

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

Camila Mattarelli de Abreu e Silva
Cassio Henrique Afonso da Silva
Cláudia Lima Marques
Fernando Rodrigues Martins
Francisco Eduardo de Castro
Guilherme Costa Câmara
Isabela Rezende Martins Lima
João Gaspar Rodrigues
Lívia Quintão Pimenta
Lucas Nacur Almeida Ricardo
Marcelo Magno Ferreira e Silva

30

**Mala Direta
Postal**

9912297003/2012-DR/MG
PGJ

///CORREIOS///

ISSN n.º: 1809-8487
v. 17, n. 30
jan./jun. 2018

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

30

Camila Mattarelli de Abreu e Silva
Cassio Henrique Afonso da Silva
Cláudia Lima Marques
Fernando Rodrigues Martins
Francisco Eduardo de Castro
Guilherme Costa Câmara
Isabela Rezende Martins Lima
João Gaspar Rodrigues
Lívia Quintão Pimenta
Lucas Nacur Almeida Ricardo
Marcelo Magno Ferreira e Silva

ISSN n.º: 1809-8487
v. 17, n. 30
jan./jun. 2018

**MPMG**
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-008, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 17, n. 30, jan./jun. 2018. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
/ Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2018.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUIERE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

Linha Teórica

A *De Jure* foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile

De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinar, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

FOCO

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

PÚBLICO ALVO

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *A De Jure* recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

The journal can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. The journal is distributed by means of exchange or donation only.

DE JURE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Antônio Sérgio Tonet

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Henrique Nogueira Macedo

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL
João Paulo de Carvalho Gavidia

EDITOR RESPONSÁVEL
Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior

CONSELHO EDITORIAL
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcelos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof.ª. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof.ª. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)

Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brasil)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemíro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

EDITORACÃO

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

REVISÃO

Larissa Vasconcelos Avelar
Renato Felipe de Oliveira Romano

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Prof. PhD Andressa de Oliveira Lanchotti (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, Brasil)
Prof. Dr. Bruno de Oliveira Moura (Universidade de Coimbra, Portugal)
Prof. Dra. Francine Rodrigues de Oliveira (Universidade do Minho, Portugal)
Prof. Dr. Joseli Magalhães (Universidade Federal do Piauí, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Costa de Paula (Faculdade CNEC Ilha do Governador, Brasil)
Prof. Dr. Márcio Soares Berclaz (Ministério Público do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Universidade Federal de Uberlândia, Brasil)
Prof. Dr. Rafael Ferreira Vianna (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal)

DE JURE

PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio Sérgio Tonet

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio de Padova Marchi Júnior

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Henrique Nogueira Macedo

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio de Padova Marchi Júnior

EDITORIAL BOARD

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Marcelo de Oliveira Milagres, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itáúna, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Demerval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

EDITING

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

PROOF READING

Larissa Vasconcelos Avelar
Renato Felipe de Oliveira Romano

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Prof. Andressa de Oliveira Lanchotti, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Artur Stamford da Silva, PhD (Universidade Federal de Pernambuco, Brazil)
Prof. Bruno de Oliveira Moura, PhD (Universidade de Coimbra, Portugal)
Prof. Francine Rodrigues de Oliveira, PhD (Universidade do Minho, Portugal)
Prof. Joseli Magalhães, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)
Prof. Leonardo Costa de Paula, PhD (Faculdade CNEC Ilha do Governador, Brazil)
Prof. Márcio Soares Berclaz, PhD (Ministério Público do Estado do Paraná, Brazil)
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Universidade Federal de Uberlândia, Brazil)
Prof. Rafael Ferreira Vianna, PhD (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal)

PREFÁCIO

A revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais chega à 30ª edição firme em seu compromisso de publicar trabalhos técnico-científicos relacionados às diversas áreas de interesse institucional.

Neste número, o Promotor de Justiça e professor da Universidade Federal de Uberlândia, Fernando Rodrigues Martins, ex-Coordenador Pedagógico deste Centro de Estudos, se uniu à professora Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para engenhosamente tratarem da governança global na concretude dos direitos humanos, fornecendo novas possibilidades hermenêuticas ao discurso humanitário.

O espaço “Diálogo Multidisciplinar” destaca um instigante trabalho produzido por servidores do *Parquet* mineiro acerca da imagem do Ministério Público na imprensa escrita, mediante uma abordagem metodológica a partir de recortes extraídos do jornal Folha de São Paulo.

A também servidora Lívia Quintão Pimenta, com muita pro-

priedade, trata do que se deve considerar “duração razoável do procedimento” no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Já os Promotores de Justiça Marcelo Magno Ferreira e Silva e Guilherme Costa Câmara analisam, em diferentes artigos, aspectos controvertidos da colaboração premiada.

As políticas de cotas nas universidades e concursos públicos é uma das preocupações que envolvem a gestão administrativa dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, e suas questões são tratadas pela pós-graduada Isabela Resende Martins Lima.

Outros destaques desta edição são os ensaios sobre a natureza do método científico aplicado às ações resolutivas do Ministério Público e sobre a polêmica aplicação da teoria da cegueira deliberada aos crimes de lavagem de capitais.

Boa leitura!

Antônio de Padova

Marchi Júnior

Promotor de Justiça

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Com renovado entusiasmo chegamos à edição número 30 da revista *De Jure*, ratificando o permanente compromisso de difundir conhecimento e de empenhar esforços para estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público.

A presente edição oferece, como de costume, artigos jurídicos que tratam de temas variados e atuais, proporcionando leitura agradável e enriquecedora.

Certamente há de se creditar o êxito da revista à inestimável colaboração de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e de outros Estados, além da participação de juristas, professores e estudantes que emprestaram seus conhecimentos para abri-lhantar nossos cadernos.

Aliás, é importante salientar a exogenia como requisito decisivo na permanente busca pelo crescimento do conceito *Qualis* utilizado pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de

Pessoal de Nível Superior) para a classificação da produção intelectual do país.

Vale ressaltar ainda que a avaliação cega adotada pelo Conselho Editorial da *De Jure*, afastando qualquer subjetividade na análise e aprovação dos artigos que compõem cada edição da revista, atende outro requisito para o almejado crescimento do conceito atribuído ao periódico.

Nesse sentido, a fim de que a revista se consolide cada vez mais como espaço de discussão pluralista e multidisciplinar, renova-se a todos o convite para que submetam novos artigos por meio do endereço eletrônico www.mpmg.mp.br/dejure.

A almejada evolução está em nossas mãos.

Antônio Sérgio Tonet

Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

CAMILA MATTARELLI DE ABREU E SILVA

Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013). Especialista em "Políticas Públicas, Gestão e Serviços Sociais" e "MBA Executivo em Direitos Humanos" pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (especialidade Sociologia). Tem experiência na área de Sociologia e Ciência Política.

CASSIO HENRIQUE AFONSO DA SILVA

Graduado em História pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994) e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008). Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente em pesquisa de doutrina, legislação e jurisprudência, bem como em pesquisa empírica interdisciplinar.

CLÁUDIA LIMA MARQUES

Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Professora titular de Direito Internacional Privado da UFRGS. Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores da International Law Association, em Londres. Ex-presidente do Brasilcon. Diretora da Revista de Direito do Consumidor. Convidada especial latino-americana da rede de pesquisadores EuSoCo.

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

Doutor e mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto de Direito Privado. Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia. Professor de pós-graduação da Universidade Federal de Uberlândia. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

FRANCISCO EDUARDO DE CASTRO

Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região.

GUILHERME COSTA CÂMARA

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Titular de Direito Penal da Unipê. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba.

ISABELA REZENDE MARTINS LIMA

Especialista em Direito Público pela Damásio Educacional (2016-2018), com graduação em Direito pelo Centro Universitário do Planalto de Araxá (2011-2015). Atualmente é advogada e cursa pós-graduação em Ensino de Filosofia pela Universidade Federal de São João Del-Rei.

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Autor dos livros: O Ministério Público e um novo modelo de Estado, Manaus:Valer, 1999; Tóxicos..., Campinas:Bookseller, 2001; O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; Segurança pública e comunidade: alternativas à crise, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009; Ministério Público Resolutivo, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2012.

LÍVIA QUINTÃO PIMENTA

Analista em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Administrativo e Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá e pós-graduada em Direito Público pelo CBEPJUR - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas do Rio de Janeiro/RJ.

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduando na Universidade Cândido Mendes.

MARCELO MAGNO FERREIRA E SILVA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais



SUMÁRIO

25 - 54

Doutrina
internacional

**DIÁLOGO DE FONTES E
GOVERNANÇA GLOBAL:
HERMENÊUTICA E CIDADANIA
MUNDIAL NA CONCRETUDE DOS
DIREITOS HUMANOS**

DIALOGUE OF SOURCES AND GLOBAL GOVERNANCE:
HERMENEUTICS AND GLOBAL CITIZENSHIP IN THE
CONCRETENESS OF HUMAN RIGHTS

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

CLÁUDIA LIMA MARQUES

59 - 85

Diálogo
multidisciplinar

**IMAGEM DO MINISTÉRIO
PÚBLICO BRASILEIRO NA
IMPrensa ESCRITA: UMA
ABORDAGEM A PARTIR DO
JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO**

IMAGE OF BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTION SERVICE IN
WRITTEN PRESS: AN APPROACH FROM FOLHA DE SÃO PAULO

CASSIO HENRIQUE AFONSO DA SILVA

CAMILA MATTARELLI DE ABREU E SILVA

FRANCISCO EDUARDO DE CASTRO

89 - 130

Artigo

**A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO
PROCEDIMENTO EM UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

THE REASONABLE DURATION OF PROCEDURE IN A
DEMOCRATIC STATE OF LAW

LÍVIA QUINTÃO PIMENTA

**A NATUREZA DO
MÉTODO CIENTÍFICO
COM APLICAÇÕES À
RESOLUTIVIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

THE NATURE OF THE SCIENTIFIC METHOD WITH
APPLICATIONS TO THE RESOLUTION
OF PUBLIC MINISTRY

JOÃO GASPAR RODRIGUES

135 - 181
Artigo

**POLÍTICA DE COTAS
NAS UNIVERSIDADES E
CONCURSOS PÚBLICOS:
IGUALDADE MATERIAL OU
EXCLUSÃO SOCIAL?**

AFFIRMATIVE ACTIONS ON ENTRANCE EXAMINATIONS
FOR PUBLIC UNIVERSITIES AND CIVIL SERVICE
EXAMINATIONS: EQUALITY OR SOCIAL EXCLUSION?

ISABELA REZENDE MARTINS LIMA

185 - 229
Artigo

**TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA: REFLEXÕES
SOBRE SUA APLICAÇÃO AOS
CRIMES DE LAVAGEM
DE CAPITAIS**

THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE: REFLECTIONS
ON ITS APPLICATION TO THE MONEY LAUNDERING

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

233 - 259
Artigo

263 - 316
Artigo

**A CELEBRAÇÃO DO ACORDO
DE COLABORAÇÃO PREMIADA
COMO NEGÓCIO JURÍDICO
PROCESSUAL E MEIO DE
OBTENÇÃO DE PROVA:
UMA ANÁLISE DO HC STF
127.483/PR E BREVES
CONSIDERAÇÕES ACERCA
DA GESTÃO DAS PROVAS NO
SISTEMA ACUSATÓRIO**

CELEBRATION OF THE PLEA BARGAIN AGREEMENT
AS A LEGAL PROCEDURAL BUSINESS AND MEANS
OF OBTAINING EVIDENCE: AN ANALYSIS OF HC STF
127.483/PR AND BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE
MANAGEMENT OF EVIDENCES IN THE ACCUSING SYSTEM
MARCELO MAGNO FERREIRA E SILVA

321 - 345
Artigo

**COLABORAÇÃO PREMIADA:
INSTRUMENTO POLÍTICO
CRIMINAL ORIENTADO À
REDUÇÃO DA INERENTE
OPACIDADE DO CRIME
ORGANIZADO**

AWARD-WINNING COLLABORATION: A CRIMINAL
POLICY INSTRUMENT AIMED AT REDUCING THE
INHERENT OPACITY OF ORGANIZED CRIME
GUILHERME COSTA CÂMARA

25-54

Doutrina Internacional | Ensaio

**DIÁLOGO DE FONTES E
GOVERNANÇA GLOBAL:
HERMENÊUTICA E CIDADANIA
MUNDIAL NA CONCRETUDE DOS
DIREITOS HUMANOS**

FERNANDO RODRIGUES MARTINS
CLÁUDIA LIMA MARQUES

DIÁLOGO DE FONTES E GOVERNANÇA GLOBAL: HERMENÊUTICA E CIDADANIA MUNDIAL NA CONCRETUDE DOS DIREITOS HUMANOS

DIALOGUE OF SOURCES AND GLOBAL GOVERNANCE: HERMENEUTICS AND
GLOBAL CITIZENSHIP IN THE CONCRETENESS OF HUMAN RIGHTS

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

Professor
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
fmartins@mpmg.mp.br

CLÁUDIA LIMA MARQUES

Professora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

RESUMO: A presente pesquisa investiga cientificamente a governança global a partir da superação do paradigma maioria/minoria para adoção do paradigma ética global /efetividade. Neste sentido, indica a importância da governança global na concretude dos direitos humanos, fornecendo, no âmbito da teoria do direito, novas possibilidades hermenêuticas apropriadas ao discurso humanitário.

PALAVRAS-CHAVE: governança global; hermenêutica; cidadania; direitos humanos.

ABSTRACT: The present research investigating scientifically the global governance from the overcoming of the majority/minority paradigm for adoption of global ethic/effectiveness paradigm. In this sense, indicates the importance of global governance in the concreteness of human rights, providing in the context of the theory of law, new hermeneutics possibilities for the humanitarian speech.

KEYWORDS: global governance; hermeneutics; citizenship; human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução: bases propedêuticas da governança global. 2. A governança global no contexto da sociedade pós-moderna. 3. Governança como instrumento democrático na concretude dos direitos humanos. 4. O direito interno e a hermenêutica apropriada aos discursos humanitários internacionais. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução: bases propedêuticas da governança global

Em linhas gerais e históricas a título de propedêutica, o Estado moderno, desdobrado em Estado liberal e Estado social,

distinguiu-se do feudalismo considerando basicamente três eixos: i) separou a esfera pública burocrática dos interesses privados; ii) dissociou o poderio político (legitimidade legal-racional) da esfera econômica (produção e subsistência); iii) tornou a estrutura governamental dotada de funções administrativas, distanciando-a claramente da sociedade civil. (ROTH, 2010, p. 16).

Mediante tais estratégias, determinadas características desse paradigma estatal ganharam visibilidade. Além da adesão ao positivismo, a capacitação filosófica com base no racionalismo formal (posteriormente evoluído ao racionalismo material), a geração padronizada do conhecimento e da produção, o progresso linear e a supremacia da soberania dos Estados e do direito interno sobre as questões globais e o direito internacional (KELSEN; CAMPAGNOLO, 20012) foram pontos cruciais dessa construção. Ponto de verdades absolutas, onde viceja o ‘fetiche da totalidade.’ (HARVEY, 2014, p. 47).

Contudo, feudalismo (*potestas*) e modernismo (*auctoritas*), muito embora fossem instâncias estruturais políticas providas de governos, eram desguarnecidas de governança. A governança tem gênese no Estado contemporâneo, totalmente reconfigurado considerando hipercomplexas causas, onde sociedade civil, democracia e direitos humanos ganham proeminência no campo da processualidade e legitimação (DINIZ, 1995, p. 385-415). Por isso, dentre as diversas diferenças entre ‘governo’ e ‘governança’ pode-se destacar essencialmente o problema do *valor*.

Na *primeira forma*, há demonstração de posição de força que se associa ao poder de decisão e comando, havendo por isso competências e organizações estatais manejadas intensamente nos domínios do direito público, muito embora na base tivesse forte inclinação privada (ARENDDT, 2011, p. 135-147).

Hannah Arendt explicita que a base dos governos era confinar súditos na vida privada, levando-se em consideração as necessidades (especialmente trabalho) das pessoas. Aquele sem necessidade era livre e, portanto, detentor de poder.¹

Já na *segunda forma*, tem-se ampla participação da sociedade civil, de entidades não governamentais, partidos políticos, grupos de pressão e redes sociais informais (consumidores, famílias, associações) que colaboram nas tomadas de decisões e influenciam os rumos da globalidade, portanto “padrões de articulação e cooperação entre os atores sociais e políticos, bem como arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através do sistema econômico.” (SANTOS, 1997, p. 335-376).

Anote-se, contudo, que ‘*governança*’ ultrapassa em termos de densidade democrática e cidadania as perspectivas limitrofes do ‘governo’. Enquanto esse último pressupõe

¹ Este domínio privado da família da vida doméstica era constituído pelas necessidades da vida, a necessidade de sustentar, através do labor, a vida individual e de garantir, através da procriação e do nascimento, a sobrevivência da espécie. Definir a condição para a vida humana em termos da dupla dificuldade do trabalho e do nascimento (não apenas a língua inglesa, mas em cerca de todas as línguas europeias a mesma palavra, labor, é usada para a labuta e as dores do nascimento) e entender esta dupla como interligadas, correspondendo uma à outra, assim deve ser porque, depois do pecado do homem no paraíso, Deus decidiu fazer a vida dura para os seres humanos, ou assim deve ser, porque esta necessidade propulsora é vista em contraste com a vida fácil dos deuses, sendo um dos poucos traços notáveis nos quais os dois ramos de nosso passado, o hebreu e o grego, estão de acordo. Isto indica a linha de pensamento de Marx que, num tempo quando esta conexão fundamental era quase esquecida, a restabeleceu entendendo labor e procriação como as duas principais formas de produção de vida, a própria vida de alguém através do trabalho, isto é, seus meios de subsistência, e a nova vida através da procriação (Deutsche Ideologie, 17). Mas enquanto Marx pôs esta produção da vida através do labor ou trabalho no centro de sua filosofia política, toda a tradição em total acordo com o passado pré-tradicional pôs o trabalho para fora do domínio político, tratando-o como um assunto meramente privado que dizia respeito a cada indivíduo e de como ele deveria resolver o problema de permanecer vivo e manteve toda esta esfera desprezada, não primariamente porque ela era privada, mas porque estava sujeita às necessidades inerentes a estar vivo e a manter-se vivo. Qualquer um que estivesse sujeito a estas necessidades, tal como os trabalhadores e as mulheres, não poderia ser livre; a liberdade significava antes de tudo tornar-se independente de quaisquer atividades que são necessárias para a manutenção da própria vida. (ARENDRT, 2011, p. 135-147).

código binário radicado à ‘maioria/minoria’ ou ‘governo/oposição’, a governança atua na permissibilidade e incentivo à participação geral da sociedade em assuntos tanto públicos como privados, independentemente da condição de simpatia com os rumos do governo. Na esfera global, diz-se haver passos abertos para o *cidadanismo mundial*, através de um direito cosmopolita fundado nos direitos humanos, na sociedade civil global e na regulação mundial da economia (HELD, 1995).

Nítida modificação de paradigma, inclusive com ampla proteção às minorias que geralmente têm enormes déficits de direitos a depender das práticas políticas de realização da norma jurídica pela maioria. A esse ponto, a doutrina romano-germânica atual trata os direitos fundamentais (próprios dos direitos internos dos países democráticos)² como ‘paradoxo da positivação’² (MARTINS, 2014, p. 215-257). Martins afirma:

Vale a observação pertinente de que os direitos fundamentais não representam propriamente exasperação da maioria, senão o invólucro mantenedor da minoria: fragmento social tendente a ser excluído, apagado e diluído e que subverte a metodologia sobrevinda por séculos quanto à elaboração da norma jurídica (*one man, one vote*); se fazem direitos com extrema fundamentalidade e prevalência a fim de que seus titulares não sucumbam e pereçam: eis o paradoxo da positivação. (MARTINS, 2014).

2 Lorenzetti explica: “Há alguns direitos que estão baseados na maioria, já que sobre eles não pode haver opiniões ‘razoavelmente’ contrárias, como, por exemplo, o direito à vida. Pelo menos no plano das normas, trata-se de decisões amplamente fundadas na regra da maioria. No entanto, há numerosos direitos que não gozam da aceitação majoritária, e que têm categoria normativa por serem expressões das minorias ou da concepção pluralista da sociedade. Assim, os direitos fundamentais não têm necessariamente fundamentação majoritária”. (LORENZETTI, 2009, p. 103).

2. A governança global no contexto da sociedade pós-moderna

As razões do surgimento da governança prendem-se justamente no pós-modernismo e na globalização como causas de superação do Estado moderno. Iniciando sobre bases econômicas³, logo expandiu-se para os direitos humanos.

A superveniência da *'idade pós-disciplinar'* trouxe consequências avassaladoras ao Estado moderno, recrudescendo novo tipo de paradigma a partir da metade do século XX. O contexto da guerra fria entre os 'dois' polos beligerantes até então na esfera terrestre (medo), o globalismo (economia), a migração (diferença e cultura) e o exercício discursivo (comunicação) abriram caminho para essa nova fase.

Para Fredric Jameson “a pós-modernidade constitui, por assim dizer, a dimensão superestrutural e cultural da infraestrutura que é a globalização e sua realidade econômica, que tem o efeito de substituir o tempo pelo espaço” (JAMESON, 2013, p. 180-203). Entre similitude ou não dos fenômenos, a questão primordial se assenta nas consequências 'mundividas' que exigiram (e exigem) reiterados ajustes na base estrutural, institucional e funcional dos Estados-nação.

Mesmo que ainda carente de conceituação definitiva, a globalização representa evento em expansão (BECK, 1999, p. 27), rompendo fronteiras e unindo 'mundos'. Com ela surgem manifestações de franca relativização da soberania, considerando a aderência cada vez mais explícita dos Esta-

3 Eli Diniz indica como histórico o Banco Mundial, “tendo em vista aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente [...] tal preocupação deslocou o foco da atenção das implicações estritamente econômicas da ação estatal para uma visão mais abrangente, envolvendo as dimensões sociais e políticas da gestão pública”. (DINIZ, 1995, p. 400).

dos às entidades supranacionais (MATTEUCCI, 1997, p. 97). Também se percebe a pressão da sociedade civil (COHEN; ARATO, 1989) pela heterogenia de comandos (novos atores legislativos). Vaticina-se, inclusive com perplexidade, que a pauta normativa mundial seria o contrato (GALGANO, 2005) em nítida substituição à lei e ao princípio da exclusividade do Estado (como detentor do monopólio de criação das fontes do direito).

O Estado pós-moderno (ainda em construção) não tem forma conjuntiva ou fechada. É, ao contrário, disjuntivo e aberto, constituído por processos e por participação e, contraditoriamente, desconstrutivo (DERRIDA, 1989, p. 170). Vale dizer, entre o pluralismo das circunstâncias e as plasticidades dos papéis sociais, despontam a heterogeneidade, as diferenças, a fragmentação, indeterminação e desconfiança com os dogmas universais. Mas não só, retoma-se a estrutura dos sentimentos através da preocupação com a dignidade do outro (HORKHEIMER; ADORNO, 1985), com a ética e política.

Vale importante aviso que a globalização não deriva, todavia, apenas das profundas mudanças verificadas no âmbito econômico. Efetivamente, os processos migratórios e culturais, a comunicação e os direitos humanos igualmente são causas subjacentes que impuseram a modificação de paradigmas.

No *campo econômico* houve guinada espantosa da noção de comércio. Abriu-se caminho para a economia mundial de larga escala que, muito além do sistema de trocas e contratos entre Estados-nação, utiliza a superfície terrestre como plataforma de acumulação e reprodução capitalista (balcão-mundial), tornando sem relevância as fronteiras entre países.

Conseqüentemente, a regulação econômica interna diminui para temas de mínima abrangência e competência, porquanto as diretrizes gerais e principais pertencem à regulação externa (SKLAIR, 1995). Daí dizer da mundialização da economia pela internacionalização dos mercados de consumo, insumo e financeiro, com rompimento dos limites territoriais materiais e crescente limitação das políticas cambiais, monetárias, dos Estados-nação, tudo acompanhado da des-territorialização e reorganização do espaço de produção, onde o ‘fordismo’ (planta industrial rígida) é substituído pelo ‘toyotismo’ (planta industrial dinâmica) e pela desregulamentação trabalhista com inerente flexibilização das relações contratuais (FARIA, 2010, p. 11).

Essa situação foi essencial para o fortalecimento de um direito privado paralelo aos Estados, onde grandes grupos empresariais ditam regras de mercado (*lex mercatoria*) (IRTI, 2010, p. 677), inclusive criando jurisdições e foros próprios para resolução de conflitos, dando concretude à ideia de ‘fuga do juiz’ (AZEVEDO, 2011, p. 615-624) e do aparelho judicial burocrático. Antônio Junqueira de Azevedo explica:

O paradigma, que antes era o da lei, passou a ser o do Juiz e, agora, é o da solução rápida do caso concreto. Hoje, estamos fugindo do juiz. Essa fuga não é um problema do Judiciário; ele deve decidir o que é da sua missão, da sua vocação, que é o conflito real, o “caso difícil”, que exige ponderação. Mas o Juiz é um julgador e, quando não há necessidade desse julgador, não é preciso o Juiz. Nesse sentido, há uma fuga do juiz. Aponto, nesse sentido, não só a Lei da Arbitragem - o que é evidente -, mas também os processos em instituições como a Bolsa de Mercadorias e Futuros, como a CVM - Comissão de Valores Mobiliários, a OAB, o Conselho de Medicina e várias outras instituições cujos problemas não deságuam no Judiciário. Fiquei perplexo quando tive de tratar de um assunto acadêmico - uma tese sobre a bolsa de Mercadorias e Futuros - e verifiquei que todos os

dias há milhões de reais que se transferem entre pessoas que negociam nessa Bolsa de Mercadorias e Futuros e que nenhum caso, nenhum caso da Bolsa de Mercadorias e Futuros, está no Poder Judiciário! As pessoas estão fugindo da estrutura do Judiciário, própria do paradigma anterior. As escolhas, hoje, consistem em tipos mais expedidos de solução. O Projeto de Código Civil infelizmente volta a insistir na presença do Juiz para muita coisa inútil, como alguns casos de anulação e rescisão contratual. O Projeto está no paradigma do Estado inchado. (AZEVEDO, 2011).

Ao mesmo tempo que o Estado percebe a regulação interna em declínio, tende a ser legislador perante a comunidade internacional, mediante processos de integração com formação de blocos regionais, tratados de livre comércio e revogação dos protecionismos tarifários e reserva de mercado.

Se a economia tornou a soberania flexível, também os *movimentos migratórios* são responsáveis pela valorização da diversidade cultural e capazes de levar as diferenças a níveis de tolerância, possibilitando contatos permanentes dos imigrantes com as regiões de origem e conhecimento pela população do país de adoção quanto às características regionais mais básicas do novo residente (língua, vestuário, alimentação, datas comemorativas, religiões). O direito do imigrante começa a ser conhecido e problematizado pelo Estado-adotante⁴.

4 Rocasolano aponta: “Se impone en nuestras sociedades civilizadas del primer mundo, desde donde escribo, la coherencia. Si entendemos con normalidad que el caribú, el bisonte americano y los antílopes africanos cada año viajen centenares de kilómetros en búsqueda de una zona en la que abunde el alimento y que les proporcione refugio, cómo es posible que no se entienda que los hombres recorran miles de kilómetros desde los países del Tercer Mundo, hasta los tranquilos y cómodos territorios del primero. Igualmente si tenemos incorporados los Derechos Humanos en nuestra conciencia socio-cultural, cómo es posible que se no comprenda con claridad que son para todos. Quizás debamos repetir incansablemente que los Derechos Humanos son las facultades, prerrogativas, y libertades fundamentales que tiene una persona por el simple hecho de existir, sin los cuales no se puede vivir como tal. Se expresan como derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; y derechos de los pueblos o de solidaridad.” (ROCASOLANO, 2011, p. 469-485).

Também a comunicação repaginou a concepção de espaço, afetando nitidamente a soberania dos Estados-nação, *empre-nhando* o mundo de incertezas. Na sociedade globalizada, a comunicação aumentou acendradamente as possibilidades fáticas, comportamentos e situações nos ambientes. A geração de infinitas comunicações impõe exigências de ferramentas que reduzam a complexidade e garantam segurança nas relações interpessoais ou institucionais. O direito, por exemplo, tem como função-tipo garantir as expectativas normativas e mesmo as cognitivas (LUHMANN, 1983, p. 45).

Para a governança, a comunicação representa ferramenta essencial. A informação e a *internet* como bases da *sociedade pós-industrial ou do conhecimento* credenciam em tempo real a possibilidade de acesso à noção dos fatos (o que concede chances concretas de imediata decidibilidade), bem como convergem no controle, armazenamento e distribuição de conjunto de dados, especialmente os relativos à dimensão *existencial* da pessoa. Vale, no entanto, a advertência quanto à suspeita das instâncias democráticas desta “sociedade”, considerando como factíveis as possibilidades de inclusão (*have*) ou de exclusão (*have not*) ao compartilhamento de informações, o que impõe uma divisão digital (*digital divide*) (SQUIRRA; 2005, p. 256).

