

A QUESTÃO DA CORRUPÇÃO E O GARANTISMO

Tarso Genro

Devo arriscar uma investida na filosofia, em primeiro lugar, para refletir sobre a categoria da “mediação”. Não sendo um acadêmico e muito menos um filósofo posso dar uma contribuição limitada neste terreno, mas devo arriscar, para perseguir de perto a clareza na minha exposição.

A “mediação” é uma categoria filosófica que está no centro da teoria epistemológica, logo, é um artifício dialético, uma construção “pensada” para, através de um artil da inteligência, aproximar **sujeito e objeto, fato e norma, conhecimento e ação**. A mediação pode ser física, epistêmica ou lógica, mas sempre supõe vínculos com um **imediate** ou uma preparação do pensamento para desvendar ou interferir sobre um determinado objeto.

As instituições do Estado fazem a “mediação” entre os **direitos da cidadania** (seus direitos subjetivos) e os **direitos fundamentais**, sobre os quais se ergue a constituição política. A **arte** faz a mediação entre a experiência do sujeito, tomado na sua singularidade, e as questões universais do gênero humano. Os **partidos** são os mediadores políticos dos grupos sociais, para ações e pretensões sobre o Estado. O **Ministério Público** é o mediador, entre a pretensão punitiva do Estado e o fato

delituoso ou uma pretensão do sujeito individual ou coletivo. A **mídia** (mídia – mediação), faz a mediação entre o fato acontecido e o seu conhecimento pelo público. A mediação, portanto, como categoria epistemológica, é uma engenhosidade dos humanos para promoverem a socialização da sua humanidade.

Gianfranco Pasquino, companheiro de Norberto Bobbio na produção do magistral “Dicionário de Política”¹, diz que “o fenômeno da Corrupção acentua-se (...) com a existência de um sistema representativo imperfeito e com o acesso discriminatório ao poder de decisão. A última variável assenta no grau de segurança de que goza a elite que está no poder. Quanto mais esta se sentir segura de conservar ou reconquistar o poder por meios legais ou recear ser punida usando meios ilegais, tanto menor será a Corrupção. Quanto mais ameaçada se sentir, tanto mais a elite recorrerá a meios ilegais e à Corrupção para se manter no poder”.

A visão de Pasquino, excessivamente hobbesiana para o meu gosto, não deixa de ser fulgurante. Pelo menos para verificar sintomas de crise do Estado de Direito no capitalismo tardio. A arqueologia, desta visão de Pasquino, baseia-se numa “ciência do direito”, que pretende promover a **máxima previsibilidade** e **exatidão** no funcionamento das instituições da democracia.

¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. “Dicionário de Política. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 292.

Parece óbvio, porém - mas um óbvio “descuidado” por esta mesma visão “científica” - que as instituições do estado não existem por si mesmas. Elas são pura **forma** (previsão ficta), que só passa a existir tendo um conteúdo, portanto, tendo **movimento**, quando preenchidas por homens concretos que explicitam aquela forma. **A instituição, como forma, é um espaço normatizado, cuja existência real é o movimento dado a ela pela relação entre os seres sociais concretos.**

Tratar seriamente da questão da corrupção na atualidade, principalmente nos países do capitalismo tardio exige, portanto, uma espécie de “pré-compreensão” racional do significado da corrupção, ação perversa que **não aceita a mediação** contida nas instituições públicas, para alcançar um determinado fim.

E isso se torna mais problemático, ainda, no âmbito da política particular do Estado de Direito Democrático que vivemos: um Estado de Direito jovem, numa formação social de capitalismo tardio, ordenado por normas constitucionais de efetividade limitada.

Passarei a utilizar aqui o vocábulo “corrupção”, como categoria jurídica, cujo tipo genérico é a “conduta praticada em desrespeito aos deveres formais da função pública, em troca de benefícios particulares (para si ou para terceiro) econômicos ou de “status”, ou em descumprimento de normas orientadas a evitar

influências particulares”². Esta “conduta” dissemina-se em vários tipos penais, previstos em normas que abrangem, desde certo comportamento de servidores públicos - aqueles homens concretos que são o cerne da instituição - até a sua conexão com a “lavagem de dinheiro”, destinada a corromper servidores, “comprar” favores de agentes políticos ou financiar partidos³, na oposição ou no governo.

