de Roraima, em 22/6/2006, e o processo foi remetido ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sua posse no *mandato* de Deputado Federal, em 2007, determinou o retorno do processo ao Supremo Tribunal Federal. O recebimento da denúncia foi ratificado, dando início à Ação Penal nº 457-0/RR, relator Min. Gilmar Mendes.

Em 26/8/2010, antevéspera da conclusão da instrução criminal o ex-Governador *renunciou* ao *mandato* de Deputado Federal e pediu que o processo retornasse à Justiça Federal em Roraima. Foi atendido. Em 27/7/2011 foi condenado e apelou para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de onde mãos habilitadas deverão conduzir o processo de volta ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, da forma conveniente e no tempo oportuno.

Penso que esse caso constitui verdadeiro teste de verificabilidade da alegada *politização* da *prerrogativa de foro*

pelo *abuso do direito de recorrer*, motivo pelo qual invoco, sem precisar repetir, as mesmas críticas adiantadas na análise precedente de casos, obviamente guardadas as devidas peculiaridades.

CONCLUSÕES

Os Tratados, Acordos, Convenções — independentemente da imprecisão terminológica — são e continuarão sendo fonte primária do Direito Internacional contemporâneo.

O processo de internalização dos Tratados — por consequência, suas vigência e eficácia nos planos internacional e nacional —, está condicionado a controle de constitucionalidade que, no Brasil, é realizado precipuamente, mas não exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

De outro lado a Constituição Federal Brasileira de 1988 possui cláusula de abertura por onde ingressam direitos e garantias fundamentais constantes de Tratados que, internalizados na forma da Emenda Constitucional n° 45/2004, adquirem hierarquia constitucional.

No período de 1977 a 2008 o Supremo Tribunal Federal entendeu —, com fundamento na Soberania do Estado Brasileiro —, que os Tratados ratificados tinham hierarquia de lei ordinária federal, podendo ser revogados por lei posterior.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a propósito da relação entre Direito Internacional e Direito Interno foi marcada por uma visão de Soberania ultrapassada e que relegou o processo de Internacionalização do Direito ao nível de menor interação.

Apenas a partir do julgamento do Habeas Corpus n° 87.585/TO, em 3/12/2008, o Supremo passou a atribuir hierarquia supralegal e infraconstitucional aos Tratados de Direitos

Humanos, o que configurou uma exegese atualizadora da Constituição Federal.

A Internacionalização do Direito é fenômeno recente (anos 1990) e tem como premissas que: (a) nas Relações Internacionais não atuam apenas os Estados e Organizações Interestatais, mas, também, atores internacionais e nacionais; (b) os sujeitos e os atores das Relações Internacionais são fonte de normatividade jurídica.

Na perspectiva proposta por Mireille Delmas-Marty, adotada neste trabalho, buscou-se identificar, compreender e apontar os sujeitos e atores (nacionais e internacionais), os fatores jurídicos e extrajurídicos (econômicos, históricos, sociais etc) e os processos (formais e informais) que atuam na Internacionalização do Direito, especificamente no combate à corrupção.

Da perspectiva dos atores, o combate à corrupção no Brasil tem sido percebido como positivo, seja pelos mecanismos de acesso ao controle dos desvios de comportamento no Poder Judiciário, seja pela adoção de normas e princípios.

A corrupção é entendida como subproduto do processo de globalização e problema com repercussão internacional, sobretudo quando ela (corrupção) é favorecida por um ambiente institucional favorável e por um aparato de segurança.

Neste trabalho a corrupção é definida, a partir da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, como sendo a solicitação ou a aceitação por um funcionário público ou pessoa equiparada, bem como a oferta ou outorga a um funcionário público ou pessoa equiparada, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou

entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas.

A ética judicial, por sua vez, é entendida como um conjunto de valores (honestidade, independência, imparcialidade, responsabilidade institucional etc) que condiciona a relação de um indivíduo particular (o Magistrado) com o exercício de uma função típica do Estado (a Jurisdição).