Nítido perceber, por consequência, que a governança não tem gênese no direito. É experiência da mundialidade que, como se viu, iniciou pela forma econômica da eficiência, evoluindo para as exigências humanitárias. Contudo, independentemente de surgir com aportes jurídicos, ganha forma e substância, portanto, existência, e por isso passa a provocar efeitos no mundo ao redor. É importante verificar que essa experiência é (re)conhecida pelo sistema jurídico, saindo do ambiente do qual decorre naturalmente (*jus natural*) para a afirmação no direito, mediante a positivação (*jus positivo*). Aliás, é o caso da Lei Federal nº 13.303/16 que nitidamente

adota a governança para as empresas públicas e sociedades de economia mista da União.

3. Governança como instrumento democrático na concretude dos direitos humanos

A globalização também é responsável pela mais severa e oportuna transubstanciação ocorrida: o protagonismo da ‘pessoa’ (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 30) e das futuras gerações em substituição aos sujeitos virtuais de direito.

O conceito de pessoa, mesmo que reformulado, correspondente e em parte tributário aos direitos humanos, especialmente na fase de internacionalização⁵, com ele não se confunde. A despeito da forte interação recíproca⁶, pode-se evidenciar a discrepância conceitual entre ambos, até porque ‘pessoa’, por si só, não constitui qualquer instituto jurídico, senão essência (substância ontológica e subsistência) (MORAES, 2010) criadora do direito⁷.

Eis a pessoa criadora e os ‘direitos criaturas’⁸. Mas não se perca de vista que esse sujeito real⁹ de direitos não é parte

5 Flávia Piovesan (2003, p. 61) explica: “o sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar maior efetividade possível na tutela e promoção dos direitos fundamentais”.

6 Para quem os direitos partem da própria condição humana que é caracterizada pelo exercício de diversas atividades fundamentais. (ARENDT, 2004).

7 Menezes Cordeiro (2007, p. 371) adverte: “O direito surge como obra humana, é utilizado por pessoas, serve aos seus interesses e os seus fins e sofre as vicissitudes que a Humanidade lhe queira imprimir. Neste sentido, a pessoa humana não constitui qualquer instituto jurídico”.

8 Magnífica expressão colhida nas aulas do Professor Renan Lotufo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

9 Bobbio (2004, p. 59), ao se referir à atual linha de tendência dos direitos humanos que designa sujeitos titulares de direito conforme situações particulares, como gênero (homem ou mulher), fases da vida (infância e velhice) ou incapacidade (pessoas com

de situações jurídicas subjetivas tão somente nos limites territoriais do Estado onde mora, onde exerce as atividades dia a dia. Ao contrário, na sociedade de consumo (que também é de informação, em rede, de risco, desterritorializada)¹⁰ está-se ante o ‘cidadão-mundo’ à mercê da hipercomplexidade informacional, da agressividade do mercado (MARQUES, 2011, p. 1097-1157), de redutos e monopólios tecnológicos e, sobretudo, constantemente seduzido pelo consumismo insaciável¹¹ e excludente (SALAMA, 2008, p. 181).

Neste panorama, é visível que a busca de resguardo vital aos vulneráveis inseridos no mercado radica no vastíssimo campo ocupado pelos direitos humanos (BARROSO, 2014, p. 33): originários, subservientes e decorrentes da concepção valorativa de pessoa¹² e, por consequência, derivados da dimensão trípole da dignidade (solidariedade, igualdade e liberdade) (PÉREZ LUÑO, 1984, p. 48). Antonio Pérez Luño esclarece o conceito de direitos humanos como: “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”. (PÉREZ LUÑO, 1984).

Paralela a essa observação inicial, tem-se ainda transformação axiomática e teleológica do direito internacional que

deficiência), a qual alcinhou de ‘especificação’, faz o seguinte comentário: “com relação ao abstrato sujeito ‘homem’, que já encontrara uma primeira especificação no ‘cidadão’ (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral)”.

10 BECK, 2010; CASTELLS, 1999; GONÇALVES, 2008.

11 Com apoio em Didier Ferrier, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem assim comentam: “Aqui há uma cadeia de fornecedores/empresários envolvida, direta ou indiretamente, para ‘seduzir’, conquistar e se possível fidelizar.” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 90).

12 Nesta esteira, verifica-se o conceito de pessoa como ‘valor-fonte’, como ‘conexão existencial’, como ‘centro de imputação jurídica’, respectivamente: REALE, 1994, p. 95; PERLINGIERI, 2008, p. 460; SILVA, 1998, p. 89-94.

aos poucos abandona o centralismo das relações entre Estados para fixar como núcleo de sua aplicação a concretude dos direitos humanos nas relações entre Estados e pessoas. Trata-se da pessoa humana dotada de *personalidade jurídica internacional*¹³ e, por isso, situado juridicamente na globalidade¹⁴.

Cumpre também alinhar que muito embora a consagração dos direitos humanos perante a aldeia global seja ponto paradigmático de reconhecimento e garantia do exercício de posições vitais e sociais básicas (*essential standards*) inerentes a toda pessoa, transversalmente tem por consequência propiciar a releitura, readequação e ressignificação dos incontáveis e circundantes ambientes necessários ao livre desenvolvimento da personalidade.

A ideia aqui versada de ambiente não se atém exclusivamente à proposta de autopoiese¹⁵ ou mesmo daquela designada como legitimidade (correção) do discurso (HABERMAS, 2000, p. 414), conforme se percebe acentuadamente da sociologia e filosofia contemporâneas¹⁶. Dito de outra forma:

13 Cançado Trindade (2002, p. 1.102) analisa: “Ao longo da evolução do Direito Internacional contemporâneo, a personalidade jurídica internacional deixou de ser monopólio dos Estados. Tanto estes, como as organizações internacionais, como os seres humanos individual e coletivamente, são titulares de direitos e portadores de deveres emanados diretamente do Direito Internacional”.

14 Lorenzetti (2009, p. 209) ensina: “O direito privado atual deve admitir uma inter-relação entre o marco institucional e os comportamentos individuais, e superar a noção de ‘sujeito ilhado’ para chegar à ideia de ‘sujeito situado’”.

15 É perceptível na sociologia do direito (viés do observador externo) a categorização do sistema social proposto por Luhmann (1996) ao indicar os subsistemas político, jurídico e econômico. Também é possível verificar que os direitos humanos possam se valer da ideia de autopoiese. (Ver a aproximação em TRINDADE, 2007).

16 Está bem mais ligada à contribuição da sociologia evolutiva, porque crítica e transformadora e capaz de um ‘diálogo social livre de domínio e que permite a emancipação de todos os seus membros’ (com apoio em Habermas: BÜLLESBACH, 2002, p. 439).

ambientes equivalem a ‘lugares’¹⁷ de inscrição¹⁸, promoção e inserção material do indivíduo eticamente considerado¹⁹, se apresentando em diversas dimensões (política, econômica, moral, jurídica, setorial, individual, comunitária, *cyberspacial* (MARQUES, 2004, p. 143), interna e internacional).

A relação do direito com a noção de lugar²⁰ é de ubiquidade e tem assento autorreferencial (LORENZETTI, 2004, p. 30). O direito é lugar de promoção da pessoa, através de seus próprios elementos (normas, institutos jurídicos, jurisprudência, ciência etc.)²¹. E ao mesmo tempo o direito *ocupa*

17 No âmbito da ciência do direito, ver GARCIA, 2007. Em sentido diverso: RODRIGUES, 1999. Ressalte-se que a ideia de ‘lugar’ como categoria de disciplina é utilizada também em outros campos, neste sentido o magnífico texto de NORA, 1997.

18 Boaventura Santos (1996, p. 253-277) expressa: “Todos os conceitos com que representamos a realidade e à volta dos quais constituímos as diferentes ciências sociais e suas especializações, a sociedade e o Estado, o indivíduo e a comunidade, a cidade e o campo, as classes sociais e as trajetórias pessoais, a produção e a cultura, o direito e a violência, o regime político e os movimentos sociais, a identidade nacional e o sistema mundial, todos estes conceitos têm uma textura espacial, física e simbólica, que nos têm escapado pelo fato de os nossos instrumentos analíticos estarem de costas viradas para ela mas que, vemos agora, é a chave da compreensão das relações sociais de que se tece cada um destes conceitos. Sendo assim, o modo como imaginamos o real espacial pode vir a tornar-se na matriz das referências com que imaginamos todos os demais aspectos da realidade”.

19 Rosa Maria Nery (2008, p. 65) profliga: “O trabalho do jurista tem sempre uma vertente ética, um querer constantemente preocupado com valores. A ciência do direito, como toda ciência se estrutura em princípios que, por sua vez, são informados por valores”. Também Edgar Morin, abordando o princípio da inclusão, manifesta: “O princípio da exclusão garante a identidade singular do indivíduo; o princípio da inclusão inscreve o Eu na relação com o outro, na sua linhagem biológica (pais, filhos família), na sua comunidade sociológica [...] cada um vive para si e para outro de maneira dialógica, ou seja, ao mesmo tempo, complementar e antagônica. Ser sujeito é associar egoísmo e altruísmo.” (MORIN, 2007, p. 21).

20 É o caso da tópica que ensina a encontrar os lugares argumentativos. O estudo lusitano, após tecer a evolução temporal do pensamento Aristotélico, indica que a utilização da tópica é relativizada considerando três consequências: i) as proposições são endoxais (opinião geral) desconsiderando as fontes a priori; ii) a concretude das proposições se dá apenas após encontrada a solução (sendo que no plano sistemático as proposições interferem no resultado); iii) o método apropriado é apenas o dedutivo (expulsando outros como analogia e indução). (CORDEIRO, 2007, p. 63).

21 Separando a teoria analítica do direito (neutra) com a teoria do direito ética (justa). (DWORKIN, 2002, p. 4).

lugar na globalidade ao lado dos demais ambientes donde, inclusive, interage interdisciplinarmente. O que significa dizer: o direito “deixa em nós a marca que deixamos nele.” (SANTOS, 1996, p. 253-277).

Advirta-se não se tratar aqui de infirmar ou afrontar as abalizadas investigações epistemológicas do direito em relevantes vertentes científicas (direito como norma²², ordenamento²³ ou sistema²⁴), mas apenas contribuir com a constatação de que ao direito também incorpora a perspectiva de ponto cartográfico-decisório²⁵ na espacialidade mundial, o que ajuda a compreendê-lo melhor enquanto ciência adequada à dignidade da pessoa humana (GARCIA, 2004, p. 211).

Se a globalização trocou o tempo pelo espaço, o direito igualmente tornou-se lugar. *Locus* ambivalente (mas não incoerente) onde, num âmbito interno, a pessoa vulnerável está ‘situada’ e deve encontrar os elementos normativos e positivos essenciais ao livre desenvolvimento e onde, num âmbito maior e externo, o próprio sistema se situa na plataforma social estratosférica, ao lado de outros ambientes, especialmente o mercado, empoderando os vulneráveis, mesmo porque expressão de direitos humanos.

Daí a governança global que, justamente pelos agentes não-estatais e pela experiência democrática além dos Estados, permite a instauração de instâncias discursivas para criação e fortalecimento dos direitos humanos. É a governança um

22 KELSEN, 1979.

23 BOBBIO, 1995.

24 CANARIS, 1996.

25 Especialmente ao tratar do fim da concepção insular das ciências e do homem. (FACHIN, 2000, p. 245).

dos instrumentos processuais constitucionais aptos a desenvolver formas de controle, igualdade e a vida das pessoas²⁶.

4. O direito interno e a hermenêutica apropriada aos discursos humanitários internacionais

No plano *sistêmico* é essencial a verificação de que o direito, por si só, demonstra-se insuficiente no conhecimento de todas as necessidades e carências da população, ainda mais a considerar os avanços tecnológicos intermináveis e a questão da comunicação que se amplia de forma virtual (*em dimensão de profundidade e de largura*), modificando a base do conhecimento da humanidade.

O direito como sistema de segunda grandeza e hipercomplexo²⁷ deve estar apto ao conhecimento de outros sistemas, in-

26 Baracho (2012, p. 853-912) explica: “A teoria do processo democrático tem vários níveis de variações, que se iniciam desde os temas sobre autonomia vs. controle, para que ocorra uma redefinição atual do constitucionalismo. As perspectivas deste Estado têm levado à rediscussão de temas clássicos, com as novas formulações sobre os problemas da legitimação e as crises das tendências: a polarização contemporânea da teoria democrática, cidadania, soberania, políticas nacionais e o sistema global, que decorre do sistema pluralístico no campo político, econômico e social. As análises dos modelos clássicos e as variações contemporâneas levam-nos a discutir constitucionalismo, lei, participação e liberdade em uma democracia. É dentro dessas reflexões que surgem as indagações sobre o futuro da democracia e sua procedimentalização (Toward a Third Transformation - Democracy in Tomorrow's World). Os conflitos morais e a legitimidade política, nessa formulação democrática, passam a ter grande significado, quando a jurisprudência constitucional revela a crise do Estado social. David Held trata da democracia, desde aquela do Estado-Cidade até a da ordem cosmopolita contemporânea (democracia, globalização e governança internacional). A democracia cosmopolítica decorre, também, de uma nova ordem internacional, elaborada do modelo cosmopolítica. Para David Held, provém da ordem global, com incursões sobre democracia, Estado-Nação e sistema global.”

27 No mencionado artigo há uma boa definição do direito como sendo “um sistema complexo; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo, porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variadas. Os elementos que compõem o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores; doutrina jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. O mesmo ocorre com os demais elementos; há sempre retroalimentação (feedback); por exemplo: o estudante de ontem, juiz de hoje, aplica o que aprendeu – a doutrina influenciando a jurisprudência

teragindo e partindo para metodologia transdisciplinar como modo eficiente de *compreender* a organicidade social e de *solucionar* os conflitos circundantes (MORIN, 2002, p. 23).

Impõe-se na realidade a releitura da obsoleta estrutura positivista e cartesiana de mera classificação como modelo geral de resumir fenômenos e fixar conceitos, para reposicionar o direito frente ao debate entre todos os acontecimentos, especialmente aqueles não jurídicos, permitindo a circularidade no pensamento científico. Portanto, da visão sistemática à perspectiva sistêmica (LOSANO, 2011, p. 22).

O direito permanecendo na visão sistemática consegue outorgar, internamente, critérios de *validade de normas*, conforme a potencialidade dogmática outrora desenvolvida por Hans Kelsen²⁸ e avalizada em diversos outros pensamentos neokantianos (CANARIS, 1996, p. 287). Contudo, o problema enfrentado pelo direito na pós-modernidade, notadamente em razão dos direitos humanos tem duas outras dimensões: *i) a validade do sistema jurídico*, enquanto ciência do direito enclausurada nas próprias estruturas e sem cognoscibilidade aos demais sistemas; *ii) a efetividade de normas que garantem direitos humanos (fundamentais) básicos e que desprezadas geram o grave problema de alienação normativa*²⁹.

– e ele, então, por vez, com as decisões dadas, alimentará a doutrina – a jurisprudência influenciando a doutrina. Além de complexo, o sistema jurídico é de segunda ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional)”. (AZEVEDO, 2004, p. 6)

28 Kelsen (1994, p. 55) aponta nesse sentido que: “Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva”.

29 Diz o constitucionalista Gargarella (2005, p. 33): “Si tomamos en cuenta una métrica como la señalada, según entiendo, quedamos en condiciones de afirmar que aquellos

Na dimensão *valorativa* há a necessidade por óbvio de livrar *parte* dos setores sociais dos grilhões do tempo, dos tabus tradicionais, permitindo-se compreender a sociedade nas fronteiras do pluralismo, *locus* de todos. É dizer que ao cariz do *solidarismo ético* exigido pelas constituições democráticas não se aceitam visões partidárias e parciais, carregadas de preconceitos e prejuízos³⁰, impondo abrir espaço a todos os pensamentos.

Se antes *vozes ausentes da discussão pública* (GARGARELLA, 1999, p. 17), ganham efetivamente força os *movimentos sociais* através de *manifestações populares* que com acerto exigem ser ouvidos, bem como necessitam de amplo espaço para discursar de forma a trazer à consideração questões relevantes, a saber: *i*) as violações públicas ou privadas aos direitos humanos; *ii*) reivindicações de defesa e de efetivação dos direitos humanos já positivados; *iii*) readequação de projetos e programas públicos e privados com iminente risco às populações, levando-se em consideração especialmente o nível de classes sociais e a etnias; *iv*) participação da sociedade civil perante às instituições públicas de forma a legitimar o debate das questões afetas aos direitos humanos; *v*) prevenção de ocorrência de violações aos direitos humanos.

Portanto, no plano valorativo (despregado de amarras preconceituosas) o *controle popular* quanto à efetividade dos direitos humanos conclama ampla participação dos movimentos sociais no cumprimento do munus fiscalizatório.

que se encuentran privados de ciertos bienes humanos básicos enfrentan, en la actualidad, situaciones de alienación legal. Las razones que nos permitirían justificar dicha presunción tendrían que ver con la presencia de condiciones sustantivas y procedimentales como las que los primeros constitucionalistas reconocieron como indicativas de una situación de alienación legal”.

30 Quanto ao prejuízo, diz o filósofo Gadamer (1991, p. 335-337): “Por eso en francés ‘préjudice’, igual que ‘praejudicium’, significa también simplemente perjuicio, desvanecida, daño.”

Insista-se que o *controle popular* dos direitos humanos desenvolvido pelos movimentos sociais tem melhores condições em exigir ‘*prestação de contas*’ do poder público (*accountability*), porque infenso à estrutura orgânica estatal e dotado de *organicidade própria*.

Em reciprocidade, aos agentes do Estado, *dogmaticamente compreendidos como legitimados na função procedimental* (MENDES, 2007, p. 8) *dos direitos humanos*, cumpre à prestação de contas (*accountability*), já que responsáveis pelo governo. Ou seja, *accountability* é sistema de direito e dever ao mesmo tempo.

Pois bem. No direito interno, por vezes direitos humanos são esquecidos e não aplicados, deixando-os de lado em virtude de outro direito (geralmente subjetivo) e de menor densidade valorativa. A considerar a quadra vivente, a teoria do diálogo de fontes com seus elementos tão próximos à pós-modernidade e globalização (pluralismo, normas narrativas, autonomia individual e direitos humanos)³¹, representa excelente eixo de ligação entre as normativas internacionais de direitos humanos e o direito interno.

Avançando novamente na proposta de Erik Jayme, entre nós revelada por Cláudia Lima Marques, observam-se três formas de diálogos: *i*) coerência; *ii*) complementaridade; *iii*) coordenação e adaptação sistemática (MARQUES, 2003, p. 70-99). Entende-se que essas categorizações dialógicas ilustram a plenitude de intercâmbio das relações jurídicas entre o direito interno e o direito internacional de direitos humanos.

31 Erick Jayme (1999, p. 24-40) ensina: “Destes pensamentos básicos é de se destacar, em primeiro lugar, a pluralidade das formas de vida (pluralismo), em segundo, a narração como prazer na descrição e na informação (narração), ainda a fuga da categoria, do igual (flucht aus der Kategorie de Gamm) e por último, o que o jusfilósofo Arthur Kaufmann denomina de ‘revival do irracional’ (wiederkunft des irrationalen), o que se poderia de forma positiva compreender também como o ‘retorno dos sentimentos’ (rückkehrder gefühle)”.

A primeira modalidade e diálogo (*diálogo de coerência*) refere-se ao empréstimo de bases conceituais entre os modelos normativos. Não há dúvidas de que as constituições democráticas estando no ápice do ordenamento exigem coerência do sistema de direito interno, eis que reflete o prumo de que há escala de justificação hierárquica³² tanto estruturante (regras, subsunção, suporte fático e antinomias) como axiomática (princípios, valores, argumentação jurídica).

São providas de força geradora e normativa quanto a diversos tipos de direitos (HESSE, 1991), tanto de natureza pública como de natureza privada. Não se perde de vista, ademais, que na maioria delas se estabelece a aplicação imediata dos direitos fundamentais em todo o sistema jurídico.

Ocorre que determinada Constituição pode tratar certo direito fundamental (que também é direito humano) *contrariamente* a algum tratado ou convenção de direitos humanos já internalizado. Neste caso, a teoria do diálogo de fontes permitiria aplicação daquele dispositivo que mais favorável fosse à pessoa humana. O tratado não vai ensejar a invalidade da Constituição e nem mesmo a Constituição retirará a eficácia do tratado. Ambos passam a conviver pacificamente.

Neste sentido, explica Cançado Trindade:

No presente domínio de proteção a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito inter-

32 Lorenzetti (2009, p. 75) esclarece: “as normas fundamentais determinam o conteúdo mínimo básico para a decisão de questões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Com esse critério, o espaço de interpretação fica reduzido, uma vez que, se um intérprete pode achar que qualquer norma do sistema jurídico se vincula formalmente à Constituição, as possibilidades se reduzem se a norma particular for submetida a um critério de ‘fundamentação jusfundamental correta’. Daí por que uma norma será de direito fundamental quando houver a possibilidade de uma fundamental jusfundamental correta”.

nacional ou de direito interno. Este e aquele interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. (TRINDADE, 1996, p. 34).

O *diálogo de complementaridade* contempla hipóteses de compartilhamento de princípios de maneira integrativa entre os sistemas normativos interno e internacional de direitos humanos quando for evidentemente necessário ao caso em julgamento. Pode ser que determinado direito fundamental seja assegurando de forma *insuficiente* pelo direito interno sendo neste caso o auxílio do tratado de direitos humanos pertinente, sem qualquer choque entre ambos.

No Brasil tem-se exemplo importante: o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/15) ao retirar a incapacidade das pessoas com deficiências emancipando-as, não trouxe regras de promoção à situação patrimonial dos emancipados. Entretanto, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência mantém salvaguardas essenciais à proteção econômica da pessoa tutelada e, nesse caso, deve ser aplicada diretamente pelo juiz no caso concreto, até porque a interpretação a ser feita é *'pro homine'*.³³

Por fim, o diálogo de *coordenação e adaptação sistemática* é tranquilo, possibilitando ao direito interno e direito internacional a troca de experiências dogmáticas e jurisprudenciais no aprofundamento humanitário. Justifica-se nesse ponto a Constituição aberta tão importante para a concretude da dignidade.

33 Fernando Rodrigues Martins (2016, p. 203-255) afirma: “Busca-se, contudo, a considerar que a matéria versada pelo EPD tem a dimensão substantiva extremamente ligada aos direitos humanos das pessoas com deficiência dar primazia a interpretação inclusiva ‘pro homine’, própria aos desideratos humanitários, acompanhado do modelo dialógico”.

Com apoio em Peter Häberle, Valéria Ribas do Nascimento explica:

A dignidade humana, que deriva da cultura de todo um povo e dos direitos humanos universais; o princípio da soberania popular, entendida como fórmula identificadora da colaboração que se renova de forma aberta e responsável; a Constituição como pacto de valores necessários; o princípio da divisão de poderes; o Estado de Direito; o Estado Social de Direito e as demais garantias fundamentais. Todos esses elementos se encaixam na democracia constitucional baseando-se no pluralismo como princípio. (NASCIMENTO, 2015).

5. Considerações finais

Cabe ao Estado, na condição de governo, por intermédio dos respectivos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a realização de políticas vocacionadas à ampla tutela do cidadão. Numa visão clássica, além de a ideia de governo estar tão somente ligada à figura do executivo, percebe-se que neste caso há maior liberdade do agente político: apenas segue as pautas ideológicas próprias e a conveniência do jogo partidário.

Contudo, a grandeza do ‘comando’ político – a bem da democracia – é apenas verificada quando se abandonam pretensos paradoxos (governo/oposição; maioria/minoria) para eticamente adotar as melhores soluções legiferantes e éticas à pessoa humana, independentemente da versão partidária ou institucional interna que for predominante.

Põe-se em relevo, pois, ‘*a boa governança*’ no lugar do governo. Observa-se, evolutivamente, no centro das decisões o *princípio da condução responsável* (CANOTILHO, 2008, p. 329) de assuntos que respeitam ao administrado como pessoa humana qualificada pelos direitos humanos.

Os poderes da República devem se guiar mediante os seguintes termos: incessante respeito aos direitos humanos, aos princípios democráticos e ao Estado de Direito; adoção do princípio do desenvolvimento sustentável e equitativo pressupondo gestões transparentes e responsáveis com os recursos naturais, humanos, econômicos e financeiros; processos de decisão fundamentados e claros; primado do direito na gestão de recursos; combate constante à corrupção.

A boa governança logra axiologicamente sentido mais humanizado, impondo aos agentes políticos a prática *accountability*, ou seja, o dever duradouro de prestação de contas entre os órgãos públicos mutuamente (horizontal) e a partir da iniciativa popular (vertical) (BENTO, 2003).

Em muitos países, a *boa governança* ainda é simbólica. Sendo a democracia regime de leis para a promoção humana e não de arbitrariedade do homem, faz-se necessário que a administração pública cumpra os ditames constitucionais e infraconstitucionais que refiram ao administrado, enquanto agente econômico desigual e vulnerável.

Não faz sentido ao poder público descumprir as disposições normativas que garantam à pessoa a concretude de seus direitos, isto porque é na lei que se encontra não apenas o limite de atuação, senão a própria condição e base justificante da administração coexistir junto ao demais elementos do Estado. Enfim, é na lei que o *governo* situa.

Desse modo, justifica-se com ampla segurança nesta investigação que a evolução da governança como instrumento democrático de promoção aos direitos humanos pode e deve ter seus resultados aplicados no direito interno dos Estados-nação pela *hermenêutica dialógica*. Afinal, tanto *governança* como a *teoria do diálogo de fontes* se põem a serviço da humanidade.

6. Referências

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *A grande tradição II: governar e ser governado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. (Doutrinas essenciais de direito constitucional)

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia, ato nulo e ato ilícito, diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal, necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. (Doutrinas essenciais obrigações e contratos)

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O enriquecimento injusto como princípio geral do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1. (Doutrinas essenciais de direito administrativo)

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. Barueri: Manole, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *'Brançosos' e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. Politics and the reconstruction of the concept of civil society. In: HONNETH, A. et al. (Orgs.). *Zwischenbetrachtungen: Im Proze der Aufklärung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1989.

DERRIDA, Jacques. *Edmund Husserl's origin of geometry: an introduction*. Trad. John P. Leavey JR. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.

DINIZ, Eli. Governabilidade. Democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 3, v. 38, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. Introdução. In: José Eduardo Faria (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans. *Verdade y método: fundamentos de una hermenêutica filosófica*. Salamanca: 1991.

GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Trad. Roitman y María de la colina. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Ciepp, 2005.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 2014.

HELD, David. *Democracy and global order*. Cambridge: Polity Press, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

IRTI, Natalino. *A ordem jurídica de mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 8. (Doutrinas essenciais de direito empresarial)

JAMESON, Fredric. A estética da singularidade. In: WOLF, Eduardo (org.). *Pensar a filosofia*. Porto Alegre: Arquipélago, 2013.

JAYME, Erik. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. Trad. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

_____. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. vol. III.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana: Iteso, 1996.

_____. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARQUES, Cláudia Lima. *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. (Doutrinas essenciais de direito do consumidor)

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, jan.-mar. 2003.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 94, 2014.

_____. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 104, v. 25, p. 203-255, mar.-abr., 2016.

MATTEUCCI, Nicola. *Lo stato moderno*. Bologna: Il Mulino, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2007. (tomo I)

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. I.

MORIN, Edgar. *O problema epistemológico da complexidade*. Lisboa: Europa-América, 2002.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Direito constitucional como cultura, pluralismo e cooperativismo cosmopolita*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 9. (Doutrinas essenciais de direito constitucional)

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NORA, Pierre. *Les lieux de mémoires*. Paris: Gallimard, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos: estado de derecho y Constitución*. Madrid: Technos, 1984.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCASOLANO, María Méndez. Movimientos migratórios y derechos humanos de los extranjeros: entre el impuso de la supervivência y la dignidade de persona. *Revista de direito brasileira*, São Paulo, v. 1, 2011.

RODRIGUES, Cunha. *Lugares do direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SALAMA, Pierre. Novas formas da pobreza na América Latina. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial*. Buenos Aires: CLACSO, 2008.

SANTOS, Boaventura Souza. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, 1996.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, governança e democracia: criação da capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil pós-constituente. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 3, v. 40, 1997.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, 1998.

SKLAIR, Leslie. *Sociology of the Global State*. Londres: Prentice Hall, 1995.

SQUIRRA, Sebastião. Sociedade do conhecimento. In: MELO, Marques de; SATHER, Luciano (Orgs.) *Direitos à comunicação na sociedade da informação*. São Bernardo: Umesp, 2005.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 1996.

Autores convidados.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180001

59-85

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

**IMAGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO
BRASILEIRO NA IMPRENSA ESCRITA:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DO
JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO**

CASSIO HENRIQUE AFONSO DA SILVA
CAMILA MATTARELLI DE ABREU E SILVA
FRANCISCO EDUARDO DE CASTRO

IMAGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA IMPRENSA ESCRITA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO

IMAGE OF BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTION SERVICE IN WRITTEN PRESS:
AN APPROACH FROM FOLHA DE SÃO PAULO

CASSIO HENRIQUE AFONSO DA SILVA

Oficial do MP
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
cassio@mpmg.mp.br

CAMILA MATTARELLI DE ABREU E SILVA

Analista em Sociologia
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
camilaabreu@mpmg.mp.br

FRANCISCO EDUARDO DE CASTRO

Analista Judiciário
Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, Maranhão, Brasil
francisco.castro@trt16.jus.br

RESUMO: O artigo busca analisar a imagem do Ministério Público brasileiro veiculada por um jornal de grande circulação, a Folha de São Paulo, tendo como recorte temporal o segundo semestre de 2013. Conforme apontado pela doutrina, o Ministério Público experimentou, a partir da década de oitenta, uma profunda mudança institucional, num processo que se consolida após a promulgação da Constituição de 1988. O presente trabalho procura, a partir dessa constatação, investigar se, e de que forma, tais transformações têm sido retratadas por determinado segmento da imprensa brasileira, aqui representado pelo jornal Folha de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; perfil institucional; imprensa; pesquisa empírica.