A corrupção, no que refere aos seus tipos penais mais graves e mais constantes, para abalar o Estado Constitucional, transita, hoje, da condição de “crime comum”, julgado pelos Tribunais ordinários e com jurisdição penal previsível, para a condição de “crime político”, julgado **de fato**, por Tribunais “de exceção”. Regredimos, assim, mesmo dentro do Estado de Direito em pleno funcionamento, para uma situação excepcional, que **tende** a tornar cada vez mais impotente a ação do Ministério Público e cada vez menos relevante a função do Poder Judiciário, o que é grave para a democracia.

² NYE, Joseph S. “Corruptio and political development: a cost-benefit analysis”. In: BARBOZA, Marcia Noll. “O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil”.

³ BARBOZA, Marcia Noll. “O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil”: *“Tal conceito parece abarcar toda uma variedade de condutas tipificadas pelo direito penal, como corrupção passiva, corrupção ativa, concussão, prevaricação, peculato, advocacia administrativa; bem assim em condutas previstas em outros subsistemas jurídicos, tais como enriquecimento ilícito, improbidade administrativa, infrações administrativas, disciplinares, etc. A corrupção, enquanto fenômeno, abrange ainda a lavagem e a evasão de divisas como condutas assessórias. Conforme explica Antonio Vercher Noguera, ‘la corrupción no es um delicto sino más bien um concepto que engloba toda una cultura delictiva ligada a ciertos factores determinantes, tales como la globalización, el riesgo, la economía, entre otros.’”*

A **previsibilidade** e a **exatidão** da ciência do direito, projetada no Estado de Direito contemporâneo, está sendo relegada pelo surgimento de um sistema de poderes e de justiça paralelos. **Para que isso ocorra, torna-se uma necessidade dar um outro estatuto, um estatuto de “dignidade” à corrupção. Como? Fazendo-a transitar do seu caráter de crime comum, em sentido estrito, ao estatuto de crime político, em sentido lato. Ou seja, o crime de corrupção, transformado em crime “político”, dá uma condição especial aos delinquentes comuns, permitindo que eles se abriguem na proteção que a democracia deve conceder aos agentes políticos para o exercício dos seus direitos políticos.**

Explico-me⁴: o surgimento de uma “ciência do direito” na modernidade **madura**, entendida como período contemporâneo (já que a **modernidade** como momento histórico-universal inicia no século XV), vem marcado pela busca da **exatidão** e da máxima **previsibilidade**. Esta **exatidão** e **previsibilidade** foi diluída, na sociedade da informação, por um inquisitório, processamento e julgamento, socialmente aceito, indeterminado e excitante, **fora do âmbito do estado**.

⁴ Este parágrafo foi extraído - com modificações - do texto-base da Conferência proferida na abertura do Congresso da Associação dos Magistrados do Brasil (2009) “O Poder Judiciário na Sociedade Democrática Moderna”, quando Ministro da Justiça.

Aquelas exigências formais destinadas a promover o funcionamento estável da sociedade e a perfeição dos contratos (que constituem a garantia dos direitos fundamentais e a base do processo de acumulação do capital) fenecem e são substituídas por **normas fáticas e sanções informais eficazes**, através dos aparatos de comunicação e informação.

A tese que acima explicito vem da realidade do Estado Moderno, que se depara com as seguintes condições, nos países do capitalismo tardio: os casos mais graves e emblemáticos de corrupção são **investigados** pela mídia e apresentados **publicamente** à sociedade segundo a convicção (ou interesse) das grandes cadeias de comunicação. Neste procedimento inquisitório, o próprio Ministério Público e a Polícia, ordinariamente são julgados por ela - sem quaisquer critérios de especialização ou conhecimento - e os “réus” são julgados **previamente e expostos à sociedade**, pelo Tribunal “comunicacional”.

As penas são **condenações políticas** de larga difusão pública, com pesadas **consequências nos destinos da sociedade política**, sejam elas formalizadas ou não. E mais: o **perdão** da “pena” política pode ser (e às vezes o é), concedido pela própria mídia. Tudo segundo a visão de mundo dos seus controladores. Visão esta que, pontualmente, é “justa” ou “injusta”, mas sempre acolhida pela “opinião pública”, embora tudo seja feito

sem qualquer técnica previsível para defesa ou respeito aos direitos originários do garantismo jurídico.