Existe uma consciência sobre a crise de legitimidade da autoridade judicial, razão porque, apesar de diferenças filosóficas e culturais, é necessário consagrar exigências éticas concretas no que diz respeito à excelência judicial.

O Brasil ratificou Tratados Internacionais de Combate à Corrupção que recomendam sua harmonização com a legislação interna e possuem mecanismos de acompanhamento e cooperação.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil é muito mais federativo que republicano por fatores históricos, culturais, políticos etc.

O Supremo Tribunal Federal não é uma Corte Constitucional, embora exerça controle de constitucionalidade, função política que acumula com a competência de processar e julgar originariamente determinadas autoridades e servir como instância recursal extraordinária.

A competência recursal extraordinária implica a demanda de novos processos, cujo crescimento é exponencial e tende a inviabilizar o funcionamento do Tribunal, especialmente nos casos de relevância político-constitucional.

O processo de nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal no Brasil não é antidemocrático, nem compromete a independência dos nomeados, muito embora a participação do Senado Federal tenha sido quase aclamatória.

É tão somente em relação ao controle de constitucionalidade que o Supremo Tribunal é contramajoritário, isto é, tem o dever-poder de anular os atos normativos e leis emanados ou suprir as omissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo, cujos membros são eleitos por maiorias. No entanto, ser contramajoritário não significa ser antidemocrático ou antirrepublicano.

Uma das fontes de legitimidade do próprio Poder Judiciário decorre da publicidade e fundamentação de suas decisões, num esforço de convencimento de que elas não são fruto de idiossincrasias e predileções subjetivas dos seus Membros.

Sobretudo nas demandas de relevância político-constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem o dever-poder de atualizar o sentido sem mudar o texto da Constituição. Para tanto são necessárias vontade de Poder (*Wille zur Macht*) e vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*);

O discurso contramajoritário, calcado no argumento de autoridade, corresponde à exteriorização da vontade de Poder, mas pode não corresponder à vontade de Constituição, sobretudo quando não fundamentado na realidade constitucional e nos fatores reais de poder atuantes naquele espaço-tempo.

O foro por prerrogativa é uma garantia da independência do exercício de específicos cargos e mandatos, tem caráter excepcional e não se prolonga para além de sua duração.

A sobrecarga de processos e a atribuição de competência por prerrogativa de função pode, paradoxalmente, resultar em impunidade.

A impunidade tem sido tentada, também, pela politização da prerrogativa de foro e/ou pelo abuso do direito de recorrer.

A politização da prerrogativa de foro significa, neste trabalho, a ponderação política acerca da conveniência e oportunidade de **(a)** assumir ou renunciar ao cargo e/ou mandato que justifique a prerrogativa; **(b)** tomar a iniciativa legislativa estendendo a prerrogativa para além do fim do exercício do cargo ou mandato.

O abuso do direito de recorrer significa, neste trabalho, **(a)** o número e a diversidade excessivos de recursos previstos na legislação brasileira; **(b)** a manipulação desses recursos nas quatro instâncias recursais existentes no Brasil.

A razoável duração do processo é uma garantia Constitucional e um compromisso internacional e não é incompatível com o devido processo legal, cabendo ao julgador fazer um exercício de ponderação caso a caso.

A análise dos casos confirma a tentativa de impunidade, seja pela politização da prerrogativa de foro, seja pelo abuso do direito de recorrer.

Nesse contexto parece confirmada a hipótese de que existem um ambiente institucional favorável e respectivo aparato de segurança que enfraqueceu o combate à corrupção e relegou a Internacionalização do Direito no Brasil aos níveis mais baixos de interação, no período de 1988 a 2008, ambiente e aparato dos quais o Supremo Tribunal Federal não pôde ou não quis se desvencilhar, porque não foram suficientes a vontade de Poder

(Wille zur Macht) e/ou a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. **Relações Internacionais Contemporâneas: a ordem mundial depois da guerra fria**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

ARECHAGA, Eduardo Jiménez de. **Derecho Internacional Público**. 2. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1996. (Tomo I)

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário Brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, André Jean. **O Direito entre a Modernidade e a Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. Apresentação do Código Ibero-Americano de Ética Judicial. In: **Código Ibero-Americano de Ética Judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

AURÉLIO. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

AVRITZER, Leonardo. Esfera Pública. In: Avritzer, Leonardo *et al.* (org). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.