ABSTRACT: The paper analyses the image of Brazilian Public Prosecution Service conveyed by a newspaper of wide circulation, Folha de São Paulo, having as temporal term the second half of 2013. According to the doctrine, the Public Prosecution Service experienced, from the eighties, a profound institutional change, in a process that has been consolidated after the promulgation of the 1988 Constitution. This paper seeks, from this observation, to investigate if, and in what way, such changes have been reflected by a certain segment of the Brazilian press, represented here by the newspaper Folha de São Paulo.

KEYWORDS: Public Prosecution Service; institutional profile; press; empirical research.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Mudança institucional do Ministério Público. 3. Ministério Público e mídia. 4. Metodologia. 5. Análise dos dados. 5.1. Área de atuação. 5.2. Forma de atuação. 6. Divisão constitucional do Ministério Público nas matérias. 7. Forma de menção da instituição na matéria. 8. Conclusões. 9. Referências.

1. Introdução

A Constituição de 1988 consagra, do ponto de vista institucional, uma série de transformações pelas quais vinha passando o Ministério Público brasileiro nos anos que lhe antecederam. Levando em conta, de um lado, essas transformações e, de outro, a importância do papel da imprensa na divulgação das atividades da Instituição, tanto no que diz respeito ao seu fortalecimento quanto do ponto de vista de sua aproximação com a sociedade civil, procura-se, no presente trabalho, responder às seguintes indagações:

Como o Ministério Público brasileiro tem sido retratado pela mídia ou, ao menos, pelo segmento da mídia impressa aqui representado pelo Jornal Folha de São Paulo?

Haveria uma tendência a uma maior divulgação da atuação criminal, cível ou das correspondentes às áreas especializadas?

As notícias revelariam uma atuação mais aproximada ao modelo resolutivo ou ao modelo demandista?

As mudanças ocorridas tanto no que diz respeito à ampliação das áreas de atuação (defesa dos direitos difusos e coletivos) quanto no tocante às novas formas de atuação (como a solução extrajudicial de conflitos) têm sido noticiadas?

As notícias têm refletido o papel da Instituição como agente importante no combate à corrupção?

No presente trabalho, a busca pelas respostas a tais questionamentos se deu a partir de um estudo qualitativo e quantitativo em que foram analisadas 148 notícias envolvendo a Instituição publicadas nos seis últimos meses do ano de 2013 pela Folha de São Paulo, jornal de maior circulação no país.

Apesar de se tratar de apenas um órgão da imprensa e não obstante o limite temporal aqui considerado, busca-se contribuir com as investigações a respeito das relações entre mídia e Ministério Público que possam levar a uma melhor compreensão do perfil da atuação institucional noticiado pelos meios de comunicação.

2. Mudança institucional do Ministério Público

Para entender as mudanças institucionais experimentadas pelo Ministério Público brasileiro nos últimos anos, é importante traçar, em linhas gerais, sua evolução histórico-legislativa.

As raízes do Ministério Público no Brasil podem ser encontradas no ordenamento em vigor em Portugal durante o período colonial. Em 1521, as Ordenações Manuelinas já dispunham sobre a figura do promotor de justiça, que atuava como fiscal da lei, atribuição que, ao lado de promover a acusação criminal, aparece também nas Ordenações Filipinas de 1609.

É, entretanto, apenas com o Código de Processo Criminal do Império (1832) que se encontra um primeiro tratamento mais aprofundado a respeito das funções do Ministério Público no Brasil, ao atribuir ao promotor a função de órgão da sociedade e titular da ação penal, com competência para:

[...] denunciar os crimes públicos e policiais, o crime de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado, homicídio ou tentativa, ferimentos com qualificações, roubos, calúnias, injúrias contra pessoas várias, bem como acusar os delinquentes perante os jurados; solicitar a prisão e punição dos criminosos e promover a execução das sentenças e

mandados judiciais; dar parte às autoridades competentes das negligências e prevaricações dos empregados na administração da justiça. (MACEDO, 1995, p. 69).

Mais tarde, o Código de Processo Civil de 1973 deu também tratamento sistemático à Instituição, conferindo-lhe o papel de fiscal da lei nas seguintes causas:

I – causas em que há interesses de incapazes; II – causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. (MACEDO, 1995, p. 73).¹

A Emenda Constitucional nº 7/77, que alterou a Constituição de 1969, autorizou o Ministério Público a se organizar em carreira por leis estaduais, enquanto a Lei Complementar nº 40/81 inaugurou um novo perfil do Ministério Público como “Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado [...] responsável pela ordem jurídica e os interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis.” (MACEDO, 1995, p. 74).

A Lei nº 6.938/81 trouxe a possibilidade de propositura de ação de indenização ou reparação de danos causados ao meio ambiente, habilitando o Ministério Público à propositura de ação de responsabilidade civil e criminal. (MACEDO, 1995, p. 74).

1 As seguintes leis também dispuseram sobre a atuação do Ministério Público como fiscal da lei: Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 1.533 de 31/12/51, artigo 10), Lei de Falências (Decreto-Lei nº 661/45 de 21/06/45, artigo 210), Lei de Ações Populares (de 29/06/65), Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68 de 25/10/68, artigo 9), Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73, de 31/12/73, artigos 57, 67, §1º, 76, § 30, 109, 200, 213, § 3º), Lei de Acidentes do Trabalho (Lei nº 5.638/70 e posteriormente leis nº 6.367/76 e nº 8.213/91). (MACEDO, 1995, p.73).

Mudança de enorme importância foi trazida pela Lei nº 7.347/1985, que legitimou o Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas em defesa dos interesses difusos e coletivos, criando um canal para que fossem levadas ao Judiciário grandes questões do direito de massas e conflitos sociais coletivos, conferindo-lhe poder para instaurar inquérito civil em caso de dano a interesse ambiental, paisagístico e do consumidor.

Mas, sem dúvida, o principal marco normativo na história recente da Instituição foi a Constituição de 1988, que acolheu o pensamento dominante entre seus membros expressos na chamada “Carta de Curitiba”, delineando novo perfil institucional, definindo o Ministério Público como “Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Definiu, ainda, como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, conferindo-lhe autonomia funcional e administrativa e assegurando aos seus membros as mesmas garantias devidas aos membros do Poder Judiciário.

Para Gregório Assagra de Almeida (2012, p. 52) a Constituição de 1988 (assim como a ampla legislação correlata que lhe seguiu²), foi a maior conquista do Ministério Público brasileiro, fato que, segundo o autor, determinou uma modificação na postura da Instituição, deslocando-a da sociedade política, em que exercia papel de órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, em que assume papel de defensor da sociedade.

2 “[...] pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89), da criança e do adolescente (Lei 8.069/90), do consumidor (Lei 8.078/90), do patrimônio público (Lei 8.429/92 e Lei 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei 8.884/94), do Idoso (Lei 10.741/03) etc.” (ALMEIDA, 2012, p.52).

Esse deslocamento, de caráter funcional, seria devido a três razões fundamentais: a primeira, de cunho social, diz respeito ao compromisso histórico assumido com a sociedade, dando origem à vocação da Instituição para atuar em sua defesa. Outra razão, de cunho político, refere-se à sua inclinação para a defesa do regime democrático. A última, de caráter jurídico, diz respeito às prerrogativas conferidas pela Constituição de 1988, como “autogestão administrativa, orçamentária e funcional e [...] atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.” (ALMEIDA, 2012, p. 53).

De acordo com Marcelo Goulart (1998), dentro desse novo perfil é possível trabalhar dois diferentes modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo.

O modelo demandista seria aquele em que a atuação institucional se dá, principalmente, perante o Poder Judiciário. Na esfera penal essa atuação limitar-se-ia ao ajuizamento de ações a partir de investigações realizadas pela Polícia Judiciária ou pela realização do acompanhamento da instrução processual. Como característica dessa forma de atuação, segundo o autor, está o fato de ser atomizada, não havendo trabalho de equipe. Como no modelo demandista “o crime e o criminoso só existem no mundo do processo e a criminalidade é desconsiderada enquanto fenômeno social” (GOU-LART, 1988, p. 119), a atuação de acordo com esse modelo seria ineficaz, pois não seria adequada para lidar com o crime organizado e a criminalidade difusa que, por isso, ficariam fora do alcance do Sistema de Justiça Criminal.

Já no âmbito cível, ainda de acordo com o modelo demandista delineado por Marcelo Goulart, a atuação se dá sobretudo pela propositura de ações civis públicas, bem como pelo exercício do papel de fiscal da lei. Nesse modelo, mais voltado ao âmbito processual, o inquérito civil e os procedimentos ad-

ministrativos seriam apenas instrumentos de coleta de provas com o objetivo de embasar as ações civis públicas. Haveria, desse modo, uma transferência das questões que a sociedade leva ao Ministério Público para o Poder Judiciário decidir. Ou seja, também aqui o resultado seria a pouca efetividade desse tipo de atuação, dificultando a defesa dos novos direitos consagrados pela Constituição de 1988.

Devido a essa pouca efetividade, Goulart (1998) defende que o modelo demandista deveria ser substituído pelo modelo resolutivo, segundo o qual, na esfera penal o Ministério Público não poderia depender apenas das iniciativas das polícias judiciárias, devendo assumir a direção da investigação criminal, produzindo diretamente as provas da persecução penal e controlando as investigações realizadas pela polícia. Além disso, seria importante que os promotores atuassem de forma conjunta e organizada no combate à criminalidade difusa.

Já na esfera cível, o Ministério Público resolutivo não pode depender de decisões judiciais, devendo buscar a solução direta das questões que contemplem interesses sociais, coletivos e difusos por meio de instrumentos como os procedimentos administrativos e inquéritos civis. Deve buscar esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas antes de propor a ação, procurando ajustar condutas e fazer acordos no sentido da afirmação de valores democráticos e realização prática dos direitos sociais. (GOULART, 1998).

Em síntese, de acordo com o autor, o Ministério Público deve:

- transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação;
- atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis
- local, regional, estatal, comunitário e global -, ocupando

novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas;

- transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da sociedade civil planetária.

- buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação). (GOULART, 1998, p. 122).

3. Ministério Público e mídia

Embora haja ainda poucos estudos tratando sobre as relações entre Ministério Público e mídia, algumas importantes contribuições foram realizadas, como é o caso do trabalho de Rogério Bastos Arantes (2009) que aborda o assunto ao discutir a atuação da Instituição no combate à corrupção no estado de São Paulo.

O autor ressalta o papel do jornalismo investigativo na elucidação de casos como o chamado “esquema Collor-PC” e o denominado “máfia dos fiscais” na cidade de São Paulo em 1999, cuja cobertura, segundo ele, teria inaugurado uma nova fase do jornalismo voltado à apuração de casos de corrupção, gerando um reforço mútuo entre o Ministério Público e a mídia durante aquele ano.

Em sua pesquisa, conclui Arantes (2009) que, apesar de realizar ações em prol da cidadania, o Ministério Público não seria uma instituição suficientemente aberta a demandas individuais de repercussão pública, afirmando que a proximidade entre mídia e Ministério Público poderia trazer benefícios para ambas as partes (ARANTES, 2009, p. 74).

Outro indício do fortalecimento mútuo entre mídia e Ministério Público apontado pela pesquisa de Arantes refere-se ao padrão de cobertura de casos de corrupção desenvolvido pelo jornal ‘Estado de São Paulo’, que se caracteriza pela sequência “jornalismo investigativo, divulgação do escândalo e legitimação posterior da denúncia por meio da entrada do Ministério Público no caso.” (ARANTES, 2009, p. 82).

A menção frequente às ações do Ministério Público nos noticiários seria também, segundo o autor, interessante do ponto de vista da difusão da imagem institucional e aumento de sua credibilidade, tendo como consequência ampliar o número de pessoas que procuram a Instituição com o objetivo de relatar irregularidades de que têm conhecimento. Além disso, essa relação mostra-se interessante também para a mídia, pois a repercussão dos fatos noticiados depende, em grande medida, da reação do Ministério Público diante deles.

Porém, o autor alerta que nem sempre as relações entre mídia e Ministério Público revelam-se amistosas, podendo a divulgação de informações que deveriam ser tratadas como sigilosas comprometer, em certos casos, o andamento de investigações.

Outra pesquisadora que contribuiu para a compreensão das relações entre mídia e Ministério Público foi Alzira Alves de Abreu (2005), para quem a mídia pode ajudar nas investigações ao obter informações que não seriam acessíveis através de meios formais, contribuindo para agilizar o andamento das mesmas.

A pesquisadora aponta outras vantagens que a visibilidade proporcionada pela mídia confere ao Ministério Público, como a oportunidade de fortalecimento de sua imagem e a possibilidade de prestar contas à sociedade. Neste sentido, “os promotores são apresentados pela mídia como defensores da população, da justiça e dos excluídos” (ABREU, 2005,

p. 101). Essa imagem tende a favorecer a Instituição, que passa a auferir maior confiança e credibilidade perante a população, angariando apoio para suas ações.

Segundo a autora, para a mídia essa relação seria positiva ao concretizar o princípio de que o jornalismo deve ter uma utilidade social e o acesso à informação permitiria aos cidadãos terem, também, maiores possibilidades de acesso ao direito e à justiça.

Mas Abreu (2005) chama a atenção para alguns problemas que a relação com a mídia pode ocasionar ao Ministério Público. Segundo ela, o processo de redemocratização favoreceu a prática do jornalismo investigativo, o que poderia ser ainda mais positivo se os jornalistas, de maneira geral, dispusessem de tempo e recursos suficientes para averiguar adequadamente suas fontes, evitando o denunciismo, que consiste na divulgação de notícias pouco confiáveis e sensacionalistas.

A autora aponta ainda a necessidade de cautela para que as informações não sejam reveladas antes da conclusão das investigações, comprometendo seu andamento e dando azo a prejulgamentos antes do efetivo deslinde dos casos pelo Poder Judiciário.

Em sua pesquisa, Abreu (2005, p. 19) faz algumas considerações que são também objeto de preocupação do presente artigo. Primeiramente, a autora conclui que os meios de comunicação tratariam de forma quase exclusiva da atuação penal do Ministério Público. Outra questão é a de que haveria maior destaque para notícias envolvendo temas políticos e financeiros em que personalidades da vida pública estejam envolvidos, sendo os conflitos cotidianos noticiados de modo mais destacado apenas quando de grande intensidade dramática. A tendência seria, ainda, dar pouco realce a casos individuais de pessoas pobres, a não ser quando envolva grande número de pessoas mortas.

Maria Tereza Sadek (2008), outra autora que se debruçou sobre o tema, acredita que desde a Constituição de 1988 a atuação do Ministério Público tem se tornado cada vez mais visível, sujeitando a Instituição tanto a apoios quanto a críticas.

Os apoios viriam principalmente da imprensa e de setores da sociedade civil organizada e consistem em argumentos no sentido de que as atribuições da Instituição são importantes para a construção de um estado e de uma sociedade democráticos. O Ministério Público seria visto como guardião da cidadania, dos interesses sociais e individuais, importante no combate à improbidade administrativa, aos desmandos da corrupção, atuante na defesa do meio ambiente, de políticas igualitárias, entre outros. Como exemplo, a autora lembra o caso da chamada “lei da mordaca”. Poderíamos também citar a questão da rejeição da PEC-37 no seio das manifestações de 2013.

No entanto, de acordo com Sadek, o discurso de aprovação é menos frequente do que as críticas e não tem sido forte o suficiente para criar apoios sólidos em defesa da Instituição.

Neste sentido, a autora considera que mais informação sobre a Instituição poderia significar uma ampliação das possibilidades de acesso da população ao trabalho por ela desenvolvido, dando como exemplo a falta de informações sobre a utilização dos termos de ajustamento de conduta, instrumento que denota o empenho do Ministério Público em solucionar conflitos.

Daí a importância, segundo Sadek, das áreas de comunicação institucional que, ao divulgarem de maneira eficiente as

ações desenvolvidas como um todo, evitam que casos negativos isolados divulgados pela imprensa possam prejudicar a imagem da Instituição, já que

[...] é mais do que sabido que a atenção pública prioriza o desvio e que, a partir dele, constroem-se generalizações. Para o contra-ataque, contudo, seria necessário que existisse um número mínimo de informações, inclusive para mostrar que um caso desviante é, de fato, desviante e não a regra. (SADEK, 2008, p. 137).

4. Metodologia

A amostra das notícias foi determinada segundo a técnica conhecida como ‘semana construída’ (MEDITSCH; SEGALA, 2004), da seguinte maneira: inicialmente, com a utilização do software de planilha eletrônica ‘Calc’, realizou-se uma seleção aleatória de um número de 1 a 7, indicando a partir de qual dia da semana seria iniciada a coleta da amostra. O número sorteado foi 4. Verificou-se então, pelo calendário do mês de início da amostra (julho de 2013), que o dia 4 desse mês foi uma quinta-feira, que se tornou o primeiro dia da amostra.

De acordo com o procedimento relativo à técnica acima referida, foi selecionado para compor a amostra a sexta-feira da semana subsequente (12/07/2013). Na semana seguinte o dia selecionado foi o sábado (20/07/2013) e assim sucessivamente até o fim do período analisado, ou seja, dezembro de 2013. Na tabela 1 indicamos todos os dias que compuseram a amostra.

Tabela 1 – Datas selecionadas na amostra

Quinta	Sexta	Sábado	Domingo	Segunda	Terça	Quarta
04/07/13	12/07/13	20/07/13	28/07/13	05/08/13	13/08/13	21/08/13
29/08/13	06/09/13	14/09/13	22/09/13	30/09/13	08/10/13	16/10/13
24/10/13	01/11/13	09/11/13	17/11/13	25/11/13	03/12/13	11/12/13
19/12/13	27/12/13					

Uma vez estabelecida a amostra, foi realizada uma busca na versão digital do jornal impresso pelos seguintes termos: “ministério público”, “promotor”, “promotora”, “procurador” e “procuradora”.

As notícias encontradas foram selecionadas, com exceção daquelas que embora apresentassem algum desses termos não dissessem propriamente respeito ao assunto estudado.

A partir desse procedimento, 148 notícias foram selecionadas.

A pesquisa foi realizada conforme os procedimentos da chamada ‘técnica de análise de conteúdo’, por meio da utilização do software de análise de dados qualitativos ‘NVivo’. A análise de conteúdo, segundo Bardin consiste em

[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens. (BARDIN, 1977, p. 42).

As notícias foram classificadas a partir dos seguintes critérios (aqui denominados ‘nós’): área de atuação e forma de atuação, conforme mostrado pelas figuras 1, 2 e 3.

Finalmente, foram feitas três outras análises: uma sobre a distribuição das notícias conforme a divisão constitucional da Instituição, ou seja, Ministério Público Estadual e Ministério Público da União; a segunda, também com base nessa divisão, buscou

verificar de que forma a Instituição foi tratada pelas matérias, se de forma tácita ou expressa; finalmente, uma terceira análise abordou a questão das críticas à Instituição nas notícias.

Figura 1 – Nós principais

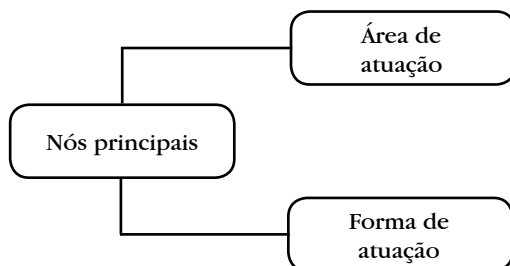


Figura 2 – Área de atuação

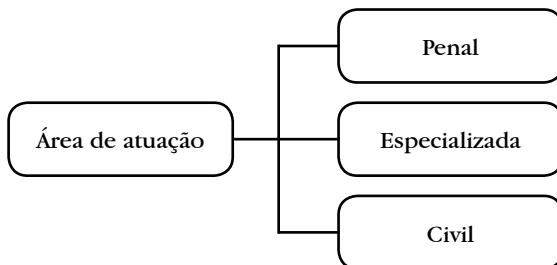
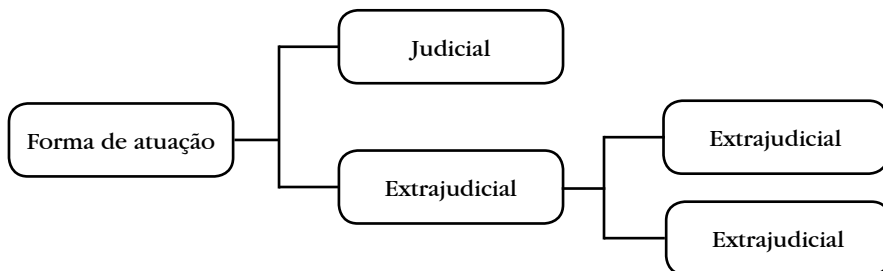


Figura 3 – Forma de atuação



5. Análise dos dados

5.1. Área de atuação

Através do nó ‘áreas de atuação’ procurou-se identificar quais áreas foram mais noticiadas.

Acompanhando a divisão disposta pela Lei Complementar nº 34/94, que dispõe sobre a organização do Ministério Público de Minas Gerais, as áreas de atuação foram classificadas em: penal, civil e especializada. O resultado é o indicado pela tabela 2.

Tabela 2 – Frequência por área de atuação

	Sim	Não	Total
Penal	45 (30%)	103 (70%)	148 (100%)
Especializada	119 (81%)	29 (19%)	148 (100%)
Civil	0 (0%)	148 (100%)	148 (100%)

Como se pode verificar, 81% das notícias referiram-se à atuação especializada e 30% à atuação penal³, não havendo nenhuma notícia referente à área cível⁴. Os resultados mostraram que as matérias refletem, de certa forma, as transformações no perfil da Instituição acima expostas, haja vista o grande percentual representado pelas áreas de atuação especializada.

3 A coluna ‘sim’ da tabela 2 totalizou mais de 100%, o que se explica pelo fato de uma mesma notícia poder referir-se a mais de uma área de atuação.

4 Acompanhando a divisão da Lei Complementar nº 34/94, que dispõe sobre a organização do Ministério Público de Minas Gerais, ‘cível’ foi aqui considerado como referindo-se a Fazenda Pública, Família, Falências e Concordatas, Sucessões e Registros Públicos.

Tabela 3 – Frequência de notícias por área de atuação especializada

	Sim	Não	Total
Patrimônio Público	62 (52,1%)	57 (47,9%)	119 (100%)
Eleitoral	10 (8,4%)	109 (91,6%)	119 (100%)
Consumidor	9 (7,5%)	110 (92,5%)	119 (100%)
Habitação e Urbanismo	8 (6,7%)	111 (93,3%)	119 (100%)
Meio Ambiente	6 (5,0%)	113 (95,0%)	119 (100%)
Fiscalização da Atividade Policial	6 (5,0%)	113 (95,0%)	119 (100%)
Saúde	5 (4,2%)	114 (95,8%)	119 (100%)
Fundações	5 (4,2%)	114 (95,8%)	119 (100%)
Direitos Humanos	4 (3,4%)	115 (96,6%)	119 (100%)
Conflitos Agrários	3 (2,5%)	116 (97,5%)	119 (100%)
Trabalho	3 (2,5%)	116 (97,5%)	119 (100%)
Infância e Juventude	3 (2,5%)	116 (97,5%)	119 (100%)
Educação	3 (2,5%)	116 (97,5%)	119 (100%)
Patrimônio Histórico e Cultural	2 (1,7%)	117 (98,3%)	119 (100%)
Ordem Econômica e Tributária	2 (1,7%)	117 (98,3%)	119 (100%)
Indígenas	1 (0,8%)	118 (99,2%)	119 (100%)
Idoso	0 (0%)	119 (100%)	119 (100%)
Deficiente	0 (0%)	119 (100%)	119 (100%)
Apoio Comunitário	0 (0%)	119 (100%)	119 (100%)

A tabela 3 mostra a distribuição das notícias referentes à atuação especializada. A maior parte disse respeito à defesa do Patrimônio Público (52,1%), principalmente combate à corrupção, abordando questões como irregularidades na dispensa de licitação, fraudes em licitações, desvio de dinheiro público, enriquecimento ilícito, fraude no recolhimento de impostos, dentre outros assuntos, mostrando que o jornal retratou, no período analisado, uma imagem do Ministério Público brasileiro como instituição importante no combate à corrupção.

Em seguida, ficaram as áreas referentes à atuação eleitoral (8,4%), consumidor (7,5%) e habitação e urbanismo (6,7%).

No que se refere à atuação eleitoral, as matérias trataram principalmente sobre questionamentos de contas eleitorais, propaganda extemporânea e denúncias de fraudes.

Já sobre a defesa do consumidor, boa parte referiu-se à proibição de determinadas torcidas organizadas frequentarem estádios.

Quanto à área de habitação e urbanismo, fizeram-se presentes notícias sobre a situação do transporte público, como proibição de circulação de táxis nos corredores de ônibus da capital paulista e outras sobre a possibilidade de se portar bicicleta no metrô e acesso especial para ciclistas em algumas estações.

Com presença em 5,0% das notícias cada, as áreas do Meio Ambiente e Fiscalização da Atividade Policial também merecem destaque.

Quanto ao Meio Ambiente, as matérias trataram de casos como as suspeitas de irregularidade no aterramento da área de manguezal denominada “Campus Fidei”, onde seria realizada a vigília e a missa de encerramento da Jornada Mundial da Juventude; foi noticiada, ainda, a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta com a finalidade de colocar fim às ações civis propostas pelo Ministério Público contra a petroleira Chevron por ocasião do vazamento de petróleo na Bacia de Campos em 2011.

Quanto à fiscalização da atividade policial, a maior parte das matérias tratou sobre a questão penitenciária, principalmente acerca dos problemas relacionados ao Presídio de Pedrinhas, no Maranhão. Houve também notícias sobre as ações do Ministério Público em relação à atuação policial nas manifestações populares ocorridas ao longo de 2013, tanto no sentido de condenar abusos dos policiais quanto de considerar a necessidade de atuação conjunta entre Polícia e

Ministério Público com o objetivo de evitar depredações por parte dos manifestantes.

A atuação nas áreas da Saúde e Fundações também foi retratada, com 4,2% das notícias cada.

No caso da saúde, houve notícia referente à apresentação, pelo Ministério Público, de um plano de recuperação financeira hospitalar, sendo também noticiada investigação em empresas de plano de saúde autuadas pela Agência Nacional de Saúde, a apuração de irregularidades no “Programa Mais Médicos” e a possibilidade de propositura de ação em caso de não fornecimento de medicamentos receitados a pacientes.

Ainda no que se refere às áreas especializadas, foram noticiados casos de conflitos agrários, questões trabalhistas, infância e juventude, educação e direitos humanos, equivalendo cada uma a 2,5% das matérias analisadas.

As áreas do patrimônio histórico e cultural, indígenas e ordem econômica e tributária apresentaram, cada uma delas, duas ou menos menções.

Tabela 4 – Frequência de notícias por área de atuação penal

	Sim	Não	Total
Homicídio	17 (37%)	28 (63%)	45 (100%)
Tráfico de Drogas	4 (9%)	41 (91%)	45 (100%)
Sequestro	2 (4%)	43 (96%)	45 (100%)
Sistema Financeiro	2 (4%)	43 (96%)	45 (100%)
Tráfico de Pessoas	1 (2%)	44 (98%)	45 (100%)
Formação de Quadrilha	1 (2%)	44 (98%)	45 (100%)
Formação de Quartel	1 (2%)	44 (98%)	45 (100%)

A tabela 4 mostra a distribuição das notícias referentes à área penal de atuação, mostrando que a maior concentração de matérias está relacionada a casos de homicídio e tráfico de drogas.

5.2. Forma de atuação

Através do nó ‘forma de atuação’ procurou-se investigar como as notícias retrataram a atuação judicial e extrajudicial da Instituição. Vale ressaltar que, para efeitos do presente trabalho, todas as atividades noticiadas que não implicavam atuação perante o Poder Judiciário foram classificadas como extrajudiciais. A forma de atuação extrajudicial foi, por sua vez, subdividida em ‘extrajudicial administrativa’ e ‘extrajudicial resolutiva’.

Na subcategoria ‘extrajudicial administrativa’ foram classificadas as seguintes formas de atuação: inquérito civil, investigação penal, outras investigações⁵, notícias de fato e diligências.

Como ‘extrajudiciais resolutivas’ foram classificadas as audiências públicas, atuações conjuntas com outras instituições, decisões administrativas, mediações de conflitos e termos de ajustamento de conduta.

Tabela 5 – Menção à forma de atuação nas notícias analisadas

	Sim	Não	Total
Extrajudicial	81 (58%)	58 (42%)	139 (100%)
Judicial	66 (47%)	73 (53%)	139 (100%)

⁵ Foram classificadas como ‘outras investigações’ as notícias que fizeram menção a atividades de investigação mas que não deixaram claro se tratavam de investigação penal ou inquérito civil.