Como já asseverou Nilo Batista, “cumpre reconhecer que quando o jornalismo deixa de ser uma narrativa com pretensão de fidedignidade sobre a investigação de um crime ou sobre um processo em curso, e assume diretamente a função investigatória ou promove uma reconstrução dramatizada do caso - de alcance e repercussão fantásticamente superiores à reconstrução processual -, passou a atuar politicamente.”⁵

Prossegue o autor: “(...) o discurso criminológico midiático pretende constituir-se em instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a “ética da paz”) e numa história ficcional (um passado urbano cordial; saudades do que nunca existiu, aquilo que Gizlene Neder chamou de “utopias urbanas retrógradas”). O maior ganho tático de tal discurso está em poder exercer-se como discurso de lei e ordem com sabor “politicamente correto”. Naturalmente, esse discurso admite aliar-se a outros que não lhe reneguem o

⁵ BATISTA, Nilo. “Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio”. <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.html>

ponto de partida: a modernidade realizou-se plenamente, suas promessas estão cumpridas, e se o resultado final é decepcionante, tratemos de atenuá-lo pela caridade, pelo voluntariado, por campanhas publicitárias (...).”⁶

Há em andamento, pois, com estes mecanismos paralelos de justificação arbitrário, uma espécie de fascismo “pós-moderno”. **O conteúdo enterra a forma. A informação substitui a instituição.** O juízo público, político, do comunicador, pune e perdoa. Como disse Mussolini no fim da Marcha sobre Roma: “a ação enterrou a filosofia”. Este processo comunicacional faz vibrar a classe média ingênua ou interessada e igualmente os adversários políticos dos “condenados”, seja de que partido forem. Todos esquecem que podem ser os próximos réus do justificação paralelo, que não se realiza pela vocação do justo, mas pela disputa que ocorre no mercado da informação, tornada objeto alienado dos seus próprios “investigadores”.

Os aparatos de investigação nas ditaduras e os tribunais de exceção, que lhes eram correlatos, foram substituídos por tribunais **de fato**, de caráter midiático. Suas “investigações” são feitas pelos repórteres

⁶ Idem.

competentes ou incompetentes, mas sempre ansiosos por evidência profissional.

Os resultados das “investigações” são comentados por indivíduos que, independentemente das suas convicções pessoais, são agentes do mercado de informações, que excepcionalmente dispõem de algum conhecimento de Direito Penal e que fazem o seu trabalho sempre em contextos altamente politizados. Nestes contextos, os grupos midiáticos assumem posições políticas de antagonismo ou de favorabilidade a determinados governos ou partidos, tratando com “medidas” diferentes seus aliados ou supostos inimigos.

A corrupção passou a ser o **principal** elemento da **agenda política**, que deixa em segundo plano a questão da tutela do capital financeiro sobre a vida pública e o Estado; as políticas de extinção ou redução dos direitos sociais; o sistema político e eleitoral que alimenta a corrupção; os crimes dos Estados ricos cometidos contra as suas antigas colônias e outras questões chaves para a efetividade do pacto democrático. Esta é a grande questão que enfrenta o Ministério Público e todos aqueles que querem efetivamente combater a corrupção no país, que, neste processo de “midialização

criminológica”, foi nobremente transformada em “crime político”.

O delito, assim, foi formatado em mercadoria na concorrência midiática. A “publicidade” deste “processo” é controlada por um sistema de informações, que tanto pode ter a intenção de **ocultar** os fatos objetivamente investigados, como de torná-los **superlativos**, segundo a tendência política momentânea dos grupos de comunicação. Ao contrário do que é exigível, constitucionalmente, a **publicidade autocrática dos meios de comunicação abala a segurança jurídica e privatiza o processo penal pela sua midiáticação.**

Esta perversão da investigação e do processo penal também gera “fontes”, dentro do sistema policial, do Ministério Público e do Poder Judiciário, que (felizmente excepcionais) ajudam a mercantilizar o poder punitivo do Estado e a **envolver o garantismo no jogo político dos partidos**. Estes, também cortejam o poder midiático para transitar seus interesses, sejam eles legítimos ou ilegítimos.

Kelsen diz que “como a democracia tende fundamentalmente para a seguridade jurídica e, portanto, para a legalidade e previsibilidade das funções estatais, existe nela uma poderosa inclinação a criar organizações de controle, que sirvam de garantia da legalidade. Destas garantias, a mais firme está no **princípio de publicidade**”. (...) “Em lugar da claridade, impera, na autocracia, a tendência a ocultar: ausência de medidas de controle - que não serviriam mais do que por freios a ação do Estado -, e nada de publicidade, senão o empenho de manter o temor e robustecer a disciplina dos funcionários e a obediência dos súditos, no interesse da autoridade do Estado”.⁷ Este processo de constituição de uma “publicidade”, articulada fora do âmbito do Estado é, na verdade, um **ocultamento** do verdadeiro processo, para os acusados, pois **eles não se defendem de um processo judicial, mas daquilo que lhes é imputado por uma publicidade que não respeita suas garantias.**