BAHIA, Saulo Casali. **Tratados Internacionais e Leis Internas**. Rio de Janeiro, 2000.

BANCO MUNDIAL. **Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption**. Disponível em: <<http://worldbank.org>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

BANFIELD, E. **The moral basis of backward society**. Glencoe: Free Press; Chicago: The University of Chicago, Research Center in Economic Development and Cultural Change, 1958.

BARACUI, Pedro Lehmann. **Estudo de conformidade do ambiente brasileiro com a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA**. Transparência Brasil. Disponível em: <www.transparencia.org>. Acesso em: 15 dez. 2011.

BARBOSA FILHO, Ruben. Judiciário. In: Avritzer, Leonardo (Org). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.

BARBOSA, Joaquim. **Justiça Brasileira tem de ser Reinventada**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em:<www.conjur.com.br/2010-jan-03/joaquim-barbosa-justica-responsabilidade-aumento-corrupcao>. Acesso em: 15 dez. 2011.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. Campinas: Russell, 2003.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. I. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1932.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. IV. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

BARRAL, Welber (Coord.). **Direito Internacional Público e Integração Econômica Regional**. Curitiba: Juruá, 2001.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; GOIS, Ancelmo Lins de. Direito Internacional e Globalização face às questões de Direitos Humanos. In: Ribeiro, Marcelo F. *et al.* (Coord.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, José Tavares. **Decreto nº 3.084/1898 ou Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. (Tomo II)

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

BONAVIDES, Paulo. A Crise do Judiciário Brasileiro e a Nova Legitimidade. In: **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/codigos-1>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Decreto n° 4.410**, de 7/10/2001. **Convenção Interamericana contra a Corrupção**. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/pesquisa_ato_mul>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Decreto n° 678**, de 6/11/2991. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/pesquisa_ato_mul

_____. **Decreto nº 5.687**, de 31/1/2006. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/pesquisa_ato_mul>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Emenda Constitucional n° 45**, de 8/12/2004. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Justiça Federal: legislação**. Exposição de Motivos do Decreto n° 848/1890. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2000.

_____. **Lei Complementar n° 105**, de 10/1/2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional n° 29/2000** (Proposta Original n° 96/2000). Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=37590&tp=1>. Acesso em: 15 dez. 2011.

BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. 4 ed. Tradução M. R. Crucho de Almeida. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. trad. Maria Manuela Farrajota *et al.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUENO, Newton Paulo. Corrupção: teoria, evidências empíricas e sugestões de medidas para reduzir seus níveis no Brasil – uma análise institucional. **Revista da Controladoria Geral da República**, Brasília, ano IV, n° 6, set/2009, p.71-84.

BUERGENTHAL, Thomas; ESPIELI, Héctor Gros; GROSSMAN, Cláudio, MAIER, Haroldo G. **Manual de Derecho Internacional Público**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda**

Constitucional n° 358/2005. Disponível em:

<www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=274765>. Acesso em: 15 dez. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Brançosos e**

Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Ed. 1994.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. **O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARNEIRO, Levi. **Federalismo e Judicialismo**. Rio de Janeiro: Alba, 1930.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (volume III)