Das 139 notícias que puderam ser classificadas na categoria ‘forma de atuação’, verifica-se, de acordo com a tabela 5, que a maior parte (58%) refere-se à atuação extrajudicial, cujo desdobramento é o mostrado pela tabela 6.

Tabela 6 - Forma de atuação extrajudicial

	Sim	Não	Total
Extrajudicial Administrativo	65 (47%)	74 (53%)	139 (100%)
Extrajudicial Resolutivo	15 (11%)	124 (89%)	139 (100%)

Percebe-se que o jornal refletiu, no período analisado, maior atuação extrajudicial administrativa que resolutiva. A tabela 7 mostra a distribuição das atividades relativas à atuação extrajudicial administrativa nas notícias.

Tabela 7 - Forma de atuação extrajudicial administrativa

	Sim	Não	Total
Investigações (outras)	28 (43%)	37 (57%)	65 (100%)
Investigação Penal	13 (20%)	52 (80%)	65 (100%)
Inquérito Civil	8 (12%)	57 (88%)	65 (100%)
Notícia de Fato	8 (12%)	57 (88%)	65 (100%)
Diligência	5 (8%)	60 (92%)	65 (100%)

Como se pode observar, as atividades de investigação (levando em conta as categorias ‘outras investigações’, ‘investigação penal’ e ‘inquérito civil’) tiveram grande presença nas notícias analisadas.

A tabela 8 mostra a distribuição das notícias classificadas na forma de atuação “extrajudicial resolutiva”.

Tabela 8 – Forma de atuação extrajudicial resolutive

	Sim	Não	Total
Mediação	6 (38%)	9 (62%)	15 (100%)
TAC	4 (27%)	11 (73%)	15 (100%)
Decisão Administrativa	3 (20%)	12 (80%)	15 (100%)
Audiência Pública	2 (13%)	13 (87%)	15 (100%)
Atuação Conjunta	2 (13%)	13 (87%)	15 (100%)

A ‘atuação conjunta’ mostrada pela tabela 8 disse respeito, em um caso, à união de esforços entre o governo do Rio de Janeiro e o Ministério Público para cuidar da questão do vandalismo nas manifestações. O outro caso referiu-se à atuação do Ministério Público conjuntamente à Defensoria Pública, Advocacia e Organizações Não-Governamentais para tratar do problema da falta de vagas em creches na cidade de São Paulo.

A distribuição das matérias relacionadas à atuação judicial é a mostrada pela tabela 9.

Tabela 9 – Forma de atuação judicial

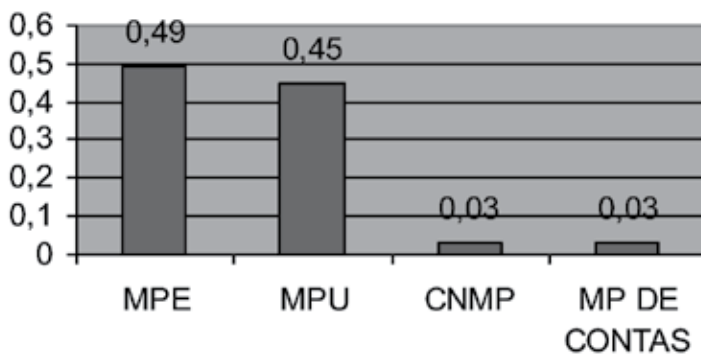
	Sim	Não	Total
Ação Civil	19 (29%)	47 (71%)	66 (100%)
Ação Penal	35 (53%)	31 (47%)	66 (100%)
Fiscal da Lei	5 (8%)	61 (92%)	66 (100%)

Verifica-se, pela análise das tabelas do presente item, que a atuação extrajudicial foi mais retratada que a atuação judicial, fato que se deve, principalmente, à maior frequência de matérias relacionadas à atuação extrajudicial administrativa, em que estão classificadas as investigações de modo geral.

6. Divisão constitucional do Ministério Público nas matérias

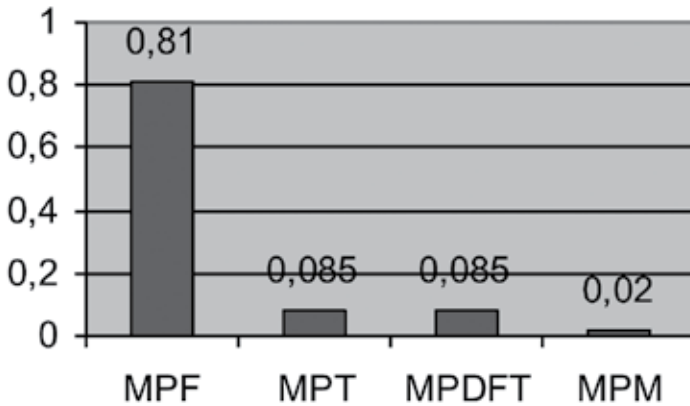
Este tópico teve por objetivo verificar o quantitativo de matérias tratou de cada ramo do Ministério Público no país, ou seja, o Ministério Público Estadual e o Ministério Público da União, sendo também consideradas notícias sobre o Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério Público de Contas.

Gráfico 1 – Divisão do Ministério Público
(Incluindo CNMP e MP de Contas)



Conforme mostrado pelo gráfico 1, o Ministério Público Estadual como um todo respondeu por 49% das matérias analisadas, ficando o Ministério Público da União com 45%. Conselho Nacional do Ministério Público e Ministério Público de Contas responderam por 3% das notícias cada um.

Gráfico 2 – Ramos do Ministério Público da União



Quanto às divisões do Ministério Público da União, o Ministério Público Federal foi o que mais apareceu, com 81% das referências. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Ministério Público do Trabalho representaram 8,5% das notícias cada um, representando o Ministério Público Militar apenas 2% das notícias (gráfico 2).

7. Forma de menção da Instituição na matéria

O objetivo deste tópico foi verificar como as matérias mencionaram a Instituição conforme a divisão referida no item 6. Buscou-se, em suma, analisar se a Instituição foi tratada de maneira genérica ou se as notícias tiveram a preocupação de explicitar a qual ramo ou divisão do Ministério Público se referiram, questão considerada relevante tendo em vista a influência do jornal na percepção dos leitores.

Conforme explicitado pela tabela 11, verificou-se que, em relação ao Ministério Público Estadual, apenas 36% das men-

ções foram expressas, sendo o restante objeto de inferência por parte dos autores do presente artigo.

Já o Ministério Público Federal apresentou proporção inversa, com 72% de menções expressas e apenas 28% não expressas.

Ministério Público do Trabalho, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Conselho Nacional do Ministério Público e Ministério Público de Contas apareceram de forma expressa em todas as matérias, havendo-se que levar em consideração, no entanto, o reduzido número de notícias em que apareceram, observação válida, também, em relação ao Ministério Público Militar, que foi objeto de apenas uma matéria, de forma não expressa.

Tabela 10 – Frequência de menção expressa da Instituição na Matéria

	SIM	NÃO	TOTAL
MPE	23 (36%)	41 (64%)	64 (100%)
MPF	28 (72%)	11 (28%)	39 (100%)
MPT	4 (100%)	0 (0%)	4 (100%)
MPDFT	4 (100%)	0 (0%)	4 (100%)
MPM	0 (0%)	1 (100%)	1 (100%)
CNMP	4 (100%)	0 (0%)	4 (100%)
MP DE CONTAS	4 (100%)	0 (0%)	4 (100%)

8. Conclusões

Buscou-se, no presente trabalho, analisar a maneira como a atuação do Ministério Público foi retratada, em um momento específico, por um segmento da mídia impressa brasileira, no caso o jornal Folha de São Paulo.

A análise da amostra revelou que grande parte das notícias no período considerado disseram respeito à atuação especializada da Instituição, mostrando uma imagem diferente daquela que normalmente a vincula a uma atuação majoritariamente penal *stricto sensu*.

Além disso, as matérias refletiram o Ministério Público como Instituição bastante atuante nas atividades de investigação, sobretudo no que se refere aos casos relacionados à defesa do patrimônio público e ao combate à corrupção, fato que talvez explique o apoio da sociedade civil à rejeição da PEC-37 naquele momento.

Há que se destacar, entretanto, no período analisado, o baixo número de notícias atinentes à atuação resolutiva da Instituição, aqui considerada como aquela referente à realização de audiências públicas, mediação, estabelecimento de termos de ajustamento de conduta, entre outros, corroborando a observação de Maria Tereza Sadek no sentido de que informações sobre esse tipo de atuação nem sempre são divulgadas como deveriam.

Por outro lado, ao indicar um considerável número de notícias relacionadas tanto à atividade investigativa penal como ao inquérito civil, os resultados refletiram o que Marcelo Goulart considera também fazer parte do modelo resolutivo de atuação institucional, ou seja, aquele em que o Ministério Público procura, de forma eficaz, construir os elementos necessários à sua atuação, instrumentalizando-se para alcançar seus objetivos na defesa da sociedade, da democracia e dos direitos difusos e coletivos.

Como Instituição relevante, é natural que eventuais críticas também se fizessem presentes nas matérias, mas elas representaram apenas 5,3% das notícias, dizendo respeito, muitas

vezes, à atuação de um membro específico ou configurando-se como discordância ou reação a alguma determinação afeita à atuação institucional. Nesse sentido, consideramos que as notícias trataram positivamente a Instituição e refletiram, em grande medida, as transformações experimentadas pelo Ministério Público brasileiro nos últimos anos.

Ressalte-se, por fim, que, dado o recorte temporal aqui considerado, não estão refletidas nas notícias a atuação da Instituição no período pós Lava Jato, iniciado no ano de 2014, revelando a necessidade de que novas investigações sejam realizadas, a fim de repercutir a atuação ainda mais recente da Instituição, que teve grande impacto na mídia de modo geral.

9. Referências

ABREU, Alzira Alves. Mídia e Ministério Público: relações convergentes e conflituosas. In: Anais do XXIX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu, 25 a 29 de outubro de 2005. Disponível em: <<https://anpocs.com/index.php/papers-29-encontro/gt-25/gt11-10/3717-aaabreu-midia/file>>. Acesso em: 25 maio 2018.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 41-91.

ARANTES, Rogério Bastos. O Ministério Público e a corrupção política em São Paulo. In: SADEK, Maria Tereza. (Orgs.). *Justiça e cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edeistein de Pesquisas Sociais, 2009.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://edicaodigital.folha.com.br/home.aspx>>. Acesso em: jan./fev. 2014.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e democracia: teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

MACEDO, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza. *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edeistein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/4w63s/pdf/sadek-9788579820328.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

MEDITSCH, Eduardo; SEGALA, Mariana. Vozes do povo e vozes do poder: uma análise dos atores das notícias do principal telejornal brasileiro. *Revista prisma.com*, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://ojs.letras.up.pt/index.php/prisma-com/article/view/2146/1979>>. Acesso em: 25 maio 2018.

SADEK, Maria Tereza. *A construção de um novo Ministério Público Resolutivo*. Belo Horizonte: MPMG, 8 set. 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/135/constru%C3%A7ao%20novo%20mp_Sadek.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 maio 2018.

Artigo recebido em: 31/03/2014.

Artigo aprovado em: 30/05/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180002

89 - 130

Artigo

**A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCEDIMENTO EM
UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

LÍVIA QUINTÃO PIMENTA

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCEDIMENTO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE REASONABLE DURATION OF PROCEDURE
IN A DEMOCRATIC STATE OF LAW

LÍVIA QUINTÃO PIMENTA

Analista de Direito
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
livpimenta@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho tratará do direito a uma prestação jurisdicional de forma tempestiva em procedimento de duração razoável, livre de dilações indevidas, delimitando seus liames em relação ao Estado Democrático de Direito. Atualmente, não é permitido pensar em Direito Processual sem adequações às suas bases constitucionais e, por isto, far-se-á a aproximação entre Processo e Constituição, especificamente no que pertence à garantia da razoável duração do procedimento no Direito Constitucional brasileiro. Ademais, um processo célere não quer significar necessariamente um procedimento com razoável duração, ou seja, efetivo. A função jurisdicional é poder-dever do Estado, sendo direito fundamental do povo um provimento legítimo, obtido em procedimento sem dilações indevidas, que respeite o devido processo legal. O direito ao procedimento com duração razoável é impostergável, devendo ser respeitado sob pena de responsabilização do Estado pelo seu não cumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: processo; eficiência; duração razoável dos procedimentos; responsabilidade do estado; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The present paper aims to address the right to a judicial proceeding provided in a reasonable time, free of undue delay, limiting their bonds according the Democratic State of Law. Currently, it's not allowed to think about Procedural Law without adjustments to its constitutional basis and, therefore, will be made the appropriate approach between Process and Constitution, specifically in what concerns the guarantee of reasonable duration of the procedure in the Brazilian Constitutional Law. Moreover, a rapid process does not necessarily mean a procedure with reasonable duration, in other words, effective. Jurisdiction is power and duty of the State, being a fundamental right of the people to obtain a legitimate filling, obtained without undue delay in a procedure that respects the principle of Due Legal Process. The right to the procedure with a reasonable duration is imperative, and the State is responsible for its non-compliance.

KEYWORDS: due process; efficiency; reasonable duration of procedure; state responsibility; Democratic State of Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A duração razoável do procedimento como garantia fundamental conjugada com outros princípios do texto constitucional. 3. O vago conceito da Duração Razoável do Trâmite Procedimental. 4. O Princípio da Eficiência dentro da função jurisdicional de

um Estado Democrático de Direito a partir do comando da duração razoável do procedimento. 5. Princípios da Efetividade, Celeridade e Duração Razoável do Procedimento: três conceitos que não se confundem. 6. Os limites da responsabilidade do Estado pelas dilatações indevidas do procedimento. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A inserção do inciso LXXVIII no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição da República de 1988, operada pela Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, assegurou ao cidadão o direito-garantia fundamental de razoável duração do procedimento. Em outras palavras, por força do referido inciso, os cidadãos passaram a ter não apenas o direito à jurisdição, como também que esta seja exercida dentro de um lapso temporal razoável.

O objeto central do presente artigo consiste na análise teórica desse princípio constitucional e de seus desdobramentos quanto à aplicabilidade e operacionalidade no Direito Processual Democrático, já que na atualidade a morosidade judicial é severamente repudiada.

Contudo, definir a duração razoável do procedimento, bem como quais os meios que garantem a celeridade de tramitação, e ainda especialmente no âmbito do Direito Processual Civil, não é uma tarefa fácil. Trata-se de um princípio constitucional, e por isso deve ser primeiramente analisado sob o aspecto do Direito Constitucional como garantia fundamental.

Após tais ponderações, far-se-á necessário especificar os limites da responsabilidade civil do Estado na aplicação do princípio da duração razoável do procedimento dentro de um Estado Democrático de Direito, bem como analisar se a efetividade da prestação jurisdicional é uma obrigação, especialmente para aqueles a quem delegamos a importante missão de solucionar os conflitos.

2. A duração razoável do procedimento como garantia fundamental conjugada com outros princípios do texto constitucional

O princípio da duração razoável do procedimento surgiu expressamente entre as normas constitucionais apenas com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Contudo, a busca por procedimentos sem dilações indevidas, ou a razoável duração do procedimento, não é uma novidade na esfera jurídica. O primeiro texto supranacional que tratou do assunto foi a Convenção Europeia¹, para salvaguardar as liberdades fundamentais e o direito do homem, a qual foi assinada em 4 de novembro de 1950. Em seu artigo 6º, inciso I, prescreve:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Com isso, o direito à duração razoável passou a constar expressamente nos textos supranacionais. Após essa convenção, em 22 de novembro de 1969, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, que foi realizada em São José da Costa Rica, aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da

1 Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci ressaltam que foi a partir deste diploma legal que “o *direito ao processo sem dilações indevidas* passou a ser concebido como um direito subjetivo, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade à *prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável*, decorrente da proibição do *non liquet*.” (TUCCI; TUCCI, 1993, p. 103).

Costa Rica). Vale ressaltar que no Brasil o pacto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992, sendo promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Neste sentido, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, inciso I, estabeleceu o seguinte:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formalizada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Desta forma, foi a primeira vez que a expressão “duração razoável do procedimento” se incorporou em uma normatização brasileira. Ao impulso de tais considerações, percebe-se que a EC 45 não trouxe um preceito novo ao ordenamento jurídico².

A propósito da denominação dessa garantia, é preciso alertar para uma incorreção terminológica adotada repetidamente nos textos legais e doutrinários. Não se pode conceber uma duração razoável do “processo”, mas tão somente do procedimento. O processo é uma instituição constitu-

2 Anota Araken de Assis: “Não se pode emprestar à explicitação da duração razoável do processo o caráter de novidade surpreendente e, muito menos, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestadas pelo Estado brasileiro. Estudos do mais alto merecimento já defenderam, baseado em argumentos persuasivos, a integração ao ordenamento brasileiro do direito a prestação jurisdicional tempestiva, por meio da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.” (ASSIS, 2006, p. 195).

cionalizada³ e, nessa condição, é encarado como um verdadeiro direito-garantia fundamental da pessoa. Com isso, é inconcebível uma duração razoável do “processo”, por não ser possível ser mensurado no tempo, e tão somente na sua estrutura procedimental. Ao se cogitar então o princípio da duração razoável do “procedimento”, tem-se a denominação correta dentro do contexto democrático do processo constitucionalizado⁴.

Após importantes considerações, a grande inovação que a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe foi a constitucionalização do preceito da duração razoável, elevando-o a direito fundamental, pertencente às cláusulas pétreas. Nessa qualidade, a garantia da duração razoável do procedimento passa a ser intangível, sendo “garantia de permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais” (MELO, 2010, p. 69).

Os direitos e garantias fundamentais estão esculpidos no texto da Constituição da República de 1988. Conforme Marmelstein:

3 Conforme preconiza Rosemiro Pereira Leal: “O processo, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico). A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional.” (LEAL, 2004, p. 95-96).

4 Conforme Wagner Mendonça Bosque: “Conjunto principiológico de direitos fundamentais constitucionalizados. É nessa perspectiva que Rosemiro Pereira Leal apresenta o Processo, conceituando-o como ‘*instituição jurídica que, ao lado do Estado, do povo, da cidadania e da soberania popular, contém princípios próprios definidos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia*’, sem os quais não poderíamos teorizá-lo em parâmetros modernos de direito-garantia fundamental elevado à plataforma constitucional.” (BOSQUE, 2009, p. 27).

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e delimitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2009, p. 20).

Comporta aduzir que, se determinada norma jurídica tiver algum vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana⁵, e sendo esta reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, se enquadrará nos preceitos de um direito fundamental⁶.

Assim, a duração razoável do procedimento, vista como garantia fundamental, disciplinada no art. 5º, inciso LXXXVIII⁷, da Constituição Federal, apresenta características específicas que facilitam extremamente a sua proteção e efetivação judicial.

Com fulcro no § 1º do art. 5º da CR/88⁸, as normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais têm eficácia

5 Conceitua Ingo Sarlet Wolfgang: “Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (WOLFGANG, 2002, p. 62).

6 George Marmelstein: “Falar que os direitos fundamentais são normas constitucionais significa, por exemplo, aceitar a sua supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos direitos fundamentais), bem como realça a sua força normativa, elemento essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos [...]” (MARMELSTEIN, 2009, p. 21).

7 Art. 5º [...] LXXXVIII - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004).

8 Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

plena e imediata, portanto são diretamente vinculantes e exigíveis. Tem-se então um reforço constitucional, que vem com o objetivo de evitar o esvaziamento da eficácia normativa dos direitos fundamentais. É essencial dizer que, mesmo não havendo uma lei que regule a sua aplicabilidade, devem ser aplicados imediatamente de forma efetiva⁹.

Contudo, apesar de terem eficácia plena e imediata, os direitos e garantias fundamentais não podem ser vistos de forma absoluta. Na interpretação das normas que tratam deles, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, pois é por ele que são feitas ponderações e harmonizações de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, em vista das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso que se apresenta. Assim, o princípio da proporcionalidade constitui um instrumento indispensável ao aplicador das normas, especialmente daquelas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, para assim estabelecer limites e dirimir conflitos diante de casos concretos.

À luz das disposições anteriormente referidas, a razoável duração do procedimento deve estar atenta ao preceito do devido processo legal¹⁰. Assim, os legisladores e operadores do direito devem criar mecanismos que consigam repartir de maneira igualitária o fator tempo do procedimento, sem,

9 Como comenta Frederico Liserre Barruffini: “Com base em tais considerações e à luz da teoria da efetividade dos direitos fundamentais, entendemos que se deva atribuir aplicabilidade imediata e eficácia plena à garantia constitucional da duração razoável do processo, competindo ao intérprete, com o objetivo de lhe conferir máxima efetividade, a identificação dos meios possíveis para a consecução das finalidades a que a norma se destina, como, aliás, vem expressamente apregoado no art. 5, da LICC.” (BARRUFFINI, 2006, p. 272).

10 Conforme Ronaldo Brêtas C. Dias: “[...] o devido processo legal desponta como um bloco aglutinante e compacto de várias garantias fundamentais, a saber: o amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; do juízo natural; do contraditório; da plenitude de defesa e os meios a ela inerentes; da fundamentação racional das decisões jurisdicionais; e de um processo sem dilações indevidas.” (DIAS, 2005, p. 232).

no entanto, prejudicar as garantias já existentes. A cláusula do devido processo legal, para Cândido Rangel Dinamarco, “prossegue sendo repositório sintético de todas as garantias em particular, de modo que não será legítimo, por violação a ela, o processo que não atenda a qualquer uma delas.” (DINAMARCO, 2001, p. 181).

O princípio do devido processo legal exige que o processo seja julgado por um tribunal competente, com possibilidade de ampla defesa, produção de provas, em um procedimento de duração razoável. No Estado Democrático de Direito, é o devido processo legal que permite que os destinatários das normas fiscalizem a eficácia dos direitos e o seu conteúdo normativo, que, se “exercíveis a seu tempo e de modo ininterrupto (ao longo de uma fiscalidade processual difusa e irrestrita), teriam efeito preventivo das infracionalidades e da miséria social.” (LEAL, 2006, p. 216).

Nesse contexto, a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável garante o efetivo acesso à justiça, ou seja, o direito à prestação jurisdicional dentro de um tempo aceitável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva. Ensinam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico de todos os direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar o direito de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12)

Nota-se, pois, que a duração razoável do procedimento é manifestação do direito fundamental de acesso à justiça. Novamente, segundo Cappelletti e Garth:

O acesso não é apenas um direito fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Ora, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV¹¹, “não quer apenas dizer que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”. (MARINONI, 2000, p. 28).

É nesse diapasão que a duração razoável do procedimento incide de forma clara e profunda no princípio do acesso à justiça, ampliando a tutela jurisdicional, tornando-o mais efetivo. Assevera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] o direito fundamental do povo de acesso a jurisdição (CF, art. 5º, inc. XXXV), envolve o direito de obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável. Se descumprida esta recomendação, a função jurisdicional do Estado se qualifica, como inacessível ao povo, por não apresentar solução decisória em tempo útil, no processo que a provocou, em aberto desrespeito ao texto da Constituição (art. 5º, inc. LXXXVIII), impondo ao Estado a obrigação de reparar os danos causados, se o prejudicado a requerer em processo próprio. (DIAS, 2005, p. 232-233).

Destaca-se também o princípio da eficiência, outro princípio de envergadura constitucional que embasou a garantia da razoável duração do procedimento no âmbito interno da nossa ordem jurídica, inserido no artigo 37, *caput*: “A admi-

11 Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

nistração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. O princípio da eficiência constitui dever jurídico do Estado e, segundo Dias, “pressupõe por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização de meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, qual seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo.” (DIAS, 2005, p. 235).

Por todo o exposto, não resta dúvida que a duração razoável do procedimento seja uma norma de direito fundamental, mas ela deverá ser conjugada com outros postulados fundamentais previstos no texto constitucional. Além disso, o Estado Democrático de Direito assenta sua base especialmente no amplo rol de direitos e garantias fundamentais que estão consagrados constitucionalmente, não sendo admissíveis então pretextos para violar esses direitos e garantias.

3. O vago conceito da Duração Razoável do Trâmite Procedimental

No que tange à duração razoável do procedimento, torna-se necessário esclarecer terminologicamente o que vem a ser e qual seria o alcance da expressão “duração razoável” inserida no texto constitucional, pois o caráter de um procedimento sem dilações indevidas deve ser apreciado conforme várias circunstâncias dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito.

Para a análise desse preceito, é importante fazer ilações a respeito do alcance e real sentido da norma. José Emílio Medaur Ommati nos ensina:

Segundo o paradigma do Estado Democrático de Direito, o Direito é não somente um conjunto de regras, mas regras e princípios que concorrem entre si para a solução do caso concreto. Com a perspectiva principiológica, abre-se a perspectiva de que as normas servem exatamente para regular o caso concreto e que, no processo de aplicação do Direito, são as situações fáticas que determinarão a norma adequada para regular o caso. (OMMATI, 2003, p. 26).

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “as regras e princípios são duas espécies de normas jurídicas” (CANOTILHO, 1995, p. 166). Podemos dizer então que, para este autor, tanto os princípios quanto as regras são espécies do gênero maior denominado de normas.

Verificando-se determinados pressupostos, como a exigência, a permissão ou a proibição de algo em termos definitivos, teremos as regras; já os princípios¹² exigem a realização de algo da melhor maneira possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, não se exigindo, proibindo ou permitindo algo, o que os difere das regras, mas ambos são considerados normas. Têm-se as normas jurídicas como um gênero, do qual fazem parte os princípios e as regras.

Desse modo, podemos indicar alguns parâmetros para avaliar a razoabilidade da duração do procedimento, valendo-se da jurisprudência firmada pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, embora algumas vezes seja chamada por autores franceses e italianos de *Corte de Estrasburgo* (*Cour de Strasbourg*; *Corte di Straburgo*). A Corte “vem impondo aos Estados signatários a obrigação de pagar indenização por

12 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “princípio quer significar mandamento nuclear de um sistema, disposição fundamental que compõe diferentes normas, servindo ainda como um critério para sua exata compreensão e inteligência, na medida em que define a lógica e a racionalidade do sistema normativo.” (MELLO 1980, p. 230).

danos materiais e morais aos prejudicados, pelo descumprimento das normas do seu artigo 6º.” (DIAS, 2004, p. 199).

Foi a partir de reiteradas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que se chegou aos parâmetros objetivos para se verificar a violação ou não da garantia da razoável duração. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, a Convenção Europeia representa um mecanismo judiciário, “[...] criado com o objetivo de assegurar a garantia coletiva de certos direitos, considerados como fundamentais a toda sociedade democrática.” (BARACHO, 1998).

Para a maioria dos doutrinadores, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise de três critérios: “a complexidade das questões de fato e de direito discutidas no processo, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação dos órgãos jurisdicionais no caso concreto.” (DIAS, 2004, p. 200).

O primeiro critério a ser analisado pela Corte no caso concreto é a complexidade da causa. Essa complexidade se deve a circunstâncias como a inquirição de várias testemunhas, a expedição de carta rogatória para o estrangeiro, a pluralidade de litisconsortes, a necessidade de nova produção de provas, entre outras. Já o segundo critério, comportamento das partes, sendo um elemento objetivo, deve ser levado em consideração, se ocorrer excesso de prazo na razoável duração do procedimento¹³. E o terceiro critério é a atuação dos órgãos jurisdicionais. Com esse último critério, a Corte, ao determinar que os Estados estruturem seus órgãos ju-

13 Conforme Ronaldo Brêtas C. Dias: “Para a Corte, em princípio, as partes estão unicamente obrigadas a praticar diligentemente os atos que as normas processuais lhe impõem, a não usar manobras procrastinadoras e a exaurir as possibilidades do direito interno, de sorte a abreviar os processos, não se lhes exigindo cooperação ativa com os órgãos jurisdicionais, em face da amplitude da defesa e da contraposição dialética que se instaura nos procedimentos.” (DIAS, 2004, p. 200).

risdicionais de tal forma que evitem a excessiva duração do procedimento, faz com que a lentidão do Estado seja uma das maiores causas de violação da garantia de um pronunciamento jurisdicional sem as dilatações indevidas.

Nessa mesma seara, a inércia dos órgãos jurisdicionais, entendida como causadora das dilatações indevidas, abrangeria a ineficiência em impulsionar atos do processo nas suas diversas fases, bem como atrasos causados pela ausência de cumprimento de prazos estabelecidos nos ordenamentos processuais, os injustificados prolongamentos das chamadas etapas mortas do processo, que separam a realização de um ato processual de outro imediatamente seguinte, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado na lei (DIAS, 2004, p. 201).

Também poderá ser considerada pela Corte dilatação indevida a hiperatividade desordenada dos órgãos jurisdicionais nos processos, quando, de maneira tumultuária, de provas desnecessárias, por exemplo, inquirição de testemunhas e prova inócua, verifica-se mais tarde que, ao ser proferida a decisão, aquelas provas não solucionaram a demanda (DIAS, 2004, p. 201).

Por tais razões, a expressão “dilatações indevidas” tem como significado o alargamento das etapas ditas mortas do processo, representando, pois, todas as situações de inércia absoluta dos órgãos jurisdicionais ou o descumprimento de prazos previamente fixados na lei (DIAS, 2005b). Nesse mesmo diapasão, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci:

Os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um

lapso temporal fixado, e, sempre sem que aludidas dilatações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários. (TUCCI, 2001, p. 172-173).