Lembro um texto de uma jornalista excepcional, Maria Inês Nassif: “É tênue a linha que separa o julgamento sumário - pelo Estado ou por instituições que assumem para si o papel de guardiães plenipotenciários

⁷ KELSEN, Hans. “Esencia y valor de la democracia”. México: editora Nacional, 1974, p. 145.

da justiça e da verdade - da injustiça. O "jornalismo de denúncia" que se tornou hegemônico na grande imprensa traz o componente de julgamento sumário dos IPMs pós-64 e o elemento propagandístico udenista do pré-64. Assume, ao mesmo tempo, as funções do julgamento e da condenação, partindo do princípio de que, se as instituições não funcionam, ele as substitui. Da mesma forma que o IPM, a punição é a exposição pública. E, assim como os Estados de regimes autoritários, o direito de defesa é suprimido, apesar da formalidade de "ouvir o outro lado".⁸

Com estas observações não proponho, em absoluto, qualquer controle da informação por parte do Estado. Nem a sonegação de informações relevantes, para que os processos e as investigações tenham ampla publicidade pela mídia que, de resto, pode cumprir o papel político que quiser dentro da democracia. Nem se trata, também, de alegar a existência de uma "conspiração" dos meios de comunicação contra a democracia e o devido processo legal. **Trata-se de compreender que já vivemos um período da sociedade da informação em que os poderes de fato, no capitalismo tardio, estão se sobrepondo aceleradamente ao poder das instituições formais do**

⁸ NASSIF, Maria Inês. "A UDN, os IPMs e a mídia brasileira". In: Carta Maior, 29/09/2011. http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=5230

Estado. Isso não ocorre somente em relação à mídia, mas também em relação a outros poderes fáticos oriundos da força econômica dos grupos privados.

Sustento, porém, que devemos estar atentos para a necessidade de reformas profundas no inquérito, transitando para o reforçamento das funções do Ministério público (não no seu enfraquecimento), apostando no controle, na especialização e qualificação dos meios da instituição, para que enfrentemos - sociedade, políticos autênticos e Ministério Público - duas mortes anunciadas: do **garantismo jurídico**, de uma parte, e da **pretensão punitiva do Estado**, de outra.

Quanto à morte do “garantismo”, devemos estar atentos para defender tanto os seus **conteúdos democráticos e humanistas**, oriundos da tradição escolástica e reelaborados pela filosofia jusnaturalista, “que os concebem como princípios políticos morais e

naturais de limitação do poder penal absoluto”⁹ e defendendo, também, medidas de organização técnica e tecnológica do Estado, combinadas com reformas legais **contra o desvirtuamento do garantismo**, ou seja, o seu uso quase exclusivo para a proteção dos poderosos.

Quanto à morte da “pretensão punitiva do Estado”, isto só não ocorrerá **se o justicamento sumário da mídia for superado pelo exemplo social da pena**, com celeridade do processo judicial-penal, sempre mais tardio e sempre mais generoso com os ricos e poderosos e sempre duro com os mais pobres e hiposuficientes.

As posições que o Poder Legislativo vem assumindo, “brifado” pela mídia, para promover reformas na legislação penal, em cada crime bárbaro ou corrupção mais evidente, não só não tem nenhuma serventia, para combater a corrupção ou a criminalidade em geral, como também demonstra a gravidade que alcançou o controle da “mídia criminológica” sobre a vida política do país.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón - Teoría del garantismo penal”. Madrid: Editorial Trotta, 1989, p. 93. Máximas latinas de tradição escolástica, nas quais se baseia o garantismo moderno: “*Nulla poena sine crimine. Nullum crimen sine lege. Nulla lex (poenalis) sine necessitate. Nulla necessitas sine iniuria. Nulla iniuria sine actione. Nulla actio sine culpa. Nulla culpa sine indicio. Nullum indicium sine accusatione. Nulla accusatio sine probatione. Nulla probatio sine defensione.*” (...) “Foram elaborados sobretudo pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebeu como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. E foram mais tarde incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno estado de direito.

Aliás, promovendo aquilo que Zaffaroni qualificou como “criminologia midiática”.