_____. **O Poder da Identidade**. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terras, 2002. (volume II)

COMPARATO, Fábio Konder. No Brasil não existe uma República, nem Democracia, nem Estado de Direito. (entrevista) **Revista Carta Capital**. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/app/materia.jsp?a=2&a2=8&i=5799>. Acesso em: 15 dez. 2011.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADE FINANCEIRA (COAF). **Estatuto e Regimento Interno**. Disponível em: <www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **As Quarenta Recomendações GAFI/FATF**. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Relatório de Atividades de 2008**. Disponível em: <www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/relatorios-coaf/relatorio-de-atividades-2008/>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Resolução COAF n° 16**, de 28/3/2007. Disponível em: <www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/legislacaoe-normas/normas-coaf/resolucoes/>. Acesso em: 15 dez. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Resolução n° 60, de 19/9/2008. Disponível em: <www.cnj.jus.br/atos-administrativos/12175:resolucao-no-60-de-19-de-setembro-de-2008>. Acesso em: 15 dez. 2011.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Controle Interno, Prevenção e Combate à Corrupção: Ações da CGU em 2007**. Disponível em: <www.cgu.gov.br/Publicacoes/BalancoAcoes/index.asp>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Convênios e Parcerias**. Disponível em: <www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/ConvenioseParcerias/index.asp>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Portal da Transparência**. Disponível em: <www.portaldatransparencia.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2011.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A Imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos**. Tradução Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005.

_____. **Les Figures de l'internalisation du Droit – Amérique Latine**. 27 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/laboratoire.htm>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Por um Direito Comum**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vítor Marques Coelho, 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DUPAS, Gilberto. **Atores e Poderes na nova Ordem Global: assimétricas, instabilidades e imperativos de legitimação**. 2ª reimpr. São Paulo: UNESP, 2005.

ELLIOTT, Kimberly Ann. A Corrupção como um Problema de Legislação Internacional: recapitulação e recomendações. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org). **A Corrupção e a Economia Global**. trad. Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002.

ENCCLA/MJ. **Boletim Informativo nº 1 (março de 2005)**.

Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={9668E5B2-1F9C-4106-B0E8-F32CB3A0B80E}>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Metas ENCCLA 2007**. Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID7EE6719E7AFA45D6B7FB8C161BEDD21FPTBRNN.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. (volume 1)

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: lixikon, 2010.

FILGUEIRAS, F. de Barros. **A corrupção na Política: perspectivas teóricas e metodológicas**. Cadernos Cedes, IUPERJ, nº 5, 2006.

_____. Notas críticas sobre o conceito de corrupção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n° 163, out-dez/2004, p. 125-148.

FONSECA Jr, Gelson. **A Legitimidade e outras Questões Internacionais**: poder e ética entre as Nações. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAFI/FATF. **Mutual Evaluation Report of Brazil**. Disponível em: <www.fatfgafi.org/infobycountry/0,3380,en_32250379_32236963_1_70294_43383847_1_1,00.html>

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GLYNN, Patrick *et al.* A globalização da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly (org). **A Corrupção e a Economia Global**. Tradução Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito penal nos Estados Unidos**. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito_penal_nos_eua.html>. Acesso em: 15 dez. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da Convenção Americana de Direitos Humanos). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 710, p. 21-31, 1994.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; CARDIM, Carlos Henrique (org). **Venezuela: Visões Brasileiras**. Brasília: IPRI, 2003.

HAMMERGREN, Linn. Lessons learned about fighting judicial corruption. In: **Global Corruption Report 2007**, p. 138/146. Disponível em: <www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2007#download>

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed., 6 reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUNTINGTON, S. P. **A Ordem Política nas Sociedades em Mudança**. São Paulo: EDUSP, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.

JOHNSTON, M. **Syndromes of corruption. Wealth, power, and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

JOHNSTON, Michael. Agentes Públicos, Interesses Particulares e Democracia Sustentável: quando política e corrupção se unem. In: Elliott, Kiberley (org). **A Corrupção e a Economia Global**. trad. Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: UnB, 2002.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 6. ed. Trad. Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAGE, Délber Andrade. **A Jurisdicionalização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 3. ed. pref. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993.

LEFF, N. H. **Economic Development Through Bureaucratic Corruption**. American Behavioral Scientist, v. 8, nº 3, 1964.