Quando se fala em duração razoável do procedimento, vem à nossa mente a palavra tempo¹⁴. No entanto, a relação entre o tempo e o procedimento é uma (in)constante (TAVARES et al., 2008, p. 147), podendo ter diversas variações, dependendo assim de cada caso concreto. Afirma Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini que prazo razoável pode ser definido como o direito de se obter uma decisão dentro de prazos legais estabelecidos previamente, ou, não havendo tal fixação temporal, que seja o prazo proporcional e adequado à complexidade de cada caso (ZANFERDINI, 2003, p. 15).

O que se busca realmente é conseguir delinear qual seria o tempo razoável para a duração de um procedimento dentro de um Estado Democrático de Direito. E conforme o que já foi exposto, podemos constatar que, para obter procedimentos sem dilatações indevidas, há que se buscar por meio do ordenamento jurídico vigente uma prestação jurisdicional de forma eficiente.

4. O Princípio da Eficiência dentro da função jurisdicional de um Estado Democrático de Direito a partir do comando da duração razoável do procedimento

A partir do século XIX, Karl Marx inaugura uma reviravolta em todo o pensamento político, social e jurídico, através de um discurso sobre o público e privado, tornando-o um discurso sobre questões econômicas. Newton Bignotto afirma o seguinte:

14 Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “resolve-se numa sucessão de determinações temporais, a permitir harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando dessa forma o proceder rítmico do fenômeno, elemento de fundamental importância para a organização do procedimento.” (TUCCI, 1997, p. 14).

[...] se hoje a ‘ideologia da eficiência’ pode ganhar terreno, isso certamente é possível porque o marxismo, junto com outras doutrinas, fez parecer razoável que uma análise de atuação do Estado fosse realizada fundamentalmente em torno de questões econômicas. É claro que daí derivam políticas concretas e conflitos variados, mas o ponto de partida para a apreensão de seu significado permanece inalterado. As fronteiras entre o público e privado são buscadas inicialmente nos domínios do econômico. (BIGNOTTO, 1994, p. 14).

Mas o princípio da eficiência só teve uma abordagem mais aprofundada no Direito com os ensinamentos trazidos pela Escola de Chicago, através de Richard Posner, um mentor da *Análise Econômica do Direito*¹⁵. Segundo Posner, a “Eficiência é o resultado da maximização do valor, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem.” (POSNER apud FARIA, 1994, p. 37).

Baseando-se na análise posneriana, os adeptos da Escola Instrumentalista do Processo¹⁶ entendem que se deve preconizar o máximo dos resultados na atuação do direito com o mínimo de emprego possível das atividades processuais (ALMEIDA, 2004, p. 94). Com isso, o direito não pode ter como principal fundamento a relação entre os homens e a economia, pois isso fará com que se reduza “a reflexão ao agir instrumental” (ALMEIDA, 2004, p. 95).

15 A nota Andréa Alves de Almeida: “A Análise Econômica de Direito se constitui como um estudo sobre o direito a partir da teoria econômica neoclássica, em que o direito é explicado a partir da racionalidade econômica.” (ALMEIDA, 2004, p. 93).

16 De acordo com Rosemiro Pereira Leal: “Conclui-se que, entre os seguidores da escola instrumentalista e da relação jurídica (que não é jurídica, mas subjetivo-voluntarista), ‘o processo é essencialmente teleológico, um instituto flutuante, etéreo, ritualístico, sem qualquer vínculo lógico-jurídico, porque ao dizerem que processo é ‘modo’ ou força que impulsiona os atos do procedimento perceptível, o processo seria imperceptível, esotérico e inefável, sequer teria, como a música, a mais abstrata das artes, um modo (maior ou menor) que se distingue pela alteração qualitativa dos intervalos (isto é, da segunda para a terceira nota da escala fundamental).” (LEAL, 2004, p. 99).

No Estado Democrático de Direito, o tão falado princípio da economia processual não engloba a diminuição das atividades processuais, pois pode ocorrer a violação dos princípios da isonomia¹⁷, da ampla defesa¹⁸ e do contraditório¹⁹. Além disso, não pode acontecer o encurtamento da processualidade, por justificativa da demora na prestação jurisdicional. Conforme Andréa Alves de Almeida, “a celeridade processual deve ser compreendida no direito democrático da legalidade, ou seja, corresponde ao cumprimento da previsão legal e não ao empenho pessoal do juiz” (ALMEIDA, 2004, p. 95).

Feitas tais ponderações, o princípio da eficiência é um dos princípios estruturadores do Estado Democrático, onde a Constituição Federal em seus artigos 37, *caput*²⁰, e 175, parágrafo único, inciso III²¹, impõe o dever jurídico de prestar

17 Conforme Rosemiro Pereira Leal: “O princípio da isonomia é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à *igualdade temporal* de dizer e contradizer para a construção, entre as partes, da estrutura procedimental.” (LEAL, 2004, p. 103).

18 Anota Rosemiro Pereira Leal: “O princípio da ampla defesa é coextenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos *limites temporais* do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei.” (LEAL, 2004, p. 104).

19 Novamente ensina Rosemiro Pereira Leal: “Por conseguinte, o *princípio do contraditório* é referente lógico-jurídico do Processo contitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem.” (LEAL, 2004, p. 103).

20 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

21 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

serviços públicos eficientes e adequados. Devemos observar que não se pode compreender o princípio da eficiência como está expresso na Constituição, de forma literal, que estaria recomendado somente para os órgãos administrativos. Se isso ocorresse, admitir-se-ia que os outros órgãos do Estado (Legislativo e Judiciário) poderiam ser ineficientes.

Por se tratar de função do Estado, de atividade-dever que lhe incumbe, tem de pautar-se pelo princípio da eficiência, o qual deve reger não somente a administração pública, mas todas as funções por ele exercidas. Ronaldo Brêtas C. Dias, responsável pelo desenvolvimento da idéia de eficiência jurisdicional, leciona a respeito:

Na realidade, se bem interpretado, o que o texto constitucional está preconizando – de forma abrangente – é a *eficiência do Estado*, princípio ao qual estão condicionados, em razão disso, além dos órgãos administrativos, também os órgãos legislativos e os órgãos jurisdicionais. (DIAS, 2004, p. 154).

A eficiência é um princípio que se agrega aos demais, jamais podendo ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade²², pois em hipótese alguma uma suposta busca de eficiência justificaria a postergação daquele que é dever estatal por excelência (MELLO, 2006, p. 118). Não obstante, não é apenas o direito fundamental à jurisdição que é conferido às pessoas, mas também o direito de que o serviço público seja prestado em tempo razoável. Esse serviço, compreendido por toda e qualquer atividade exercida pelo Estado, por intermédio dos seus órgãos, deve satisfazer os interesses individuais e coletivos da sociedade.

22 Conforme Ronaldo Brêtas, existe uma conexão entre o princípio da eficiência e o da legalidade, “este sendo a garantia daquele, em medida tal que nem sempre a violação de uma norma jurídica (regra ou princípio) provoca ineficiência, mas sendo certo que a ineficiência sempre constitui violação de uma norma de direito”. (DIAS, 2005, p. 233).

O artigo 22 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, dispõe o seguinte:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Com isso, o Estado tem a obrigação de indenizar quando fornecer serviços inadequados e ineficientes, que causarem prejuízos aos particulares. Serviço público eficiente é aquele adequado, qualidade que se contrapõe à ideia de serviço público defeituoso, isto é, aquele que revelou mau funcionamento, falta de funcionamento diligente ou falta absoluta de funcionamento (DIAS, 2004, p. 155). O princípio da eficiência representa, assim, a recomendação constitucional dirigida ao Estado, para que organize e estruture seus órgãos de forma adequada, objetivando o desempenho dos serviços públicos de maneira precisa, diligente e normal.

Por força de determinação constitucional, a eficiência e adequação da atividade jurisdicional pressupõem, por todos os agentes estatais, a obediência ao ordenamento jurídico e a utilização de todos os meios disponíveis para possibilitar que o processo produza o efeito desejado. Dessa forma, todas as situações de inércia dos órgãos jurisdicionais, cotidianamente vivenciadas no meio forense, em violação ao princípio do impulso oficial, com descumprimento escancarado dos prazos legalmente previstos, representam as chamadas dilatações indevidas. Comenta, a propósito, Ronaldo Brêtas:

[...] eficiência dos órgãos estatais no exercício da função jurisdicional exige atividade precisa e normal, no sentido de cumprimento de prazos legais e no dever do impulso oficial. A eficiência da função jurisdicional afasta o descaso do Estado na boa estruturação técnica de seus órgãos jurisdicionais, a lentidão, a negligência e a omissão daqueles órgãos estatais nos processos instaurados, o que gera inobservância pelo Estado dos prazos processuais estabelecido em lei, disto resultando dilações indevidas do processo, frustrando o resultado eficaz e útil dessa atividade estatal à pessoa interessada do povo que a postulou. (DIAS, 2004, p. 156).

Nessa seara, contribuiria para a eficiência do serviço público jurisdicional o cumprimento de certos preceitos que estão na Constituição Federal de 1988, a saber: atividade jurisdicional ininterrupta (art. 93, XII); número de juízes proporcional à demanda e à população (art. 93, inciso XIII); delegação de competência a servidores para a prática de atos de administração e de atos jurisdicionais sem caráter decisório (art. 93, XIV); distribuição dos autos imediata em todos os graus de competência (art. 93, XV); gerenciamento da máquina judiciária por profissionais habilitados, ou seja, da ciência da administração, e não por magistrados, como ocorre na atualidade, onde juízes acumulam as atribuições jurisdicionais com funções de diretor do foro²³.

Quando os órgãos jurisdicionais descumprem esses preceitos do ordenamento jurídico, o que infelizmente ocorre de forma corriqueira no Estado brasileiro, a jurisdição torna-se intempestiva, ineficiente e morosa. Alerta Ronaldo Brêtas, ao aduzir o seguinte:

23 Além destes, outros dispositivos do texto constitucional podem ser mencionados, como aqueles que preveem a “justiça itinerante” e o funcionamento descentralizado dos órgãos jurisdicionais (art. 107, parágrafos 2º e 3º; art. 115, parágrafos 1º e 2º; art. 125, parágrafos 6º e 7º; art. 126, parágrafo único).

Na realidade, não é o processo [*rectius* procedimento] que se mostra moroso, mas morosa é a atividade essencial e monopolizada do Estado denominada jurisdição, até porque, normalmente, as partes cumprem os prazos que lhes são impostos, a fim de se lhes afastar a inexorável preclusão temporal, que é a perda do direito à prática do ato processual pelo decurso do prazo. Os órgãos jurisdicionais do Estado brasileiro é que, sistemática e ilicitamente, não cumprem os prazos que o ordenamento jurídico lhes determina para a prática dos atos jurisdicionais no processo, sem que nada aconteça aos agentes públicos julgadores. Tem-se, então, nesses casos habituais, atividade estatal desempenhada com afronta manifesta ao princípio da eficiência e ao princípio da legalidade, ambos acolhidos na estruturação do Estado Democrático de Direito. (DIAS, 2004, p. 156).

Essa omissão do Estado em criar condições para o exercício eficiente da função jurisdicional não pode ser compensada por uma violação ao devido processo legal. Caso isso ocorra, é uma agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. Desse modo, a noção democraticamente adequada de razoável duração do procedimento impõe a inexistência de dilações indevidas, mas não autoriza a exclusão das demais garantias, também de ordem fundamental, componentes do devido processo legal.

5. Princípios da Efetividade, Celeridade e Duração Razoável do Procedimento: três conceitos que não se confundem

A questão da efetividade do processo, uma das maiores preocupações dos estudiosos do direito processual, principalmente nos dias atuais, sempre foi entendida como a necessidade de conferir utilidade ao que é posto para ser decidido pelo juiz. Compreende-se efetividade do processo como o adequado cumprimento de sentenças judiciais e no menor custo

possível²⁴ na proteção de forma concreta dos direitos das partes; com isso, tanto mais efetivo será o procedimento, quanto mais rápido e eficiente for o magistrado em sua atuação.

Na atualidade do pensamento jurídico, todavia, não se pode atribuir ao processo essa compreensão de efetividade como valor absoluto, sob pena de incorrer num erro epistemológico. Os dicionários definem efetividade como “qualidade do que é efetivo, do que se manifesta por um efeito real, o que realmente existe”. No linguajar técnico, J. J. Calmon de Passos registra:

[...] ao predicarmos a efetividade como valiosa por si mesma, deixamos de nos preocupar com a qualidade ou valor do decidido, dando prevalência à concreção do que foi decidido, pouco importando sua bondade ou valia. Desse prisma, mencionar-se efetividade da tutela e efetividade do processo é um modo de falar apenas sobre a necessidade (política) de se tornar incontestável o ato de poder do magistrado. (PASSOS, 1999, p. 32-33).

Para o referido autor, a crise do poder judiciário se insere em quatro abordagens: (1) na crise mais ampla do modelo do Estado; (2) numa crise específica localizada no processo constitucional de produção jurisdicional do direito; (3) na institucionalização dos agentes políticos; e (4) nos procedimentos adotados (PASSOS, 2002, p. 5). Em sua primeira abordagem, J. J. Calmon de Passos aduz que o motivo da crise do poder judiciário está no modelo de Estado, e por isso a resolução desse problema extrapola a função jurisdicional. Mas essa afirmação não procede, pois o modelo do Estado está insti-

24 Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “Para a maioria dos processualistas, a efetividade do processo consiste em assegurar o cumprimento das decisões jurisdicionais, atribuindo ao vitorioso o gozo da utilidade material a que faz jus, no menor tempo *possível* e com o mínimo de dispêndio econômico” (MARINONI, 2002).

tucionalizado na Constituição Federal de 1988, qual seja, o Estado Democrático de Direito, que tem, portanto, o “poder constituído” e o dever de criar leis que correspondam à estrutura constitucional (LEAL, 2002, p. 748-754). Sendo assim, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são órgãos independentes e harmônicos entre si, para que, desse modo, garanta aos cidadãos que o governo cumpra o seu dever constitucional, sem que seja omissivo ou arbitrário.

A segunda abordagem também é considerada inadequada, visto que o devido processo legal, por ser um direito-garantia que abrange a isonomia, a ampla defesa e o contraditório, não pode colocar em crise a atividade jurisdicional, não sendo um instrumento a serviço do Estado-juiz para resolução dos conflitos, como entende a Escola Instrumentalista. Já na terceira abordagem de J. J. Calmon de Passos, é imposta pela Constituição de 1988 a isonomia processual de todos os participantes do processo, além da sentença ter de ser motivada para apurar a legalidade e imparcialidade do juiz, não podendo assim existir inquisitorialidade ou até mesmo a discricionariedade na atividade jurisdicional. E, por último, a quarta abordagem, em que os procedimentos adotados são apontados como justificativa da crise no Judiciário, sendo a inefetividade e a ilegitimidade da atividade jurisdicional do Estado consequências dos procedimentos que violam o devido processo legal (ALMEIDA, 2004, p. 84-85).

Ressalta-se que as três primeiras abordagens de Calmon de Passos ilustram a enorme necessidade de uma reforma constitucional, a qual todavia é desnecessária, pois os direitos-garantia já estão implantados dentro do exercício da democracia, faltando apenas a conscientização de que é “a principiologia institutiva do processo que encaminha a cidadania, a formação e o exercício da vontade” (ALMEIDA,

2004, p. 86)²⁵. J. J. Calmon de Passos tenta entrelaçar a cidadania com a efetividade dentro de uma ordem jurídica democrática, mas acaba se curvando à concepção retrógrada da coexistência de poder e direito. (ALMEIDA, 2004, p. 87).

Insta acentuar que a efetividade se encontra ligada à legitimidade, e essa decorre do atendimento ao devido processo legal, como se extrai dos ensinamentos de Andréa Alves de Almeida:

A efetividade processual, no paradigma democrático, aproxima-se assim do conceito de legitimidade, ou seja, somente é possível quando os destinatários das normas se considerarem seus autores. São os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Não há como operacionalizar a democracia pelos órgãos jurisdicional, legislativo e executivo por si mesmos, pois a democracia é um sistema aberto e nenhuma das esferas do Estado pode pressupô-la e/ou absolutizar valores como corretos e universais. Na razão (concepção) discursiva, a efetividade processual se dá e se preserva pela regência do devido processo constitucional na atividade legiferante e jurisdicional. (ALMEIDA, 2004, p. 89).

Portanto, a efetividade do processo só pode ser plena com a realização dos princípios constitucionais (ampla defesa, isonomia, contraditório e o direito ao advogado²⁶) que o insti-

25 Ensina Rosemiro Pereira Leal: “A cidadania, como direitos e garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas da liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.” (LEAL, 2004, p. 50).

26 Art. 133 da CR/88: “O advogado é indispensável à efetividade do direito de ampla defesa, pois a defesa somente poderá ser exercida de forma plena e ampla quando o acesso à informação não for limitado. Qualquer ato jurisdicional sem a vinculação do advogado é ato ilegítimo por falta de suporte constitucional à sua validade.”

tuíram, pois efetividade consiste no ganho de legitimidade para o sistema jurídico por meio do devido processo legal. Assim, devem-se extinguir as chamadas fases ou etapas mortas do procedimento, a fim de que esse cumpra seu maior objetivo, que é a construção do provimento final em tempo útil, com a garantia fundamental de participação das partes nessa construção.

Desta forma, encontra-se totalmente equivocada a compreensão que coloca a efetividade em um plano no qual os afetados pela decisão são meros espectadores dentro do processo, colocando os magistrados com amplos poderes, perspectiva essa que não se encaixa com a ideia de Estado Democrático de Direito. A propósito, assim critica Elpídio Donizetti Nunes essa perspectiva antidemocrática de efetividade processual:

O desvirtuamento do processo teve início quando o Estado, assumindo o monopólio da jurisdição, reservou para si uma posição de comando na relação processual. Essa nova concepção do processo – a da relação jurídica – possibilitou sua manipulação ideológica. Com sua atuação hipertrofiada, pôde o Estado transformar o processo no instrumento da jurisdição, ou seja, colocá-lo a serviço dos desígnios do príncipe, inclusive para atingir desideratos políticos e sociais. Assimilada essa extraordinária carga ideológica, o instrumento estava pronto para ser manejado não só para construir a decantada “ordem jurídica justa”, mas, inclusive, para mostrar aos súditos que o Estado não está em mora no quesito “pacificação da sociedade”, tanto que a máquina judiciária funciona a todo vapor. Para atingir esse escopo político-demagógico, dois ingredientes mágicos passaram a adornar o instrumento: a celeridade e a efetividade. (DONIZETTI, 2001, p. 234-235).

Nessa seara, Rosemiro Pereira Leal aduz:

Compreende-se equivocadamente a efetividade do processo como um bem de consumo a ser oferecido numa decisão judicial (prestação jurisdicional?!) apoiada em essências de valores colhidos num mundo político e social fora do processo pelo afastamento judicativo de abomináveis 'mazelas do direito positivo' e dos 'casuímos legislativos'. Põe-se, erroneamente, o processo como instrumento de uma jurisdição judicial portadora e garantista de um sentimento de Constituição e de Justiça que seria o 'único sentimento capaz de *adequadamente assegurar solidez à ordem jurídica de um Estado democrático de direito*'. (LEAL, 2002, p. 127).

Assim sendo, não há dúvidas de que se torna inadequada a confusão verificada, ao se falar que o disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 é reflexo do princípio da efetividade de processo, pois a efetividade processual não guarda relação exclusiva com a celeridade. Entende-se que a violação do devido processo legal, com a justificativa de uma maior agilidade nos procedimentos, se torna evidente ofensa de um direito processual democrático.

O princípio da celeridade processual não pode assim encurtar a processualidade, pois, se isso acontecer, haverá uma grave violação a princípios institutivos como os da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e do direito do advogado. Por isso, a celeridade deve ser compreendida como um cumprimento da previsão legal, e não ao desempenho prestado pelo magistrado. Por fim, evidentes se mostram as diferenças entre o princípios da efetividade, da celeridade e da duração razoável do procedimento, os quais, apesar de interligados e de terem noções próximas, não são sinônimos.

6. Os limites da responsabilidade do Estado pelas dilatações indevidas do procedimento

Após a publicação da Emenda Constitucional nº 45/04, a população brasileira não tem só o direito fundamental à função jurisdicional, mas que essa atividade devida pelo Estado, seja prestada em um tempo razoável, sem as dilatações indevidas.

No entanto, a noção de Estado é determinante, pois é tida como um pressuposto para qualquer estudo do Direito Público em geral e, no caso do Direito Constitucional, em particular. Ao se construir essa noção, evidencia-se uma conexão entre duas idéias: de poder e de direito. Dessa forma, José Alfredo de Oliveira Baracho pode observar que a conceituação de poder, apesar de apresentar-se de diversas maneiras e características, aparece de extrema importância para a teoria do direito, pois o modo de exercitá-lo pode afetar toda a ordem jurídica (DIAS, 2004, p. 61).

Conforme Canotilho, o Estado é “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades”, dentre as quais “a qualidade de poder soberano, que tem como destinatários os cidadãos nacionais” (CANOTILHO, 1999, p. 85-86). Para ele, a função do Estado aflora nos textos jurídicos como “exercício de poder” (CANOTILHO, 1999, p. 504). Assim, as três funções atribuídas ao Estado atualmente – a legislativa, a administrativa e a judiciária – são funções jurídicas a ele concedidas, pois se destinam a uma permanente observância do direito pelo Estado (DIAS, 2004, p. 62).

Nessa abordagem, Jorge Miranda constata que “todas as funções do Estado e todos os *actos* em que se desdobram não podem deixar de ser funções jurídicas” (MIRANDA, 1997, p. 9-11). Com isso, o Estado deve ser concebido como uma or-

denação de diversas funções atribuídas a diferentes órgãos, onde não é devido considerar como separado o *poder*, mas sim a *atividade* jurisdicional, não existindo vários *poderes* do mesmo Estado (DIAS, 2004, p. 70). Rosemiro Pereira Leal oportunamente critica nestes termos:

O que já se acha envelhecida, em nosso quadro histórico, é a expressão 'poderes' largamente usada nos meios acadêmicos jurídicos, filosóficos, sociológicos, econômicos, como unidades místicas de comandos que podem mais do que a lei, do que o povo, do que o sistema jurídico constitucionalmente criado. Nas democracias, poder e tutela são conteúdos de legalidade devidamente produzida e não modos pessoais, judiciais, funcionais, corporativos ou organicistas de atuação do justo e do bom. (LEAL, 2001, p. 25).

Com isso, embora a Constituição Federal de 1988 mantenha referência aos considerados arcaicos três Poderes do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), só podem ser compreendidos como complexos de órgãos, aos quais as normas da Constituição Federal atribuem competências para o exercício das funções essenciais do Estado (DIAS, 2004, p. 74). Dessa forma, superada se mostra a ideia de separação de poderes, com divisão absoluta de funções, equivocadamente atribuída a Montesquieu, que sempre apontou a necessidade de equilíbrio entre os poderes, resultando entre os ingleses e norte-americanos o sistema de *check and balances*, ou de freios e contrapesos, em que um poder limita o outro. Ilustra Chiovenda em sua obra que “à separação conceitual das funções não é possível corresponder uma separação absoluta de poderes. É de modo aproximativo que se opera a distribuição, no interesse do livre andamento da coisa pública” (CHIOVENDA, 2000, p. 14).

Em linhas gerais, essas funções fundamentais do Estado (ju-

risdicional, bem como a função legislativa e administrativa) são inerentes a ele, e todas elas são exercidas por intermédio de órgãos criados pela estruturação jurídica constitucional e nos limites das normas que compõem a ordem jurídica instituída. Conforme Aroldo Plínio Gonçalves, “o Estado exerce a função jurisdicional sobre o mesmo fundamento que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e administrativa.” (GONÇALVES, 1992, p. 50).

A jurisdição, para Oskar Von Bülow, é a atividade pessoal do juiz sábio, intérprete sensitivo de leis sociais e humanas, e não uma função do Estado de ditar o direito. Tal concepção em muito influenciou o desenvolvimento da Escola Instrumentalista do Processo, em que as partes são apenas meros expectadores da construção do provimento judicial. Nessa seara, fundou-se a denominada Escola Paulista de Direito ou, melhor dizendo, a Teoria Instrumentalista do Processo, composta por seguidores de Bülow. De acordo com esta teoria, o processo representa relação jurídica formada entre juiz, autor e réu, sendo instrumento da jurisdição.

A partir de tais premissas, conclui-se que o processo, segundo essa corrente, possui escopos metajurídicos (éticos, políticos e sociais), e ao juiz são atribuídos amplos poderes. Todavia, há muito já está superado o conceito de que a jurisdição é a atividade de ditar o direito, representando ato isolado do juiz no exercício de suas atribuições. Tal definição advém da Escola Instrumentalista, e, segundo tal corrente, a função jurisdicional constitui, em verdade, uma expressão do poder estatal, que, por natureza, é uno e indivisível. Rosmiro Pereira Leal aduz o seguinte:

Agravam-se as tentativas de classificação de processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumen-

talista), quando, além de se perderem em elucubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectaram Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a jurisdição hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo Processo. (LEAL, 2004, p. 88).

Há, portanto, grande subjetivismo e imparcialidade do juiz na Escola Instrumentalista do Processo, já que o próprio processo apresenta escopos metajurídicos. Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

A descoberta dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação. (DINAMARCO, 2005, p. 145-146).

Feitas tais considerações, não há como afirmar a existência de escopos do processo, visto que cabe ao juiz, após participação das partes que irão sofrer os efeitos do provimento a ser emanado, apenas aplicar o direito conforme previsão do ordenamento jurídico, dentro do qual se acomodam as regras e os princípios. O magistrado, no exercício de sua função, deve colocar-se entre as partes de forma imparcial, ouvindo ambos os litigantes, conferindo-lhes a possibilidade de expor suas razões, de apresentarem suas provas.

O processo, sendo procedimento em contraditório²⁷, com a participação das partes em seu ínterim, irá permear a reconstrução dos fatos e a escolha da mais adequada interpretação da norma material a ser aplicada ao caso concreto. Com isso, o juiz não poderá vagamente invocar a lei ou exigências do bem comum quando aplicar o ordenamento jurídico, pois, tendo em vista o princípio do Estado Democrático de Direito, deve-se conceder aos cidadãos a possibilidade de participação discursiva em todas as fases processuais, assim como deve haver a submissão do Estado-Juiz à vontade popular.

No exercício de suas funções, se o juiz proceder com dolo ou fraude, ou se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, o ordenamento jurídico brasileiro²⁸ contém preceitos que impõem a responsabilidade pessoal do juiz, obrigando-lhe o pagamento de perdas e danos às partes prejudicadas. Além disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.744²⁹, impõe a responsabilidade do juiz em situações mais específicas. Ocorre que o sistema jurídico brasileiro, seguindo os cânones do direito moderno, consagra tradicionalmente o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos danosos e ilícitos causados pelos agentes públicos aos particulares. Sendo assim, o Estado será solidariamente responsável nas situações de responsabilidade pessoal do

27 Ensina Rosemiro Pereira Leal: “Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das *democracias*, o contraditório é o *instituto* do Direito Constitucional e não mais uma *qualidade* que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o *contraditório* conquista histórica juridicamente constitucionalizada em *direito-garantia* que se impõe como *instituto* legitimador da atividade jurisdicional do Processo.” (LEAL, 2004, p. 92).

28 Código de Processo Civil art. 133, incisos I e II e Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 49, incisos I e II.

29 Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será: I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.

juiz, podendo ajuizar uma ação de regresso contra qualquer agente público julgador em casos de dolo ou culpa.

Reconhecida normativamente a responsabilidade do Estado pelo funcionamento intempestivo do serviço público jurisdicional, discute-se entre os doutrinadores sobre a natureza dessa responsabilidade, se objetiva ou subjetiva. De acordo com Paulo Hoffman, estar-se-ia diante de hipótese de responsabilidade objetiva:

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado – autor, réu, interveniente ou terceiro interessado –, independentemente de sair-se vencedor ou não na demanda, pelos prejuízos materiais e morais. (HOFFMAN, 2006, p. 99).

A prestação do serviço público de forma omissa tem levado à aplicação da teoria que possui origem francesa, da culpa do serviço público (*faute du service*). É a culpa não individualizada, anônima, pois o dano não decorre de uma atuação do agente público julgador, mas da omissão do Estado. Neste diapasão, distinguem-se três hipóteses: a) o serviço público funcionou mal; b) o serviço público não funcionou; c) o serviço público funcionou defeituosamente (DIAS, 2004, p. 196).

Se o dano é causado por omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou mal ou de maneira defeituosa), aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, pois não haveria nexo de causalidade entre o dano causado e o comportamento do Esta-

do, conforme entendimento majoritário da doutrina (MELLO, 2006, p. 967). O Estado não agiu, não poderia, logicamente, ser o autor do dano; sendo assim, só caberia responsabilizá-lo, caso estivesse obrigado a impedir o dano. Logo:

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (MELLO, 2006, p. 967).