Nela, sucede - por exemplo - o seguinte: “o condutor (do programa televisivo) interroga sobre o aumento do delito, da criminalidade, as causas do delito, os fatores sociais, se a droga tem muito a ver, se a liberação sexual tem incidência, se a desintegração da família pesa, se “isso” é melhorável por políticas sociais, com maiores penas, com o valor simbólico da pena, com a restauração dos valores, etc. Formula perguntas que só um criminalista poderia responder depois de investigações de campo e que, por conseguinte, no país não se realizam porque não se destina um mísero peso a isto.”¹⁰

À medida que estes “debates” avançam, para um âmbito pré-constituído pelo desconhecimento dos entrevistadores e repórteres, vai se conformando uma criminologia especial. É a **criminologia empírica do poder midiático**, que gera um pensamento mágico, cujo desfecho é sempre a requisição de penas mais elevadas e o endurecimento da execução penal. São as leis votadas

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La cuestión criminal – la política espetáculo”. In: suplemento especial de Página 12, 22/09/2011.

de afogadilho que, aliás, não têm nenhuma eficácia para os objetivos a que se propõem.

Lembro Calvo Garcia: “Independentemente de que se considere como positivo ou negativo, quando se utiliza o Direito como instrumento de intervenção social, os elementos jurídicos tradicionais veem-se insuficientes em todos os sentidos. De início, produz-se uma autêntica explosão legislativa, uma autêntica avalanche de normas (Luhmann 1986: 124-125). O aumento, em termos de quantidade, não traz paralelamente maior qualidade, mas sim o contrário: uma profunda degradação dos instrumentos de produção de normas jurídicas, tanto do ponto de vista das técnicas legislativas, como do ponto de vista da ‘relevância’ dos instrumentos utilizados (Baldwin 1995). **A degradação dos instrumentos normativos corre paralela ao excesso de normas.**”¹¹

É relevante, aliás, lembrar dois aspectos: **primeiro**, que a mediação criminológica incide principalmente sobre fatos presumidamente delituosos sempre relevantes, em termos locais ou nacionais; e, **segundo**, a criminalidade, seja ela através da corrupção ou outro tipo de criminalidade, jamais foi reduzida significativamente ou de forma permanente, dentro da

¹¹ GARCIA, Manuel Calvo. “Transformações do Estado e do Direito”. Porto Alegre: Editora Dom Quixote, 2007, p. 9. (Livre tradução)

democracia, por leis mais duras ou execuções penais mais severas. **O que reduz a criminalidade é a certeza da punição do delito, pelo Estado.**

Exemplos de redução da criminalidade, em épocas de totalitarismo - como no auge do stalinismo e do fascismo - não servem de parâmetro. No totalitarismo o Estado monopoliza, não só a política, mas também o **crime**, como forma de exercitar plenamente o poder. Ali ele esvazia a sociedade civil dos seus direitos e **absorve, como Estado criminalizado, o monopólio do delito.** O crime é concentrado na ordem que pode cometer quaisquer delitos, e assim sobrepondo-se à sociedade até nas praticas delituosas, com a impunidade garantida pela própria ordem.

Para encerrar, reitero a conclusão de Calvo Garcia: **“a degradação dos instrumentos normativos corre paralela ao excesso de normas”.** Normas não nos faltam¹². O combate à corrupção, em particular, e à

¹² FIGUEIREDO, Gecivaldo Vasconcelos. “Desvirtuamento do garantismo para proteção dos poderosos”. In: <http://www.novacriminologia.com.br//Artigos/ArtigoPrint.asp?idArtigo=2645>: *“Repito: essas leis não servem para nada. Para encarar a criminalidade, principalmente entre as classes mais pobres, as únicas políticas eficientes são as políticas sociais. Essa situação é em parte resultado de grandes desigualdades, da exibição e ostentação da riqueza em frente a uma classe que vive no limite da subsistência. Portanto, o único modo para acabar com os lugares em que o crime encontra espaço para crescer é uma política de garantia dos direitos sociais, que oferece alimentação, instrução e um sistema de saúde.”*

criminalidade, em geral carece, hoje, **é de uma estratégia comum pactuada entre os entes da União e os poderes e instituições do Estado**, o que na verdade é uma **decisão política**. Se isso não ocorrer conscientemente os poderes fáticos, fora do Estado, vão continuar privatizando as investigações, denúncias, juízos de violação da legalidade e sanções políticas.

Só o funcionamento normal das instituições orgânicas do Estado, o reforçamento político, tecnológico e humano destas instituições, operando rigorosamente dentro do princípio da neutralidade formal do Estado, pode combater a corrupção. Degradando-a, assim, de crime “político” midiático, presumido pelo seu valor mercantil na disputa selvagem pela notícia, a **crime comum**, combatido pelos agentes políticos em conjunto com as instituições policiais, o Ministério Público e o Poder Judiciário, com o apoio amplo na própria sociedade da informação.