LIPSET, S. M.; LENZ, G. S. Corrupção, cultura e mercados. In: Huntington, S.; Harrinson, L. (orgs.). **A cultura importa: os valores que definem o progresso humano**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena**. São Paulo: Ed 34/Edesp, 2004.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Apontamentos sobre o Judiciário Americano. In: **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934.

MAQUIAVEL, N. **Comentários sobre a primeira década de Tito Livio**. Tradução Sérgio Bath. 3. ed. Brasília: Ed. Unb, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millenium, 1999. (volume III)

MARTINS, José Antonio. **Corrupção**. São Paulo: Globo, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (volume I)

MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal Federal: Império e República**. 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Competência Cível da Justiça Federal**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5-14.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003.

MERTON, R. K. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. O Brasil e o combate internacional à corrupção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n° 181, jan-mar/2009.

MORIN, Edgar. LE MOIGNE, Jean Louis. **A inteligência da complexidade**. Tradução Neurimar Maria Falci. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2000.

MORIN, Edgar. Por uma reforma do pensamento. In: VEGA, Pena *et alli* (Coord.). **O pensar complexo e a crise da modernidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

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

NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua de Kant: por uma filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Justiça Federal: evolução histórico-legislativa. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. Brasília: A.L.S.S. Editora, n° 50 (jun/jul/1996), p. 9/14.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. Competência Criminal da Justiça Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informes MESICIC (2006, 2008 e 2011)**. Disponíveis em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_bra_sp.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2011.

PACÍFICO, Andrea Pacheco. **Os tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PECCEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às Relações Internacionais: temas, atores e visões**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e Res Publica: a emergência dos direitos republicanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n° 136, out-dez/1997, p. 289-313.

PERRINI, Raquel Fernandes. **Competências da Justiça Federal Comum**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Antonio Silva Magalhães. **Corrupção e Controle na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno: conflitos entre o ordenamento brasileiro e as normas do Mercosul**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSE-ACKERMAN, S. **Corruption and Government**: causes, consequences and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na Modernidade**: ensaios. 2ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SARFARI, Gilberto. **Teoria das Relações Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCOTT, J. **Corruption, Machine Politics, and Political Change**. American Political Science Review, v. 63, nº 4, 1969. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2001**. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cd_mate=99758>. Acesso em: 15 dez. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOARES, Albino de Azevedo. **Lições de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

SOARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOARES, Guido Fernandes Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Código Ibero-Americano de Ética Judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 654**. Disponível em:

<www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm>. Acesso em: 15 dez. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, José Horácio Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. rev.org. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Convenciones Anticorrupção en América: lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen**. Disponível em: <www.transparency.org>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Corruption Perceptions Index 1995-2000**. Disponível em: <www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previus_cpi>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Global Corruption Report 2007**. Disponível em: <http://www.transparency.org/publications/gcr/gcr_2007>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **The Global Coalition Against Corruption**. Disponível em: <www.transparency.org/about_us/organisation/charter>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Transparency International Charter 2006**. Disponível em: <www.transparency.org/publications>. Acesso em: 15 dez. 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. (volume II)

UNODC/ONU. **Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct**. Disponível em: <www.unodc.org/southerncone/pt/corruptcao/publicacoes.html>. Acesso em: 15 dez. 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhen. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

YIN, Robert K. **Estudos de caso: planejamento e métodos.**
Tradutor: Daniel Gran. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ANEXOS

Anexo I – Convenção Interamericana contra a Corrupção

Anexo II – Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

**Anexo III – Convenção sobre o Combate à Corrupção de
Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais**

Anexo IV – Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (extrato)

Anexo V – Código Iberoamericano de Ética Judicial

Anexo VI – Código de Ética Judicial da Magistratura Nacional

Anexo VII – Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2001

Anexo VIII – Proposta de Emenda Constitucional n° 358/2005

Anexo IX – Supremo Tribunal Federal – Movimento de Processos
de 1940 a 2012