A violação ao direito fundamental à razoável duração do procedimento decorre do funcionamento defeituoso do serviço público, mais especificamente das situações de funcionamento tardio, vale dizer, “retardo da prestação do serviço público jurisdicional causado por dilações indevidas do processo, ou seja, atos jurisdicionais nele proferidos fora de um tempo razoável.” (DIAS, 2004, p. 196-197).

Portanto, uma vez que a Constituição de 1988 é clara a respeito do direito fundamental do cidadão à razoável duração do procedimento, basta demonstrar que o prazo no qual foi solucionada a demanda não observou os preceitos do ordenamento jurídico vigente. Comprovando que os prazos previstos nas normas procedimentais não foram cumpridos pelo órgão jurisdicional, e que com isso surgiram prejuízos, será assegurado o direito à indenização, aplicando-se a responsabilidade objetiva do Estado, não obstante se falar em falta de serviço.

Em suma, a responsabilidade do Estado será objetiva, se o agente público julgador causar prejuízos a alguém, come-

tendo ato ilícito comissivo, agindo com dolo ou fraude, com embasamento na teoria do risco. Por outro lado, se o juiz atua de forma culposa, deixando, por exemplo, de determinar providências que o ordenamento jurídico lhe impõe, praticando ato ilícito omissivo, causando assim prejuízos às partes, a responsabilidade do Estado é subjetiva. Dessa forma, em qualquer das hipóteses das quais resulte prejuízo ao particular, haverá responsabilidade do Estado, que terá direito a regresso em relação ao agente público julgador.

7. Conclusão

A Constituição tem papel preponderante na satisfação dos direitos e garantias fundamentais, sendo que estes são autoaplicáveis. Não obstante isso, afirma-se que o princípio do direito fundamental à duração razoável do procedimento, antes mesmo da inserção do inciso LXXVIII ao rol do art. 5º da Constituição de 1988, fora incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa em razão da adesão do Estado brasileiro ao Pacto de São José da Costa Rica, em 1992.

Com isso, o princípio da duração razoável do procedimento foi elevado à plataforma constitucional brasileira já em 1992. Sua reconstitucionalização, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, permitiu que o cidadão exerça controle de constitucionalidade das leis, atos normativos e atividades estatais (jurisdicional, legislativa e administrativa), que de alguma maneira se contraponham à aplicabilidade do referido princípio.

Vale ressaltar que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988 positivou os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, e por isso o processo não pode afastar-se do modelo constitucional, e a construção deste deve ser feita pelas partes. A duração razoável do procedimento mostra-se relacionada com o conceito constitu-

cionalmente ampliado de devido processo legal, de modo que a efetividade processual também passa pela sua concretização. Portanto, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e as demais garantias fundamentais devem conciliar-se com o direito-garantia da duração razoável do procedimento, como forma de tornar o processo efetivo, legitimar a jurisdição e dar efetivação aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A expressão “dilações indevidas” significa o alargamento das ditas etapas mortas do processo, representando, pois, todas as situações de inércia absoluta dos órgãos jurisdicionais ou o descumprimento de prazos previamente fixados na lei. O processo deve ter uma duração razoável, sob pena de se tornar inócua uma decisão tardia. Caso isso aconteça, os danos causados às partes litigantes e a terceiros em decorrência da demora do serviço público jurisdicional ensejam a responsabilidade do Estado e, em alguns casos, responsabilidade pessoal do agente público julgador.

O direito fundamental do povo de acesso à jurisdição envolve o direito de se obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável, sem qualquer supressão ou diminuição de garantias processuais constitucionais. Por isso, o direito fundamental do cidadão à razoável duração do procedimento tem aplicabilidade plena e imediata, sendo esta imposterável, tendo em vista o Estado Democrático de Direito.

8. Referências

ALMEIDA, Andréa Alves. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no estado democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira et al. (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2004. vol. IV.

ANDRADE, Maria Aparecida de Oliveira Grossi. O Princípio da eficiência na prestação de serviços públicos. *Jurisprudência Mineira*, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 59, n.184, p.53-59, jan./mar. 2008.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*. Campinas: Copola, 1999.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reforma da lei processual civil. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 749, p. 11-45, mar. 1998.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*, v. 139, ano 31, sete. 2006, p. 265-279.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BIGNOTTO, Newton. Da eficiência, do público e do privado. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 2, p. 9-19, jul-dez. 1994.

BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. 2009. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto da Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem. 2005a.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A reforma do Judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, OAB Conselho Federal, n. 80, ano XXXV, p. 113-123, jan./jun. 2005b.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da duração razoável do processo na reforma do Judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, nº 15, p. 230-240, 1º sem. 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I.

FARIA, Guiomar Theresinha Estrela. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FIÚZA, César Augusto Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. (Coords.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira et al. (Coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2001. p.13-25. vol. II.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos da liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 748-754.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba-MG, V. 9, n. 10, p. 211-224, maio 2006.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla defesa e celeridade processual: compossibilidade teórica. In: LEAL, Rosemiro Pereira et al. (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2001. p 29-51. vol. II.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linbas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 37, p. 37-64, 2002.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, João Paulo dos Santos. *Duração razoável do processo*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 5.

NOTARIANO JÚNIOR, Antônio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Donizetti Elpídio. Jurisdição, judicação e tutela legal na teoria do processo contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et al. *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 207-248. vol. II.

OLIVEIRA, Luiz Flávio de. A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord). *A reforma do poder judiciário*. Campinas: Millennium, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 25 out. 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, ano III, v. 3, n. 15, jan/fev. 2002, p. 5-15.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. (Org.). *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do estado pela demora da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SERRANO JÚNIOR, Odone. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais: o serviço judiciário visto como um serviço público essencial num Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 1996.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Fernando Horta. *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Fernando Horta; MATTOS, Bruno Ferreira Bini de; CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado; ASSIS, Zamira de. Urgência das Tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, p. 145-162, 2º sem. 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional; insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 61-78, jul./set. 2005.

TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas (Responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação Jurisdicional). In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coords). *Temas atuais do direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Doutrinas essenciais processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

WOLFGANG, Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Prazo razoável: direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 22, p.14-29, mar./abr. 2003.

Artigo recebido em: 10/03/2014.

Artigo aprovado em: 29/05/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180003

135 - 181

Artigo

**A NATUREZA DO MÉTODO CIENTÍFICO
COM APLICAÇÕES À RESOLUTIVIDADE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

JOÃO GASPAR RODRIGUES

A NATUREZA DO MÉTODO CIENTÍFICO COM APLICAÇÕES À RESOLUTIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE NATURE OF THE SCIENTIFIC METHOD WITH APPLICATIONS TO THE
RESOLUTION OF PUBLIC MINISTRY

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil

gasparrodrigues2010@bol.com.br

RESUMO: O ensaio tece considerações sobre o método científico aplicado às ações jurídicas do Ministério Público, substituindo incoerentes atuações burocráticas por formas nítidas e distintas de uma atividade produtiva claramente transformadora da realidade social. A cientificidade agregada às ações ministeriais não se confunde com a almejada resolutividade, embora seja um aspecto absolutamente necessário. O objetivo primordial do estudo não é pedagógico ou prático. Sua função é, unicamente, mostrar que certas consequências se seguem a certas causas, e que, para obter certos fins, certos meios são os mais eficazes.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público científico; novos métodos; gestão moderna; uso plural de informações; desafios; exigências.

ABSTRACT: The essay reflects on the scientific method applied to legal actions of the prosecution replacing inconsistent bureaucratic performances by clear and distinct forms of a clearly transforming productive activity of social reality. The scientific aggregate ministerial actions should not be confused with the desired resolution, although it is an absolutely necessary aspect. The primary objective of the study is not teaching or practical. Its function is solely to show that certain consequences follow from certain causes, and that, for certain purposes, certain means are the most effective.

KEYWORDS: scientific prosecutors; new methods; modern management; plural usage information; challenges; requirements.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Padrão de trabalho científico e auxílio técnico. 3. Modelo tópico de atuação: experiência real. 3.1. Celeridade. 3.2. Transparência. 3.3. Inovação. 3.4. Modernização gerencial. 3.4.1. Acesso a modernas ferramentas tecnológicas. 3.4.2. Uso intensivo e plural de informações. 3.4.3. Aperfeiçoamento da investigação e da responsabilização. 3.4.4. Trabalho em equipe. 3.5. Medidas a serem implementadas. 4. O misonéismo ministerial. 4.1. Agente ministerial pré-científico e um trabalho de reengenharia institucional. 5. Roteiro científico. 5.1. Utilização do mecanismo jurídico adequado. 5.2. Desconfie dos argumentos de autoridade. 5.3. Evasão do raciocínio discursivo. 5.4. Olhando para os fatos. 5.5. Aprender a fazer, fazendo. 5.6. O método de "tentativa e erro". 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Considerações iniciais

Se considerarmos que os poderes sociais não estatais (conglomerados econômicos, grandes empresas, multinacionais, organizações criminosas, etc.) constituem, ao lado do próprio Estado¹, um dos grandes vetores de violação dos direitos fundamentais, dispondo de um aparato técnico altamente qualificado (técnicos bem remunerados nas mais diversas áreas do conhecimento, grandes firmas de advocacia, advogados de reconhecido mérito, etc.), capaz de levantar sérios obstáculos à atuação eficiente dos órgãos públicos de controle, de fiscalização e de responsabilização, temos fundadas razões para proclamar a necessidade de uma instituição como o Ministério Público se preparar cientificamente para fazer frente a esses fabulosos diques erguidos (cuja argamassa tem como principal ingrediente os insumos técnico-científicos), agindo com precisão cirúrgica.

E cada vez que esses “poderes sociais” enganam ou derrotam a lei e seus representantes, submetendo a autoridade do Estado e da própria lei aos seus propósitos pessoais, crescem em força e domínio², com evidentes prejuízos para o prestígio de instituições como o Ministério Público. Mas esses “poderes” intimidam enquanto não há outros “poderes” mais efetivos do lado oposto.

A história recente nos dá provas de como esses “poderes sociais” podem ser virulentos quando os controles existen-

1 Não esqueçamos as palavras de Proudhon (NOZICK, 1974, p. 11): ser governado é ser vigiado, inspecionado, espionado, dirigido, compelido pela lei, numerado, regulamentado, matriculado, doutrinado, submetido a pregações, controlado, conferido, avaliado, classificado, segurado, anotado, registrado, identificado, qualificado, contado, carimbado, tributado, medido, licenciado, autorizado, advertido, proibido, reformado, corrigido, castigado. Isso é governo, essa é sua moralidade, e em cada transe há margem para abusos e ilegalidades, o que torna o Estado um potencial violador, ao invés, como deveria ser, o campeão dos direitos fundamentais.

2 O método científico pode unir-se tanto a uma grande maldade, como a uma grande bondade, e, ao associar-se a uma como a outra, simplesmente lhes outorga uma grande eficácia.

tes se revelam ineficazes. Em fins do século XIX e início do século XX, uma casta de magnatas americanos, homens de negócios (como Henry Ford, os magnatas do aço de Pittsburgh, os barões do carvão de Kentucky e Pennsylvania), dispunham dos domínios industriais com uma autoridade que frequentemente ameaçava, e algumas vezes sobrepujava, o poder dos governos estadual e federal (LASKI, 1946, p. 133-164). Quem quer que leia a literatura dos Estados Unidos de 1920 até 1930 e poucos anos depois, tem a sensação de que as fronteiras da democracia política estiveram ameaçadas profundamente.

Para esses “poderes”, democracia significa *laissez faire*, e quando a democracia, através de seus órgãos de controle, nega a validade ampla do *laissez faire*, eles se tornam céticos a respeito da validade da própria democracia. E sabemos que uma sociedade democrática vive pela manutenção da lei à qual nenhum cidadão é superior. E o hábito do respeito à lei, ainda em última análise, nasce da compreensão por parte dos cidadãos de que a sociedade lhes fornece, e aos seus iguais, a capacidade de satisfazer as expectativas que julgam legítimas, e que esta capacidade é mantida pela lei (pelo marco jurídico estabelecido pela comunidade política), para a qual se pede seu respeito. Se esta compreensão está ausente durante algum período em alguma minoria considerável ou poderosa, os métodos democráticos desaparecerão, substancialmente, com toda a certeza.

Em meio a um Estado habitualmente e historicamente autoritário, com uma voracidade fiscal insaciável, contumaz violador dos direitos fundamentais, é razoável adotar o princípio de preparar-nos para o pior, da melhor forma possível, embora devamos ao mesmo tempo procurar obter o melhor. E esse “preparar-nos para o pior” é cercar-nos de instituições que, de alguma forma, controlem as forças polí-

ticas constituídas (neutralizando os efeitos danosos das más e secundando as boas). Onde existe poder conjugado com o seu exercício, faz-se indispensável a existência de controle para evitar o seu desvirtuamento ou aviltamento. É inerente à condição da autoridade o abuso do seu poder, a menos que se veja rodeada, constantemente, de mecanismos de controle. E é por isso que nenhuma democracia moderna sobrevive e se desenvolve, se não contar com uma série de mecanismos de controle, fiscalização, vigilância e responsabilização. Para isso, existem instituições que são projetadas constitucionalmente para “defender o regime democrático” ou para exercer uma espécie valiosa de “vigilância democrática”, e no final das contas, assegurar o bem-estar de todos.

É fato fartamente registrado e reconhecido que a ação ministerial (globalmente considerada), voltada para o cumprimento de sua missão política, jurídica e constitucional, é inviável sem uma prévia organização e planejamento. Isso tanto do ponto de vista do todo institucional, quanto de suas partes constituintes (agentes e órgãos de execução). Daí porque a referência em algumas leis a planos de metas setorial (elaborados pelos órgãos de execução) e global (relativo à instituição como um todo).

Esses programas ou planos de metas, traçados dentro de um planejamento estratégico, lidam com dados científicos para guiar as ações do Ministério Público em todos os âmbitos (administrativo e funcional). E não pode ser diferente, pois há um truísmo no horizonte administrativo e político: é fácil definir metas e finalidades, mas difícil traçar os meios de sua realização.

A ideia do método científico, a guiar todas as ações do MP, se separa, definitivamente, do modelo burocrático-processual, do empirismo e da tática primitiva de tentativas e erros (“aprender fazendo”). As limitações ínsitas a um roteiro pré-

definido confinado no labirinto do formulismo estéril tendem a reduzir o grau de eficácia da ação ministerial.

O que vem a ser um “Ministério Público científico”? Antes de defini-lo, é importante compreender que o pensamento ou a postura cientificamente orientada distingue-se de outros modos de agir por demonstrar validade na prática. Assim, partindo dessa premissa, podemos delinear o MP científico como aquele que age de forma a interferir inteligentemente, produtivamente e com validade na ordem social. Ministério Público pensante, articulado, estratégico, resume, em linhas gerais, o método científico aplicado à atuação funcional. Este conceito, que de modo algum exaure seu alcance, deve provisoriamente bastar-nos, até que o avanço desse ensaio nos credencie a reunir mais dados para robustecê-lo e torná-lo plenamente preciso. Operamos com ele – apropriando-nos de uma imagem criada por Ihering (1979, p. 05) –, da mesma maneira como o matemático opera com o “x”, ou seja, como grandeza desconhecida.

Como defender o interesse social (sinônimo de “interesse público”, “interesse geral”, “bem comum”, etc.) sem estudar e conhecer seriamente a dinâmica social? Quais os princípios de organização justos à sociedade? Quais as expectativas estabelecidas e prioritárias no jogo finito dos bens disponíveis? Que meios mais céleres e eficientes podem ser usados para corrigir todos os privilégios, todas as injustiças e todas as ilegalidades? As respostas a essas indagações³ conduzem o agente à antessala do método científico aplicável à sua ação funcional.

A verdadeira base de uma sociedade organizada é, sem dúvida, tão complexa e irracional como o próprio espírito do ho-

3 Não há aspecto do edifício social que possa fugir à análise e à compreensão.

mem. Mas, sem a pretensão de dar a última palavra, podemos declarar que a verdadeira base sempre foi a habilidade de um sistema social de fornecer a seus membros o direito de esperar que poderão melhorar de condição, que terão direitos reconhecidos e atendidos, enfim, que poderão contar com instituições e mecanismos aptos a fazer observar seus direitos fundamentais com agilidade, precisão e eficácia. Quando o exercício do poder preserva suas prerrogativas morais (sendo um canal transparente para os inconformismos sociais), obtém seu elixir de legitimidade e longevidade: o consentimento (ou o estabelecimento de uma dinâmica de confiança).

A tarefa principal do método de agir científico é conceber os objetivos a seguir, antecipando-se aos atos e aos acontecimentos, com a finalidade de exercer sobre uns e outros a maior influência possível. Agir com inteligência é o primeiro verbo da cartilha do MP científico; a inteligência, como a piedade no dizer de São Paulo, é “útil a tudo”. Não nos referimos à inteligência burocrática, técnica, mas àquela secundada pelo entusiasmo, pelo amor prévio à causa ministerial e social, livre e capaz de julgar, dotada de uma lógica organizadora e de uma observação precisa, indo até o fundo das coisas (“ler por dentro”, como está no étimo da palavra “inteligência”). Como diz o evolucionista John Lewis (1968, p. 71), deixar de pensar é tão fatal como deixar de respirar.

O MP científico não se confunde com o “MP Resolutivo”, pois não se preocupa em evidenciar resultados⁴, mas sim com a natureza do método, embora seja uma ponte de ouro para a resolutividade. O Ministério Público atuante numa conjun-

4 É impossível estabelecer, cientificamente, quais os objetivos ou propósitos valiosos de determinada atividade humana. Os fins em si não são objeto de análise científica. A ciência só indiretamente pode abordar os valores, não diretamente. O método científico não capacita o intérprete jurídico a formular um juízo incondicional de valor científico e, especialmente, um de ordem moral. Não pode fixar o objetivo.

tura histórica de uma sociedade democrática pós-moderna esclarecida e exigente, guiada pelas conquistas científicas, inevitavelmente, será forçado a uma união mais íntima entre a resolutividade e a cientificidade de sua atuação; também será forçado a transferir a importância da *forma* para a *substância*, do *ser* para o *vir a ser*, do absoluto para a concepção do relativo, da imobilidade para o movimento. O científico será o método-mestre de uma instituição da qual se cobra constantemente eficiência, eficácia e efetividade, ou, em outras palavras, resultados socialmente relevantes.

Os principais fatores de mudança e progresso social são novas tecnologias, novos métodos de organização e de conhecimento. É possível hoje imaginar as Forças Armadas de qualquer país dissociadas da ciência e de seus métodos? A atual exploração petrolífera (ou energética, em geral) seria possível sem o auxílio decisivo da ciência? Ou a agricultura, pecuária e indústria sem o suporte do conhecimento científico⁵? Ou o planejamento econômico sem o apoio das conquistas científicas? Sem uma inteligente orientação numa época tecnológica e científica, o homem não pode herdar a terra. O homem não pode continuar a viver. O homem não pode sobreviver. Nos Estados modernos há uma dependência cada vez maior da ciência e de seus métodos. E quem fica alheio a esse processo irreversível perde, a bem dizer, o bonde da história.

A instituição posta diante de uma demanda pode:

- 1 - Resolvê-la;
- 2 - Resolvê-la bem;
- 3 - Resolvê-la ainda melhor.

⁵ Sobre os métodos de investigação científica aplicados à agricultura, *vide* HARRISON, 1942, p. 50.

Podemos *resolver* uma demanda feita pelos cidadãos, e *resolvê-la bem*. Mas sentimos o impulso de ascendermos ainda mais, em busca de uma *resolução melhor*. Esse “impulso” pode ser alcançado pelo desenvolvimento de um método científico, em que a insularidade de visão (“resolver” ou “resolver bem”) possa ser substituída por uma multidimensionalidade de ângulos (sempre buscar “resolver melhor”), estando os passos a trilhar previamente traçados.

O promotor, imbuído desse espírito científico que caracteriza nossa época, estuda, analisa e compreende⁶ os fatos que lhes são trazidos ao conhecimento sob a forma de demandas, adotando providências amadurecidas sob essa reflexão prévia. Não age nem se movimenta (nos mais específicos movimentos: instauração formal de procedimento, expedição de recomendações, requisições, audiências públicas, etc.) por uma energia mecânica cega, pelo simples influxo da lei ou pela mera imposição da autoridade. Seu mantra funcional é o mesmo que impulsionou a própria ciência: observação, experiência e verificabilidade.

Conhecer e compreender integram um estado de espírito especial, o qual é intrinsecamente diferente de um estado de mera crença⁷. A crença, o acreditar prontamente nem sempre é um guia seguro em direção aos fatos. A compreensão jurídica ou social de uma dada situação não é infalível, mas aquilo que é “conhecido” implica ser verdadeiro do ponto de vista funcional. E firmando o pé nesse estado de espírito, o agente ministerial está preparado para o combate.

6 O que é compreender? É agir conscientemente para alcançar um fim desejado. Isso pressupõe conhecimento sólido, experiência assentada e acumulada.

7 Por isso, a abominável expressão “acredito que sim” deve ser eliminada do dia a dia do agente científico. Por mais intenso que seja um sentimento de convicção, ele jamais pode justificar um enunciado científico (POPPER, 1975, p. 46).

É realmente tentador, não há como negar, manter-se no leito sereno dos códigos e das regras pré-constituídas, sem a necessidade de recorrer a concepções intelectuais inovadoras, que, de fato, consomem tempo e paciência, além de estarem sujeitas às abomináveis críticas dos “satisfeitos” com o *status quo*.

Esse novo agente, permeado de cientificidade, expressa o desejo de compreender a realidade social (em seus anseios, expectativas estabelecidas, interesses e tendências, inclusive debilidades e paixões), de ter ou de desenvolver protocolos homogêneos de atuação (seja investigando, negociando, ouvindo, transacionando ou processando) e de superar fórmulas ineficazes em que a intervenção da instituição equipara-se a um dente roto e insignificante numa engrenagem emperrada solta no vácuo da irresponsabilidade social.

Se o agente ministerial ainda não foi capaz, seja pelo exíguo tempo, seja por não atuar na área, de reunir experiências e atuar em função delas (com a sagacidade e a audácia decorrentes), deve ter em seu arsenal teórico farto conhecimento transversal sobre a matéria que é chamado a trabalhar. Isso resultará em um mundo de possibilidades e crescimento exponencial de efetividade.

Para novos problemas, novas respostas, eis o lema adequado a uma instituição científica permeável à experiência e aos princípios lógicos da boa gestão. Cada fracasso ou cada derrota deve ser um convite para o agente pôr mais cérebro na sua estratégia, abundância de raciocínio e conhecimento refletido, superando assim, à força de inteligência, de férrea meditação e de reflexão, os obstáculos que são opostos à sua atuação voltada ao interesse público. Também resulta recomendável ao agente científico integrante dessa instituição desenvolver a capacidade de reduzir seu pensamento sobre qualquer tema aos mais simples e práticos termos possíveis.

O segredo da força e do poder do Ministério Público reside em sua própria e contínua capacidade de se adaptar às novas necessidades e de reconhecer que são sempre necessários novos agentes dotados de uma nova mentalidade visceralmente científica para efetuar a adaptação. Manter agentes com qualidade cultural inadequada é segregar um veneno fatal nas próprias raízes de seu solo institucional.

Assim como a ciência se desenvolve e evolui através da revisão mais ou menos radical dos seus conceitos fundamentais (HEIDEGGER, 1964, p. 25; WEINREB, 2008, p. 82), o Ministério Público científico progride a partir de uma revisão constante dos seus objetivos funcionais e da forma como alcançá-los. A infundável variabilidade do cotidiano, aliada ao desenvolvimento de novas tecnologias, às descobertas das ciências naturais e às mudanças nos contextos político e social, apresenta novas questões nunca vistas antes, que pedem novas distinções ou revisões de distinções feitas anteriormente.

A ineficiência que afeta cronicamente algumas instituições do país liga-se, quase visceralmente, à má qualidade cultural e científica dos seus agentes. E por conta disso, a desconfiança nessas instituições é generalizada, volumosa, quase agressiva. Quando a sociedade está imersa no processo irreversível de internalização de mecanismos típicos de maturidade ou expansão democrática, em um ritmo cada vez mais apressado de modificação, o que antes era sucesso e eficiência converte-se facilmente em malogro. O povo, amadurecido democraticamente, não sobrevive com uma dieta de retórica apenas; exige resultado, eficácia, efetividade. Este é o preço a ser pago.

O custo social e institucional da ineficiência é muito grande, tornando proibitiva a manutenção de métodos que retardam a resposta efetiva às demandas formuladas. A instituição perde o caráter científico no desempenho de suas funções, quando se esquece das condições que deram origem

às atribuições, das questões sociais que subjazem à letra fria da lei (com suas fórmulas e encantos burocráticos) e dos motivos que justificam sua organização a nível constitucional. Restaurar o sentido histórico de suas funções é um valioso contributo para o carácter científico de sua atuação.

2. Padrão de trabalho científico e auxílio técnico

É o Ministério Público uma instituição técnica, científica, neutra e imparcial, cuja missão primordial é zelar pelo interesse público e alcançar resultados socialmente relevantes (virtudes que inspiram – ou devem inspirar – qualquer instituição republicana). O valor dos membros de uma instituição cientificamente orientada não é cotado em cifras; cifras de produtividade, cifras de prazos cumpridos e cifras de atos realizados. A escravização ao rendimento, à quantidade, ao número, à “embriaguez das grandes cifras”⁸, aos métodos de produção em massa, não é o objetivo institucional. Busca-se com o trabalho, inspirado e conduzido por esse método científico, resultados substanciais (ou socialmente relevantes), e não formulários e relatórios formalmente perfeitos, capazes de atender a sede de números (de “grandes números”) dos superiores órgãos de controle.

Nos dias atuais predomina em todos os recantos da sociedade e do Estado, a respeito dos assuntos públicos, uma abordagem técnica e científica sob o foco da eficiência e dos resultados. É o mote que move instituições modernas e comprometidas substancialmente com o interesse público. É um processo de evolução social que não admite marcha a ré. O Promotor de Justiça já não pode preocupar-se única

8 Oswald Spengler (1925, p. 179) descreve essa ânsia por números: “La embriaguez de las grandes cifras es una emoción característica que sólo conoce el hombre de Occidente. En la civilización actual desempeña una función preeminente ese símbolo, la pasión por sumas gigantescas, por medidas infinitamente pequeñas e infinitamente grandes, por *record* y estadísticas de todo género”.

e exclusivamente com os prazos processuais e com a pontualidade de suas manifestações (aspectos necessários, mas insuficientes). Se quer realmente obter resultados palpáveis para a comunidade onde atua, na solução de seus problemas, deve fazer um diagnóstico o mais claro possível sobre os problemas comunitários e desenvolver, a partir disso, um projeto científico em que as possíveis soluções estejam indicadas, investindo vontade e cérebro para as alcançar.

Todo progresso social leva necessariamente a uma etapa, na qual as noções ingênuas e tradicionais do Direito têm de ceder o passo a uma dialética mais aguda e a um saber mais sistematizado. Os mecanismos jurídicos, portanto, passam a ser província prioritária de agentes imbuídos dessa cientificidade e dessa agudeza de vistas.

Esse método científico impede que se façam concessões às vontades pessoais, aos preconceitos, às idiossincrasias, sob uma forma experimental, arbitrária e, muitas vezes, excêntrica, refletindo um caráter personalístico e voluntarista pouco compatível com a postura institucional e científica impressa na estrutura, nas atividades e nas ações do Ministério Público.

Por outro lado, não se pode exigir dos agentes do Ministério Público (assim como de qualquer outro integrante de instituição diversa) que sejam peritos em todas as múltiplas matérias reguladas na coleção legislativa. Em consequência, precisam buscar, com frequência, a explicação de um termo, de um preceito ou de uma situação dada, na informação técnica proporcionada por especialistas. Neste ponto, a cientificidade institucional se desloca da pessoa do agente e passa a integrar a estrutura institucional. A questão se desloca do gerenciamento pessoal da qualidade do agente científico, para a seara de gestão institucional. A cúpula diretiva da instituição se obriga a dotar os seus diversos órgãos de execução de serviços auxiliares nas mais diversas especialidades. Esse suporte técnico é absolutamente vital no método científico de agir do Ministério Público que pretende agregar resolutividade às suas ações.

Mas o conhecimento técnico isolado obtido por um grupo de especialistas em um campo restrito não tem, por si só, nenhum valor. Apenas adquire valor quando concretiza a sua síntese com todo o conhecimento restante, e apenas quando contribui, de forma efetiva, nesta síntese, para conseguir responder à questão crucial que acompanha qualquer instituição com responsabilidade social: pode propiciar resultados relevantes? Parece evidente que qualquer instituição científica moderna não pode prosperar sem constantes contatos com numerosos estudos especiais. Ideias importadas de outros ramos da ciência podem fertilizar uma ação condenada, de outra sorte, à esterilidade.

3. Modelo tópico de atuação: experiência real

Um modelo de atuação estruturado no primado objetivo-científico não pode colocar em primeira plana “projetos corporativos” de engrandecimento ou “projetos de criação de imagens”, relegando os problemas de fundo (de relevância social) para o terreno estéril da estatística.

Um caso prático, que se passou com um Promotor X (cujo nome preservamos), revela o esforço para fazer surgir e consolidar uma atuação científica e resolutiva, cujo propósito é atender, primariamente, os interesses do cidadão demandante e obter resultados socialmente relevantes.

Esse Promotor X assume em janeiro de 2014 uma Promotoria de Justiça Especializada no Controle Externo da Atividade Policial, órgão de execução, cujo modelo de atuação (de uma insuficiência palmar) e os riscos inerentes (lidar com policiais ainda desperta os mais primitivos e recônditos instintos de medo pânico) atrai pouco interesse entre os agentes do Ministério Público.

O referido Promotor tratou de obter uma radiografia do estado em que recebeu o órgão de execução. A partir disso, lançou um programa muito claro para alcançar resolutividade. Seu programa foi lastreado sobre algumas premissas:

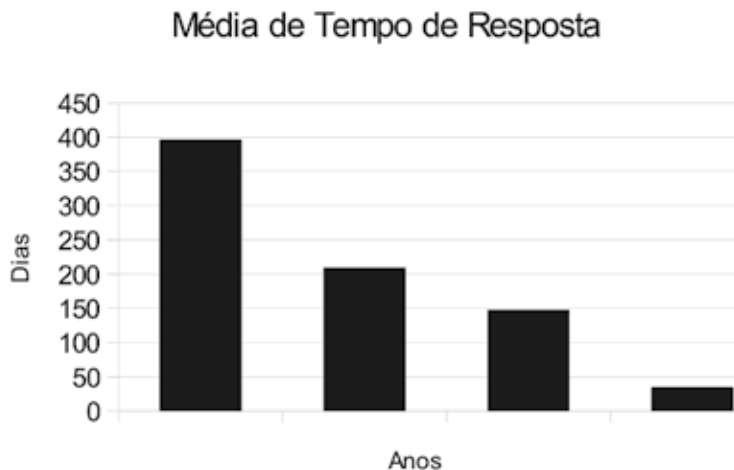
- 1 - Celeridade nas respostas;
- 2 - Transparência;
- 3 - Inovação;
- 4 - Modernização gerencial;
- 5 - Uso intensivo e plural de informações.

3.1. Celeridade

O Promotor X desenvolveu mecanismos aptos a fazer observar os direitos fundamentais dos demandantes com agilidade, precisão e eficácia. Uniu celeridade (em atenção clara a um precioso direito fundamental: “duração razoável do processo”) com eficácia, não se limitando a finalizar os procedimentos com o mero arquivamento. Para isso, conduziu as investigações no respectivo órgão de execução de forma eficaz, meticulosa, exaustiva, célere e independente.

A redução do tempo de resposta às demandas formuladas se evidencia no interstício de três anos: 2013, 2014 e 2015, conforme tabelas abaixo:

ANO	N. DEMANDAS	TEMPO MÉDIO DE RESPOSTA (EM DIAS)	REDUÇÃO PERCENTUAL (%)
2013	22	396,68	
2014	102	209,45	52,8% (2013)
2015	200	147,68	29,5% (2014) 62,78% (2013)



Também houve um aumento expressivo ao longo desses anos das medidas de operacionalização das decisões proferidas nos procedimentos (sem aumento de quadro funcional, apenas com a adoção de atos de gestão sob o influxo de uma orientação científica):

Atos de operacionalização	2013	2014	2015
Requisições	240	380	438
Ofícios	60	181	313
Notificações	55	134	117
Memorandos	82	168	374
Termos de declaração	113	123	134
Portarias	17	53	78
Certidões	126	194	197
Total de atos	693	1233	1651
Aumento percentual (em relação a 2013)		177,9%	238,2%

Algumas medidas foram úteis para aparelhar o órgão de execução, tornando-o ágil e evitando o desperdício de tempo:

1 - Requisições indiretas: algumas autoridades, por lei, quando destinatárias de requisições, devem ter o ato (requisição)

enviado pelo Procurador-Geral de Justiça. Isso, dependendo da situação, nos faz perder de 30 a 60 dias (uma vez que no cálculo para atender a requisição já descontamos o tempo gasto no trâmite de ida entre Promotor/PGJ/autoridade destinatária⁹ e de volta entre autoridade destinatária/PGJ/Promotor). Para evitar esse desperdício inútil (e inconstitucional) de tempo, e sem desprezitar a letra da lei, quando possível, a requisição era enviada diretamente para uma autoridade sem a dita prerrogativa, mas igualmente competente para atender o mandamento.

2 - Laudos e perícias dos Institutos de Polícia Técnico-Científica: neste setor, os laudos levavam de 30 a 60 dias para serem remetidos ao órgão de execução. Foi criado um *e-mail* institucional e, mediante tratativas com a direção administrativa dos órgãos periciais, foi facultada e sugerida a remessa por meio digital. O prazo foi reduzido para 10 dias, no máximo.

3.2. Transparência

Em 2013 (um ano antes do Promotor X assumir a Promotoria), o órgão de execução recebeu 22 demandas, evidência clara da completa atrofia do aparato funcional. Já em 2014, a Promotoria recebeu 102 demandas, um aumento de quase 500%. Em 2015, foram 200 demandas, 100% a mais que 2014 e quase 1.000% em relação a 2013. O que gerou este aumento de demandas? Quais variáveis responsáveis por esse afluxo de *in puts*?

9 É interessante observar que o expediente egresso da Promotoria de Justiça passa pelo Setor de Protocolo, que, após os registros burocráticos, encaminha para a PGJ. Esta, por sua vez, volta a emitir memorando ao Setor de Protocolo, encaminhando o expediente ao destinatário. O retorno do documento obedece ao mesmo trâmite, inexplicavelmente zigzagueante e moroso.

Duas variáveis, basicamente, romperam os diques: celeridade nas respostas (*out puts*) e maior transparência.

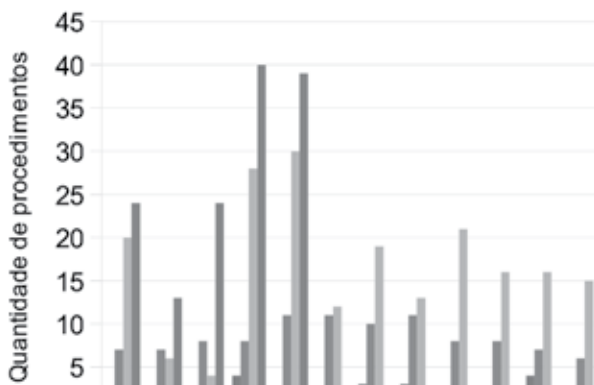
Em 2013 (ano em que o órgão ficara sob os cuidados de outro agente), o tempo médio de resposta foi de 396 dias. Gastava-se muito tempo para entregar muito pouco, ou ainda, para manter tudo igual. A confiança em uma determinada instituição é uma medida das experiências dos indivíduos com essa instituição, ou seja, no desempenho dos membros da instituição em situações específicas e avaliação desse desempenho dentro de um contexto. No caso específico (ano de 2013), além da demora (396 dias) na finalização da demanda, a entrega da prestação (simples arquivamento) deixava o demandante insatisfeito.

Em 2014 e 2015 (já sob os auspícios do Promotor X), o tempo médio caiu para 209 e 147 dias, respectivamente. No primeiro ano (2014), a redução foi de 52,8% em relação a 2013; no segundo ano (2015), a redução foi de 62,78% em relação a 2013 e 29,5% em relação a 2014: ou seja, a celeridade das respostas às demandas formuladas vem em um crescendo. As demandas não são apenas “resolvidas”, mas em um processo evolutivo e prospectivo são “resolvidas bem”, sempre buscando “resolvê-las ainda melhor”.

Essa efetividade (com celeridade e substancialidade) na resolução das demandas aliada à ampla transparência (com ciência e cópia da decisão ao órgão acionador, suposta vítima e investigado) tem rendido uma ampliação crescente das demandas (como demonstramos acima), bem como dos órgãos acionadores. O aumento das demandas e dos órgãos acionadores indica uma confiança no tratamento eficaz das reclamações pelo órgão de controle. Vejamos os quadros abaixo e a evolução multifária dos órgãos provocadores e o aumento crescente de demandas:

2013 - origem (nº demandas)	2014 - origem (nº demandas)	2015 - origem (nº demandas)
Cidadãos (21)	Cidadãos (73)	Cidadãos (90)
Ministério Público (1)	Ministério Público (8)	Ministério Público (50)
	Judiciário: 3a. VECUTE (9) 2a. Vara Júri (1) 1a. Vara do JECVDFM (1) 5a. Vara Criminal (1) 9a. Vara Criminal (1)	Judiciário: 3a. VECUTE (10) 2a. VECUTE (5) 1a. Vara do JECVDFM (8) 2a. Vara do JECVDFM (1) 4a. Vara Criminal (1) 7a. Vara Criminal (2) 9a. Vara Criminal (1) Plantão Criminal (1) Vemaqua (1)
	Secretaria Nacional de Direitos Humanos (3)	Secretaria Nacional de Direitos Humanos (8)
	Marinha (1)	Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (1)
	Anônimo (3)	Anônimo (11)
	CNMP (1)	Instituto de Criminalística (1)
		Instituto Médico Legal (1)
		Mídia (1)
		Procuradoria-Geral do Estado (1)
		Ouvidoria-Geral do Estado (1)
		Associação de Praças e Soldados (3)
		Sindicato dos Delegados (1)
		Corregedoria Geral do Sistema de Segurança Pública (1)

Procedimentos Recebidos



Quantidade de demandas mês/ano

Meses/Anos	2013	2014	2015	2016
01	0	7	20	24
02	1	7	6	13
03	0	8	4	24
04	4	8	28	40
05	1	11	30	39
06	1	11	12	0
07	3	10	19	0
08	3	11	13	0
09	1	8	21	0
10	2	8	16	0
11	4	7	16	0
12	2	6	15	0

3.3. Inovação

A inovação não se confunde com o “culto da novidade” ou a “obsessão do novo”, numa espécie de febre de mudança altamente nociva à consolidação das boas práticas. Inovar não se limita a destruir e substituir, mas agregar, acrescentar. O progresso inovador não deixa atrás de si apenas destruição e ruínas, em uma tática de “terra arrasada”, mas preserva o que se revelou eficiente, eficaz e efetivo. É razoável que assim seja, pois o pensamento e as suas conquistas não podem avançar com um total rompimento com o passado, até porque a mudança de padrões e pontos de vista é gradual; ela dificilmente resulta na subversão ou total supressão de um ponto de vista aceito antes, sem oposição.

O espírito inovador não pode desprezar grandezas acumuladas; ao contrário, deve servir-se delas para dar o passo adiante. A inovação é como um cristal microcópico que precipita

uma solução saturada, no caso saturada de passado, de tradição. O futuro não se compreende plenamente senão numa referência ao passado e, por isso, quase sempre, a inovação pode consistir em “encher velhos barris com vinho novo”.

No empreendimento devotado à inovação é necessário, depois de haver obtido uma análise do conjunto das práticas em vigor, deixar as conclusões em repouso por um instante e contemplar, se possível, a extensão da zona assinalada para a demolição. Depois é por mãos à obra.

Assim, o caráter inovador se refere a uma ideia, método ou objeto concebido que foge aos padrões anteriores, às fórmulas consagradas, mas preserva o que deve ser preservado. Não parte do nada – *ex nihilo nihil fit* (nada surge do nada) ou *nihil novi sub sole* (nada de novo sob o sol – Ecles. 1:10). No caso do Ministério Público, a postura inovadora pode ser definida como a capacidade de fazer mais e melhor (com ganho de eficiência) com menos recursos, na prestação de serviços afetos à instituição. E qualquer agente ministerial científico deve ter um espírito, decididamente, predisposto à inovação.

3.4. Modernização gerencial

Nos itens seguintes, mostramos algumas medidas adotadas no órgão de execução, de modo a utilizar os mais modernos métodos de gestão do serviço público.

3.4.1. Acesso a modernas ferramentas tecnológicas

O primeiro movimento feito no órgão de execução foi reunir os dados existentes (inclusive de anos pretéritos) numa planilha com várias abas (procedimentos em trâmite, finalizados por ano, finalização geral, indicadores de tempo de resposta média, tipos de crimes, etc.). Racionalizados

os dados e depuradas as informações, o passo seguinte foi aperfeiçoar o sistema de controle. Uma preocupação logo foi sentida: controlar o tempo gasto pelo serviço de apoio para cumprir os despachos e as decisões do Promotor. Isso se afigurou importante, pois embora o agente ministerial mantivesse os procedimentos dentro dos mais estritos prazos (atendendo à celeridade pretendida) com um controle rígido e em tempo real, o verso da moeda (a continuidade do serviço auxiliar) permanecia sem controle, ou seja, todo o esforço feito de um lado poderia se esvaír do outro. Era preciso vedar esse vazamento de esforço coletivo.

Assim, dada essa preocupação, a planilha de controle foi aperfeiçoada no sentido de alertar o tempo gasto pelo serviço de apoio para operacionalizar as medidas, disponibilizando as informações em tempo real e possibilitando um controle rigoroso. Além disso, o depuramento do sistema possibilitou ainda traçar um esquema preciso dos crimes apurados, dos agentes acionadores ou provocadores (cidadãos, órgãos públicos, mídia, etc.), tempo médio gasto na finalização, número de demandas mês a mês, gráficos comparativos, etc.

Com tal aparato tecnológico, pode-se ter, a qualquer momento, com um simples toque, a estrutura real e funcional do órgão de execução. E esse aparato pode ser aplicado em qualquer órgão do Ministério Público.

3.4.2. Uso intensivo e plural de informações

Estabeleceu-se na Promotoria um sistema de planilhas de controle (como já referimos no item 3.4.1) com coleta e preservação de dados primários ligados à atuação funcional, bem como a preocupação constante de manter esses dados atualizados e transparentes. No quesito transparência, foi adotada a prática de elaborar um relatório anual sobre to-

dos os resultados alcançados. Isso quanto ao aspecto global (político e social) da atuação. No microcosmo funcional, adotou-se a prática inarredável de cientificar, pessoalmente, todos os protagonistas dos procedimentos (provocador/demandante, vítima, ofendido, investigado, suspeito). Todos, indistintamente, têm amplo conhecimento do passo a passo dos procedimentos e das decisões. Antes, se o órgão de execução era opaco e com ultrassensibilidade à publicidade (às vezes, constitucionalmente indiferente), passou a ser transparente e translúcido. E essa nova rotina ampliou os canais de acesso, consolidou a perspectiva de efetividade e, por consequência, atraiu maior número de demandas, fornecendo combustível à máquina e mantendo-a azeitada pelo uso constante (sem colapsar seus mecanismos).

Foi incorporado o acompanhamento dos indicadores de eficiência (celeridade, transparência) como rotina funcional. É importante para o órgão de controle externo ter acesso a informações confiáveis sobre os resultados de seu trabalho para saber se está realizando suas funções corretamente e projetar metas adequadas. Como fato e percepção são coisas distintas, é necessário fiar-se em dados objetivos para avaliar a eficácia, a eficiência e a efetividade do controle.

Os dados relevantes são:

- 1 - A quantidade e o tipo de demanda feita ao longo do ano;
- 2 - Demandas iniciadas e finalizadas no mesmo exercício (ano);
- 3 - Radiografia das espécies de crimes apuradas;
- 4 - A qualidade das vítimas por gênero, raça, idade, etc.

A análise dos dados pode servir como um ponto de partida para um processo de aperfeiçoamento contínuo da função de controle, numa espécie de gestão de qualidade.

Essa coleta deve atender a alguns requisitos: ser planejada (atendendo a um objetivo cientificamente traçado: melhoria e aperfeiçoamento do serviço); e submissão à verificação e controles de validade e precisão (não basta observar, é necessário seguir um roteiro ou um sistema de utilização produtiva dessas informações).

3.4.3. Aperfeiçoamento da investigação e da responsabilização

Os crimes e os abusos cometidos pelo braço armado do Estado são de elevado custo social e, portanto, devem ser objeto de especial atenção. Os órgãos e agentes públicos encarregados de exercer o controle externo devem contar com poderes (recursos técnicos) e recursos necessários (orçamentários, estruturais, humanos e físicos) para conduzir eficazmente a investigação, de forma imparcial e completa, tendo amplo acesso a bancos de dados, documentação e outras informações relevantes. Mediante esses poderes e recursos é como se se implantassem dentes no controle exercido para coibir eventuais abusos policiais.

Um controle externo maximalista deve ser capaz de monitorar (avaliar, inspecionar e auditar) o trabalho de investigação (em suas características de investigação eficaz, meticulosa, exaustiva, célere e independente) até o encerramento do caso, investigar diretamente (em caso de desídia, corporativismo, etc., que resulta numa *investigação seletiva*, sem problema algum para a higidez do sistema de supervisão) e acompanhar o processo judicial até a completa punição do culpado.

No órgão titularizado pelo Promotor X, o modelo de controle externo adotado em lei não comporta a responsabilização criminal como atribuição direta do controle concentrado. Essa deficiência do modelo gera um problema sério: a superposição

de investigações sobre o mesmo fato, às vezes, com dois ou mais órgãos apurando fatos idênticos (polícia civil, polícia militar – IPM e Ministério Público). Essa situação pode redundar no envio de dois ou mais procedimentos a membros do Ministério Público diversos, com desdobramentos distintos. Assim, sobre um mesmo fato, um agente ministerial pode promover o arquivamento e outro pode oferecer denúncia. São decisões contraditórias ou diametralmente opostas tomadas sobre um mesmo suporte fático. Concentrar a atividade de investigação e de responsabilização (pelo menos o pontapé inicial), nas mãos dos órgãos especializados, evita decisões díspares. Mesmo que o fato continue a ser investigado por instâncias diversas, ao fim tudo o que for apurado será remetido a um único órgão encarregado de formar a *opinio delicti*. É uma espécie de uniformização de entendimento sobre a matéria. E esse mecanismo pode funcionar até como um meio dissuasório para procedimentos investigatórios paralelos (com dispêndio de recursos e de tempo).

Com essa preocupação em mente, o agente que nos ocupa procedeu a um amplo estudo e enviou um projeto de um modelo legal capaz de atender às expectativas de efetividade do controle concentrado, à guisa de sugestão legislativa à chefia institucional.

3.4.4. Trabalho em equipe

É preferível construir castelos ou plantar árvores que perder tempo cavando sepulturas ou ficando tumbas. As pessoas tendem a se manter do lado de quem as valoriza e faz com que sejam melhores. Um motivador, um “engenheiro de homens”, sabe calcular o círculo das possibilidades.

Com essa filosofia e esse propósito (de não se ver reduzido a si mesmo), o Promotor X passou a fazer reuniões mensais

com sua equipe de trabalho, para desenvolver um vigoroso sentimento de compartilhar os mesmos objetivos (em uma base sólida de mútua confiança), consolidar as boas práticas e corrigir eventuais desvios ou desacertos funcionais. E, ao final de cada ano, toda a equipe é objeto de elogios oficiais constantes em seus assentos funcionais.

Também acionou colegas com a mesma atribuição, sugerindo uma reunião mensal com o propósito de homogeneizar entendimentos e tornar a atuação, na medida do possível, coesa e monolítica. Essa providência é capaz de destravar o espírito de equipe entre agentes que cultivam a independência funcional em alto apreço.

Essas simples medidas, de cambulhada com o empenho pessoal do titular do órgão em alcançar resultados socialmente relevantes, internalizou no grupo o senso de responsabilidade pelas metas traçadas a nível funcional, resultando em um bloco monolítico imbuído do mesmo ardor e do mesmo entusiasmo.

3.5. Medidas a serem implementadas

Apesar dos progressos essenciais obtidos neste órgão de execução, como podemos verificar pelos indicadores de eficiência apresentados, ainda há muito para ser feito. Dentre as medidas a serem implementadas, podemos indicar¹⁰:

1 - Montar um sistema de acompanhamento (*track-and-trace system*, ou seja, “seguir e rastrear”).

O controle externo da atividade policial recebe consistência jurídica e prática quando desenvolve as seguintes funções concomitante ou sucessivamente:

¹⁰ Essas medidas, por implicarem modificação legislativa essencial (pois mudam radicalmente o atual modelo de controle externo), foram enfileiradas em um projeto e enviado ao Procurador-Geral de Justiça para análise.

- a) monitoramento, avaliação, inspeção e auditoria;
- b) investigação direta;
- c) destravamento da máquina judicial de responsabilização;
- d) acompanhamento do caso até o desfecho judicial.

Quando houver exercício de ação penal, com oferecimento de proposta de transação penal ou de denúncia, ou ainda ciência de sentença relativa a processo criminal com réu policial, civil ou militar, perante o juízo comum, o órgão do Ministério Público com atribuições para officiar no feito deve comunicar à Promotoria Especializada no Controle Externo da Atividade Policial. Este órgão, por sua vez, terá elementos para organizar um sistema de acompanhamento das ações penais em curso, realizando as gestões internas necessárias para o sucesso dos eventuais recursos, sem prejuízo da atribuição do Promotor Natural do feito na fase processual respectiva.

Atualmente, o sistema de controle é pouco transparente, seus procedimentos e seus atos não recebem a devida publicidade e divulgação, mantendo a população alheia aos resultados do monitoramento policial, das investigações em curso e, principalmente, da resposta judicial aos abusos policiais. Não há uma avaliação contínua dos procedimentos e dos resultados obtidos e, também, por outro lado, não há divulgação de tais dados (opacidade das informações).

2 - Eliminar a papelada.

O “amor ao papel”, típico de uma cultura cartorial como a nossa (talvez por conta da herança lusitana), é a mais exuberante prova da ineficácia administrativa. A quantidade de papel acumulado nos armários e nos arquivos dos órgãos públicos é algo realmente assustador. A ideia é transformar o arquivamento físico em acervos digitais. Para tanto, pode ser usada a tecnologia de armazenamento em nuvem, sem pre-

judicar a circulação, a forma de acesso e o arquivamento dos dados. Essas medidas atendem outros objetivos igualmente importantes para uma instituição pública: preservação da memória, integridade física dos documentos, otimização de espaço e de pesquisa, redução de custo operacional (economia de material), maior segurança/eficiência na circulação da informação e consciência ambiental.

3 - Criar um setor de estatística.

A coleta, a sistematização e a gestão dos dados relativos à atividade do controle externo da atividade policial podem servir para a concepção de políticas públicas de segurança pública. E a existência de um setor especializado em estatística na estrutura orgânica da instituição ajuda a planejar cientificamente o passo a passo dessa área tão sensível e tão cara à sociedade.

4 - Criar e manter um banco de dados atualizado e pormenorizado com todas as informações relativas a membros dos órgãos controláveis, que estejam ou estiveram respondendo a processos judiciais, procedimentos administrativos disciplinares, Conselhos de Disciplina e Justificação ou a inquérito policial civil ou militar.

4. O misoneísmo ministerial

Há certos agentes ministeriais, cuja descrição zoológica é difícil de ser estabelecida, que persistem em atuar sob os auspícios de antigos modelos inadequados, anti-históricos¹¹, simplistas e ingênuos, alheios ou indiferentes ao elevado (e substancial) propósito constitucional atribuído ao Ministé-

¹¹ Uma vez que livres da dependência de valores históricos consagrados pela instituição do Ministério Público.

rio Público. Esses profissionais, é forçoso reconhecer, cabem com folga numa imagem criada pelo implacável Tobias Barreto, chefe máximo da conhecida “Escola de Recife”:

Entre os voos da águia e as largas passadas do camelo não hesitam em preferir a majestade do quadrúpede, porque em última análise este leva no costado uma porção do *necessário* e do *útil*, alguma coisa que faz parte da grande bagagem da vida. (BARRETO, 1991, p. 39).

O misonéismo dessa espécie de profissional, seu temor (às vezes, até uma tendência hostil) a tudo quanto é novo e desconhecido, paralisa todos os seus movimentos (mentais e musculares) e faz dele um instrumento dócil aos interesses dos grandes violadores da ordem jurídica, pois não encontram resistência a seus desejos pantagruélicos. Isso quando não avança para limites patológicos de personalidade, como indolência, inércia, lentidão de vistas, ininteligência e todo tipo de impotência, que servem como pretexto para subtraí-lo ao estudo e ao exercício regular da profissão. São traços que esterilizam e paralisam a ação funcional efetiva e não se ajustam à realidade. Por conta dessas qualidades, esse agente ministerial funciona quase como um elemento sabotador do esforço institucional em neutralizar poderosos interesses contrários aos descritos na Constituição e nas leis.

Felizmente, os avanços são impulsionados não por essa massa conservadora e grotescamente satisfeita, mas como diz o físico alemão Max Born (1968, p. 19) pelos “inteligentes, inquietos, esforçados, que não se sentem satisfeitos com as relações sociais existentes. Eles mostram o caminho que a grande massa segue” voluntariamente ou arrastada pelo caudal da torrente.

Sem dúvida, toda instituição ou organização administrativa conta com homens e mulheres que podem transcender as limitações de seus interesses e compreender a validade da extensão de seu sacrifício; e a dívida que temos para com eles, por se recusarem a aceitar os padrões convencionais de seu tempo, é incomensurável.

Os desafios lançados a um agente, digamos pré-científico, o abatem e o acabrunham¹², e o levam aos inevitáveis conflitos negativos de atribuição, uma conveniente rota de fuga individual às responsabilidades institucionais e sociais¹³. É obtuso a toda sugestão, irrita-se quando se propõe uma investigação ou qualquer outra medida, indiferente à verdade. Todas essas variáveis são incapazes de moralizá-lo. Em tal cenário, é fácil evoluir (ou melhor dito, involuir) para um agente tacanho, imoral, ininteligente, insensível e incapaz de discernir entre o melhor para si, para sua instituição e para a sociedade.

Esse tipo de agente esgota sua ingenuidade opondo obstáculos, os mais específicos e bizarros, aos protocolos de eficiência nos órgãos que titulariza. É como um capitão que durante toda sua vida viajou em barcos a vela e deve, de

12 Isso avaliza, com folga, as palavras de Harold J. Laski (1945, p. 85-86): “En todo Estado existe una cantidad innumerable de hombres estúpidos que ven en todo pensamiento anti-rutinario la perspectiva de una destrucción inminente de la paz social”.

13 Sobre o tema registramos em recente estudo: “Nos conflitos de atribuições entre os agentes do Ministério Público há, claramente, um interesse inercial que, em regra, orienta suas deflagrações (principalmente quando se sucedem em cascata e entre os mesmos órgãos), revelando um traço cultural-institucional muito forte do horror à responsabilidade e que se traduz na expressão corriqueira do ‘isso não é comigo’. O interesse substancial, de fundo, não derivado do embate de circunstâncias transitórias, é inconscientemente relegado à esterilidade do apodo *fiat justitia pereat mundus* (faça-se justiça, ainda que pereça o mundo)...” (Rodrigues, 2015, p. 277-278). Os grandes males da sociedade não são, como parece ser à primeira vista, a pobreza, a ignorância, a violência, o crime, a insegurança, mas se concentram neste tradicional pensamento cínico de “horror às responsabilidades” de muitos agentes públicos predispostos, jurídica e politicamente, a por cobro (ou, pelo menos, manter em níveis razoáveis) a estas mazelas sociais.

repente, haver-se com a navegação a vapor. Lançado neste torvelinho, é possível que o esforço para resistir-lhe (o misoneísmo, propriamente dito) produza uma fadiga, uma saudade da antiga rotina de pensamento, em que tudo era conhecido e não suscitava dúvidas, refletindo-se numa atuação apática, burocrática e simplesmente para atender a números. Parece reviver uma máxima repetida pelos personagens quadrupedais na criação fabulosa de George Orwell (1992, p. 23), devidamente adaptada à sua realidade: “o que não suscita dúvida BOM, o que gera incerteza RUIM”.

Em verdade, a dificuldade não está em aceitar ideias novas que germinam e brotam aqui e acolá, mas em abandonar as velhas ideias que dão a última flor. Agora como sempre: quando os homens vivem por muito tempo em erro, o despertar é terrível. Nosso medo do desconhecido, nosso desagrado pelo risco da experiência em larga escala, sempre dão ao passado um encanto que um futuro incerto não pode ter. Mas o único evangelho que traz sensação de esperança é o de que todas as coisas devem ser renovadas.

O agente pré-científico, com sua conduta misoneísta, empresta validade à desacreditada lei da invariabilidade da natureza humana¹⁴: “Posto que sempre foi assim, sempre será da mesma forma”. É a força da inércia, nutriz da tradição. Esse agente parece destinado a administrar a continuidade dos tempos do que enfrentar a sua mutabilidade. Prefere cortar as pernas e andar de muletas, a correr o risco de ser

14 A propósito deste princípio, diz John Lewis (1968, p. 41;114): “O homem é a única espécie animal que, a partir do momento em que nasce, sofre mudanças contínuas em seus hábitos e em seu modo de vida, de forma que, longe de ser algo fixo, a natureza humana tem progredido regularmente [...] é adaptável, infinitamente maleável e não-diferenciado – é a mais educável e alterável de todas as criaturas. Altera-se quando adquire novos métodos, novas técnicas e novas ideias. O fato de ser dotado de um cérebro faz com que o homem possa aprender, reorganizar, adotar novos métodos, eliminar os menos úteis, podendo, assim, mudar tão rapidamente... é pura potencialidade, não é uma dada essência fixa”. No mesmo sentido: BERLIN, 1999, p. 32; HUXLEY, 1942, p. 65.

atropelado pelas mudanças trazidas pelo futuro. Mas essa antiga rotina de pensamento já não serve mais à instituição resolutiva que se pretende implementar. Chegamos a um ponto de evolução institucional em que as tradições do passado e seu mundo crepuscular estão em profundo conflito com as projeções do futuro.

De acordo com princípios básicos de ciência existem qualidades aditivas (ou cumulativas) e qualidades não aditivas (que não se incorporam ou não se acumulam). A força de nossos braços é aditiva, pois duas pessoas juntas levantam duas vezes mais peso. A temperatura de nossos corpos não; os 36°C de dois corpos não somam 72°C, seguimos com 36°C por mais próximos que estejamos um do outro.

Lamentavelmente, a estupidez do agente misoneísta (e pré-científico) é aditiva, mas a inteligência não o é. A estupidez atrai estupidez, enquanto a inteligência segue seu caminho (às vezes, à escoteira).

Não é exagero afirmar que nosso agente misoneísta apreende os desafios diários através de um realismo ingênuo¹⁵, ou seja, recebe as impressões por intermédio de uma experiência mecânica já consolidada pelo tempo (experiência esta totalmente asséptica, ou seja, sem nenhum tempero crítico), livre da necessidade de problematizar ou garimpar sutilezas teóricas visando extrair novos dados e adotar uma nova solução. Assemelha-se à abelha que reconhece as flores por sua cor ou cheiro, sem precisar filosofar ou teorizar a respeito.

É necessário certa flexibilidade diplomática para lhe colocar o ponto de vista de longo alcance diante do ponto de vista

15 Esse realismo ingênuo, como já assinalado alhures, é uma espécie de muleta para pernas sãs.

imediatos; para lhe dizer que uma instrução realmente adequada é mais importante do que meia hora a menos por dia de trabalho ou alguma vantagem acrescida ao subsídio.

Ao agente preparado no cadinho olímpico do método científico, esses mesmos desafios fazem brotar o que há de melhor em seu espírito e em sua conduta funcional, buscando os melhores e os mais efetivos meios de arrostar as dificuldades e se desincumbir das demandas. Trabalha com completa entrega ao método científico e sempre pronto em ampliar seus próprios limites intelectuais. Quanto mais amplamente é provocado, tanto mais completamente se desenvolve; ataca o problema ao invés de evitá-lo. A cada problema, a cada contratempo, seu lema é “mais cérebro e mais inteligência”. Junte-se a isso uma mentalidade de coragem e de resolução com sentimentos vivos de verdade, justiça, liberdade, igualdade, e temos, sem esforço de busca, o herói de Carlyle.

O agente científico, insatisfeito, inquieto e essencialmente inovador é uma das causas por que a moral institucional não constitui um sistema fechado e infenso às mudanças necessárias para o aperfeiçoamento. O ideal de perfeição resultante da cientificidade e da resolutividade responde às necessidades mais profundas da natureza das demandas sociais e da estrutura do próprio Ministério Público, uma instituição na qual a sociedade deposita as maiores esperanças (talvez, sem assumir um tom escatológico ou messiânico, suas últimas esperanças).

De qualquer modo, a solução não é construir uma muralha chinesa ao redor desses profissionais “satisfeitos” e “resignados”, censurando-os ou levando-os compulsoriamente à virtude funcional dentro do novo modelo científico, mas compreendê-los e auxiliá-los a sair desse confinamento au-

toimposto¹⁶. Nenhum homem é vítima permanente de um destino fixo. De certa forma, esses profissionais são vítimas de nosso sistema educacional, que não passa de uma *corrida de obstáculos*. Em vez de encorajar o estudante a dedicar-se a seus estudos por amor ao próprio estudo, em vez de encorajá-lo a amar realmente o objeto de sua pesquisa e a livre investigação, é ele incitado a estudar em função de sua carreira pessoal e levado a só adquirir aqueles conhecimentos que lhe sejam úteis para transpor os obstáculos de que se deve livrar a fim de alcançar uma posição no mercado de trabalho (público ou privado).

O êxito no concurso público de provas e títulos representa, para muitos, o ponto mais alto da evolução profissional, o coroamento precoce de uma caminhada que apenas começou; o que vem depois é a degenerescência galopante, uma doce resignação do aniquilamento intelectual; uma espécie de anemia espiritual. Tornam-se vítimas da vaidade, aquela vaidade enxundiosa e grotesca, em que o cérebro se estreita e a barriga arredonda-se.

Após isso, imaginam que já não precisam estudar mais (alguns porque já se dão por satisfeitos com o que conseguiram), isso quando não ocorre o pior, a falta de consciência de que sabem pouco, sendo carecedores de mais luz. Nada mais ignorante que um bacharel, não tanto pelo que acha que sabe, mas pela ignorância da necessidade de se autoinstruir pelo resto da vida. O fato de terem estudado várias matérias e disciplinas, por vários anos, cria a falsa ideia de haver esgotado o assunto e de que sejam donos, assim, de todo o saber caro à vida ou à profissão. Não é bem assim. As diversas universidades e escolas não têm semelhante propósito. Ne-

¹⁶ Podemos dizer, guiados antes pela tristeza que pela ironia, que uma das maiores dores da natureza humana é a dor de uma ideia nova, sendo um trabalho elogiável domesticá-la no espírito misonicista.

las não se formam filósofos, estadistas, artistas, etc., porque tendem a se fechar dentro de verdades teóricas intocáveis, esterilizadas pela falta de contato com a prática. Fornecem apenas um mínimo de conhecimentos, o ponto de partida para a aquisição de novos e proveitosos ensinamentos – algumas delas, para não dizer a maioria, são simples fábricas de diplomas – de onde saem, em série, os “ignorantes diplomados”. Por este modo, independente da qualidade do aluno, o estudo posterior torna-se absolutamente necessário.

O mundo moderno não autoriza um profissional a ter competência e sucesso, se não for um investigador/pesquisador permanente na sua área, alimentando continuamente sua capacidade de inovação, seus recursos mentais e sua disposição para problematizar o trabalho diário. Os conteúdos transmitidos nas universidades não são suficientes para a vida profissional dos estudantes. A proposta de “aprender a aprender” abre a visão de que a educação não tem fim, renova-se dia a dia e avança rapidamente numa sociedade moderna, provocando um processo ininterrupto de atualização. A instrumentalização do “aprender a aprender” acompanha o profissional e abre caminho para acessar a universalização da conquista da ciência, dos métodos e das técnicas.

Uma boa parte desses profissionais tem uma falsa noção acerca da vida. Imaginam eles que, concluído o curso de Direito e obtido êxito no concurso público respectivo, terminou, definitivamente, o período dos grandes esforços intelectuais continuados, e que se entra numa nova fase: na fase dos hábitos automatizados (ou melhor seria: um “sistema de hábitos” servis). E aqui surge a grande dificuldade sentida por esse profissional automatizado: sugerir que desista desses hábitos adquiridos pelas possibilidades do desconhecido. Esse clima mental torna, realisticamente, muito difícil, senão impossível, qualquer outra maneira de pensar ou de agir. Seria exigir que esse indivíduo em um súbito clarão de

inspiração, como ocorre no domínio da fé religiosa, tivesse, de repente, uma visão de verdade nova. O hábito dificilmente morre e não é fácil levá-lo a uma razão que não parta das suas próprias premissas. Sempre resta alguma coisa de um antigo e inviscerado hábito. Talvez, por isso, William James tenha colocado como virtude fundamental do ser humano, o “hábito vital de quebrar hábitos”.

4.1. Agente ministerial pré-científico e um trabalho de reengenharia institucional

Uma instituição pública não existe sem as pessoas que a constituem. Se quisermos conhecê-la, precisamos analisar seus membros, seus servidores e até mesmo seu público-alvo. Devemos, portanto, estudar o caráter da natureza humana por trás da instituição. A natureza deste patrimônio humano nos dará, com certeza, a solidez e as perspectivas da dita instituição.

No que cabe à instituição objeto deste ensaio, o futuro do Ministério Público brasileiro depende de nossa capacidade e de nossa boa vontade em organizar a evolução dos agentes pré-científicos, se quisermos continuar a ser uma instituição que goza de alta credibilidade no meio social.

Não é sensato haver distinções de valor profissional entre os agentes ministeriais, por duas razões básicas: 1) respeito próprio; 2) homogênea eficiência funcional. Nada de agentes científicos e pré-científicos ou proativos e reativos. Todos devem compartilhar um senso mais agudo de responsabilidade; um senso profundo dos elementos de justiça social e combatividade; e uma capacidade científica e técnica. Claro que tais qualidades não surgem do nada, como se diz das orquídeas que crescem no ar, devem ser forjadas como parte de uma estratégia científica da própria instituição e de seus órgãos dirigentes.

5. Roteiro científico

Quanto à gestão do Ministério Público, em geral, falta um roteiro ou esquema de ação profissional a nortear os agentes ministeriais, e isso faz com que a instituição, em seus vários órgãos de execução (bem como nos seus órgãos superiores de direção e de gestão), adote a censurável e obsoleta estratégia de “tentativas e erros” na operacionalização das diversas matérias a si confiadas. Cada agente molda sua Promotoria de acordo com suas ideias, preconceitos, idiosincrasias, sob uma forma experimental, arbitrária e, muitas vezes, excêntrica, refletindo um caráter personalístico e voluntarista.

Essa má gestão pode frustrar as expectativas do público, fazendo refluir a legitimidade e o apoio popular. Abaixo indicamos alguns pontos que, se observados, podem contribuir para traçar um modelo de atuação mais profissional e científico.

5.1. Utilização do mecanismo jurídico adequado

O primeiro preceito do método científico aplicado à atuação funcional do Ministério Público pode ser enunciado assim: não utilize nenhum mecanismo jurídico para o qual não foi possível determinar, de forma totalmente clara, se realmente é o mais adequado e eficaz no caso particular. Não é suficiente ser inteligente, conhecendo com profundidade cada instituto jurídico e a forma de manuseá-lo. É preciso ser prudente e racional, sempre atento ao fato de que a inteligência distingue entre o possível e o impossível, mas somente a razão distingue entre o sensato e o insensato.

Cada método de atuação (seja na investigação ou na responsabilização) tem seus especiais critérios de exatidão, e não há nada tão falso como aplicar, sem crítica, a um círculo de tarefas os critérios de exatidão de outro.

5.2. Desconfie dos argumentos de autoridade

Os argumentos de autoridade, com suas verdades absolutas/definitivas e exatidões absolutas, constituem teias de aranha para o cérebro humano e não devem ser tolerados. Não passam de bolhas de sabão prestes a se desfazer. Nada que não seja racionalmente inteligível pode ser objeto de discussão.

Duvidar e desconfiar se não são palavras com o mesmo sentido no dicionário da vida, constituem duas das maiores faculdades da razão humana. Para descobrir a verdade ou se aproximar o máximo dela, não há senão o caminho da dúvida: é preciso duvidar de tudo (*de omnibus dubitandum*). Cultivar também o hábito de ler nas entrelinhas¹⁷, de tirar conclusões certas de dados insuficientes, é regra de elevado bom senso para um agente público que lida com a aplicação da lei e zela pelo interesse público.

5.3. Evasão do raciocínio discursivo

O raciocínio discursivo é o pensamento ordinário que usamos o tempo todo. É um método superficial e que conduz apenas a crenças, a intuições, ao imediato (variáveis que jamais podem servir como alavancas do método científico). Os objetos derivados desse raciocínio podem ser radicalmente simples, mas não vão além da superfície, podendo proporcionar um saber de *que* isso é assim, mas não de *por que* é assim. É como alguém a quem se mostram os efeitos de uma máquina, mas se lhe oculta sua conexão interna e seus mecanismos.

Toda a argumentação desenvolvida para defender a posição da instituição em defesa dos interesses inculpidos na

17 A desconfiança e a dúvida revelam a inteligência e a sagacidade de um indivíduo. A etimologia da palavra “inteligência” avaliza essa conclusão. A palavra vem do latim *intelligere* (*intus* + *legere* = ler dentro, nas entrelinhas).

Constituição deve ser feita como resultado de um processo intelectual, de “detalhes para detalhes”, não de intuições emotivas, para que se produza a devida clareza e exatidão dos conceitos. Neste propósito, devem ser desenvolvidas ideias claras, evidentes e raciocínio exato com base nelas, o suficiente para evitar o confinamento da instituição em módulos estáticos e tradicionais de pensamento.

5.4. Olhando para os fatos

A compreensão adequada dos fatos, o pragmatismo jurídico (uma forma sofisticada de realismo), evita o erro factual; a análise correta dos mecanismos jurídicos evita o erro conceitual. Essa circularidade entre o empirismo e a razão teórica, ou a inevitável conexão do pensamento com a ação, se revela fundamental a um sólido enfoque científico para a atuação funcional do MP sobre o truísmo de que todo conhecimento que não chega a ter uma aplicação prática se degrada.

A experiência é necessária e elemento determinante para entender os fatos da vida social (um mundo plural marcado pela diferença, pelas lutas e pelos abusos contínuos) e a modalidade das relações entre os homens, que, definitivamente, não são redutíveis a um objeto de exatidão matemática e não podem ser apreendidos pelo simples saber jurídico ou ainda pela casuística jurídica (que nos dá o particular, mas nos impede de apreender o geral). A nossa experiência, mesmo opaca e incompleta como é, ainda ecoa o mais profundo da realidade e ajuda a corrigir o uso excessivo de abstrações, o maior vício do intelecto. Mas não esqueçamos, nem por um instante, da gloriosa lição de Schopenhauer, que nos impede de olhar apenas para os fatos, se estivermos imersos em um projeto transformador. Diz o filósofo alemão: “Toda actividad sostenida, compleja o planificada tiene, pues, que partir de principios, de un saber abstracto, y guiarse por él.” (SCHOPENHAUER, 2009, p. 103).

Somos tentados a aceitar uma “lógica dos fatos” como uma lei inexorável da natureza, tendente a seguir o seu curso, quaisquer que sejam os direitos em jogo; um processo inevitável ao qual todos têm de se ajustar, pois essa lógica não apenas conduz os que querem, como arrasta os que não querem aceitá-la. Mas uma instituição verdadeiramente guardiã da Constituição e de seu precioso patrimônio não se deixa conduzir, vergar ou arrastar por uma falácia do senso comum. Sem formulação de teorias, sem que elas sejam criticadas e sem alguma controvérsia intelectual não há progresso em qualquer setor da vida social. Quanto melhor for nossa teoria, melhores resultados teremos em nossa prática.

A discussão histórica sobre a personalidade jurídica estatal e das coletividades organizadas nos oferece um exemplo claro da limitação jurídica quando o fenômeno jurídico só é apreendido pela observação ou pela experiência (ou pela “lógica dos fatos”). Nos albores da discussão sobre a natureza jurídica da personalidade, autores como L. Duguit e G. Jèze (MALBERG, 2001, p. 35; GETTEL, 1967, p. 349) entendiam que só o ser humano a possuía, pois só ele tem existência real e é dotado de vontade. A observação nos faz reconhecer, professavam esses autores, como ser que existe realmente, só o homem. Confundia-se, então, a personalidade jurídica com a existência física¹⁸. Esse realismo excessivo nos faz, de um lado, superestimar as realidades materiais; de outro, perder a dimensão das realidades jurídicas postas sob nossas vistas, como revela a evolução do pensamento sobre a personalidade jurídica.

É melhor admitir francamente que a teoria está capacitada para desempenhar um papel importante no estabelecimento

18 Mesmo a personalidade jurídica dos seres humanos não é um fato que cai sob os sentidos, nem tampouco uma consequência de sua natureza física. O conceito jurídico de personalidade humana é a expressão de uma ideia abstrata.

das conclusões e nos capacita em aplicar os conceitos gerais aos casos particulares. Para o leitor decidido a evitar a teoria e admitir somente fatos evidentes pela observação, resulta inútil a maioria dos livros de Direito, já que acerca de certos fenômenos jurídicos não há fatos de mera observação¹⁹.

5.5. Aprender a fazer, fazendo

Não é o caso de aprender por experiência ou “aprender a fazer, fazendo”, pois experiência não passa de um somatório de erros sem nenhuma carga ética. O agente científico deve entrar na arena do combate já previamente treinado na arte do confronto jurídico e trajado adequadamente para a ocasião.

Logo se percebe a insuficiência do empirismo, do casuísmo, do intuicionismo para a explicação e compreensão do *geral*. Ao Ministério Público espontâneo, intuitivo, empírico das primeiras épocas sucede o Ministério Público raciocinante, estratégico, científico. Com esse método, a instituição encaixa o *fato no geral*, inserindo-se conscientemente no jogo político e jurídico da sociedade. Conhece a enfermidade, o remédio e a conexão entre eles. E, a partir disso, em vez do esparsos, do discreto, do descosido, do solto, da empiria, e em vez do abstrato, do vago, do contínuo, do apriorismo, que maneja as idealidades da razão sem peias, sem seguradores no real e na vida, surge, então, a lealdade do raciocínio alimentado de realidades, o geral que mal distende o fato, o lento mas confiante ascender do método científico.

A atuação funcional não pode ser improvisada a cada caso, a cada problema, calcada apenas em um conhecimento empírico e acientífico (“tentativas e erros”, “aprender fazendo”). Deve-

19 A observação, como diz Karl Popper (1972, p. 59), é sempre uma observação à luz de teorias. Não há uma linguagem fenomênica livre de teorias, distinguível de uma “linguagem teórica”.

mos antes adotar a estratégia de Sun Tzu, e confabular previamente, planejar os movimentos, para só entrar na batalha com a certeza da vitória. Um exército vitorioso só entra na batalha depois de ter garantido a vitória, enquanto um exército derrotado só procura a vitória depois de ter entrado na luta.

5.6. O método de “tentativa e erro”

A prática, a menos que comece, desamparadamente, por tenteios, é teoria aplicada. Assim como a construção de uma ponte ou de uma pilha atômica é matemática e física aplicadas, também qualquer ato de Administração é teoria administrativa ou jurídica aplicada, embora a teoria, em vez de estar bem preparada antecipadamente, é com frequência formada, algo desajeitadamente, enquanto seguimos adiante (resultando no método de “tentativas e erros” ou de “acertos ou erros”).

A mera prática ou o simples entendimento prático não basta para guiar as ações do Ministério Público; é necessário que aqui compareça o saber científico, a substituir as intuições por conceitos eficazes e tome estes como pauta de ação. E sendo aplicado o método correto, os resultados (socialmente relevantes) são mais facilmente alcançados.

Métodos dessa natureza não duram mais que um dia e as ruínas se amontoam sobre ruínas. O objeto final das ações do Ministério Público é valioso demais para se sujeitar a táticas irresponsáveis de “acertos ou erros” que, na prática, não passam de uma “coleção de erros” sem nenhuma carga pedagógica ou moral.

6. Conclusões

O presente da instituição do Ministério Público é, de certo modo, frustrante e o futuro é incerto, por duas causas

que não devem ser esquecidas, uma mais do que a outra. Falta-nos o sentido do ideal e falta-nos, talvez ainda mais, o sentido do real. Há uma reciprocidade de influência destas duas faltas. Desconhecemos o ideal, porque o real nos tenta (rotina processual, prazos mecânicos, transferência de responsabilidade); desconhecemos o real, porque, esquecido o ideal, não temos mais a medida nem o meio de discriminar a respeito do real.

Não basta pregar simplesmente o novo método; devemos começar a lançar seus fundamentos, se desejamos vê-lo realizado. Impõe-se, na atual conjuntura histórica e política, no que diz respeito à busca por resultados no Ministério Público, retirar essa ideia do pedestal estático em que é concebida e transformá-la em um conceito dinâmico ou em uma norma de ação. Não se fala, é bom ressaltar, de uma instituição científica de cátedra, mas de rua, prática, efetiva e resolutiva.

Libertos do veneno dos métodos artesanais e voluntaristas de exercício funcional, construiremos uma instituição mais rica e mais sólida, capaz de oferecer respostas efetivas aos mais variados problemas; capaz de esgotar todos os meios dispostos na lei para restabelecer o seu completo predomínio. Buscamos, por isso, a ativação de um estado de espírito científico, sua ampla generalização e seu impacto na efetividade das funções institucionais.

O método científico bem aplicado às ações jurídicas do Ministério Público pode tornar-se um potente telescópio, de modo que, onde antes enxergávamos apenas confusas e incoerentes atuações burocráticas, agora é possível descobrir formas nítidas e contornos distintos de uma atividade produtiva claramente transformadora da realidade social. O agente ministerial que apreende uma técnica de atuação científica ajunta novo poder à sua inteligência, duplica-a. A cada poder agrega o método científico um novo poder.

A adoção desses modelos ou padrões de conduta funcional (cientificidade e resolutividade) prova que o Ministério Público é capaz de tomar nas próprias mãos o seu destino. Mas, por outro lado, também, é inútil tentar qualquer controle consciente do nosso destino a não ser que levemos experimentação e audácia (“audácia imaginativa”) às finalidades que procuramos.

O método científico dá à inteligência, ao talento prático/teórico, ao tirocínio estratégico, o lugar que merecem nos negócios públicos, na preservação da ordem jurídica e do regime democrático. Não implica, certamente, uma *tecnificação* do Ministério Público aplicada a uma “rotina processual” esterilizante.

Diante de uma realidade social pluriforme, inapreensível, caótica e fluida, em que o Ministério Público é chamado a atuar, não pode seu agente mover-se pelo impulso burocrático do método de “tentativas e erros” (o “aprender fazendo”), nem ficar preso à rotina processual. A sorte do social inserido neste “contexto líquido” não pode ser confiada a esquemas restritos, fixos e de pouco alcance prático. A compreensão científica da sociedade exige, paralelamente, uma compreensão, pelo mesmo padrão, de seus problemas e de suas soluções. Para tanto, precisamos de uma educação funcional (treinamento e aperfeiçoamento contínuos, socialização, etc.) melhor adaptada ao caráter do nosso tempo, preservando ou ampliando a lealdade e a dedicação à sempiterna missão constitucional atribuída ao Ministério Público.

A aspiração de um Ministério Público científico só pode ser realizada quando as condições conduzirem diretamente à sua realização. É inútil desejar ou pregar um novo modelo quando elas não existem ou não há vontade de criá-las. Esse ambiente receptivo aos novos moldes deve, de alguma maneira, ser forjado na estrutura diretiva da instituição e nos cálculos dos gestores.

O caráter científico empresta, entre outros atributos, seriedade, eficiência, eficácia, efetividade e capacidade de esgotar inteligentemente os meios legais postos à disposição da instituição. Por este ângulo, tudo quanto for feito pelo Ministério Público deve levar a marca de “bem feito”, rendendo preito, se necessário, ao audacioso e ao imaginativo. As medidas adotadas, em qualquer setor de atuação, devem ser autoconsistentes e não levar a contradições.

É fácil ser convencido de que a responsabilidade do Ministério Público, pelo menos a responsabilidade política e moral, não cessa com a adoção de providências (judiciais ou extrajudiciais) sobre determinado assunto. Essa responsabilidade liga-se com a obtenção do resultado mais adequado ao interesse constitucionalmente atribuído à instituição. Não basta, por exemplo, instaurar um inquérito civil e anualmente prorrogar-lhe o prazo de conclusão; ou ajuizar uma ação civil pública e transferir o encargo ao Judiciário (meio ardiloso de fugir a uma “responsabilidade direta”). Espera-se mais de uma instituição de quilate constitucional; espera-se que o resultado alcançado seja substancial e socialmente relevante; espera-se o debelamento, pela radícula, da causa lesiva ao interesse protegido pela instituição, nem mais nem menos. O Ministério Público não se pode dar ao luxo de errar; deve preferir o mais ao menos, pecar por excesso do que por omissão.

Esse apreço pelo resultado substancial não induz à infalibilidade da instituição, à necessidade imperativa de sempre ser vitoriosa, de sempre ter razão e de sempre conseguir êxito. O objetivo é bem outro: sempre lutar e trabalhar energeticamente sobre aquilo que acredita ser justo e correto. Esse é o esquema de valores por onde a instituição cumpre sua missão multidimensional. Uma instituição é necessária e eficiente quando satisfaz a maior quantidade possível de demandas. Não

é misteriosa (opaca ou pouco transparente), nem de uma infalibilidade divina. É, simplesmente, um grupo de homens que toma decisões, promove ações ou adota providências, as quais, em última instância, vivem ou morrem segundo o que os demais (o povo, a sociedade) pensam delas.

Os interesses insculpidos no art. 127, *caput*, da Constituição Federal são a medida de todas as coisas para o Ministério Público; é o compasso por onde a instituição deve aferir a atuação adaptada às mutáveis necessidades da sociedade que lhe envolve e lhe avaliza a função. O esforço decorrente dessa missão constitucional tem todos os elementos de uma cruzada.

Nunca um agente ministerial imbuído de cientificidade (*link* para a resolutividade) há de perder de vista os superiores direitos inscritos na Constituição, verdadeiro barômetro, cujas variações anunciam sem falta o bom e o mau desempenho funcional. A forma científica, a subordinação do particular ao geral em direção ascendente, sempre impulsionará as ações ministeriais.

O trabalho desenvolvido a partir de um sólido e consciente método científico restará pouco frutífero, se não for impulsionado por um espírito de luta, de tenacidade e de atividade intemorata, em face dos ferozes e dos inescrupulosos interesses opostos. Essa é a mentalidade fundamental de qualquer agente ministerial e detentora de uma força mobilizadora/contagante, dentro da qual as grandes realizações são possíveis.

O método científico somente prova sua vitalidade se os agentes ministeriais estiverem plenamente conscientes do significado mais profundo e substancial da missão atribuída ao Ministério Público, em suas múltiplas e variadas vertentes, bem como dos resultados alcançáveis. Por outro lado, (falamos enfaticamente disso ao longo deste estudo) não adianta saber sem a vontade de fazer ou ter vontade de fazer, sem a

razão prática e teórica para guiar os passos. Racionalidade (ou cientificidade) e voluntarismo, planejamento e execução, devem fazer parte da mesma equação, cuja solução leva ao Ministério Público resolutivo.

7. Referências

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Record, 1991. vol. III.

BERLIN, Isaiah. *O sentido de realidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

BORN, Max. *La responsabilidad del científico*. Tradução de Isidoro Boix. Barcelona: Labor, 1968.

GETTELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Tradução de Teodoro González García. 2. ed. México: Nacional, 1967. vol. II.

HARRISON, George Russell. *Átomos en acción: el mundo de la física creadora*. Tradução de Abel Hornos. Buenos Aires: Sudamerica, 1942.

HEIDEGGER, Martin. *L'être et le temps*. Tradução de Rudolf Boehm e Alphonse de Waelhens. Paris: Gallimard, 1964.

HUXLEY, Julian. *El hombre está solo*. Tradução de C. A. Jordana. Buenos Aires: Sudamerica, 1942.

IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Rio, 1979. vol. I.

LASKI, Harold J. *La libertad en el estado moderno*. Tradução de Eduardo Warshaver. Buenos Aires: Abril, 1945.

LASKI, Harold J. *Reflections on the revolution of our time*. Londres: George Allen & Unwin Ltda, 1946.

LEWIS, John. *O homem e a evolução*. Tradução de Teresa Rita Cetlin Toth. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. Tradução de José Lión Depetre. México: Fondo de cultura económica, 2001.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. New York: Basic Books, 1974.

ORWELL, George. *Animal farm*. England: Longman, 1992.

POPPER, Karl R. *The logic of scientific discovery*. 8. ed. Londres: Hutchinson, 1975.

RODRIGUES, João Gaspar. Novos delineamentos sobre o conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público. *RJMPAM*, Manaus, v. 16, n. 1-2, p. 263-282, 2015.

SCHOPENHAUER, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. Tradução de Pilar López de Santa María. Madrid: Trotta, 2009. vol. I.

SPENGLER, Oswald. *La decadencia de occidente*. Tradução de Manuel G. Morente. Madrid: Calpe, 1925. vol. II.

WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica*. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

Artigo recebido em: 12/02/2017.

Artigo aprovado em: 16/04/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180004

185 - 229

Artigo

**POLÍTICA DE COTAS NAS
UNIVERSIDADES E CONCURSOS
PÚBLICOS: IGUALDADE MATERIAL
OU EXCLUSÃO SOCIAL?**

ISABELA REZENDE MARTINS LIMA

POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES E CONCURSOS PÚBLICOS: IGUALDADE MATERIAL OU EXCLUSÃO SOCIAL?

AFFIRMATIVE ACTIONS ON ENTRANCE EXAMINATIONS FOR PUBLIC UNIVERSITIES
AND CIVIL SERVICE EXAMINATIONS: EQUALITY OR SOCIAL EXCLUSION?

ISABELA REZENDE MARTINS LIMA

Advogada

isabela.rezende.martins@gmail.com

“Assim, pois, os últimos serão os primeiros e os primeiros serão os últimos.” (Mt 20,16)

RESUMO: Destinada à inclusão de determinados grupos na sociedade, a política de cotas, hoje presente em processos seletivos para o ingresso em universidades e no serviço público, é aplicada por critérios raciais e sociais, em benefício de pessoas negras, pobres e deficientes. Ao estudar as razões pelas quais esses grupos foram escolhidos pelos legisladores brasileiros para compor o rol de beneficiários da política de cotas e, sobretudo, ao entender a finalidade das universidades e do serviço público, apresentamos novas ideias para a aplicação desta política tão em voga.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas; ações limitadoras; oportunidade; concorrência.

ABSTRACT: Used to include certain groups of people in the society and today inserched on selection process to ingress on public universities and cargs, cotes are aplied through racial and social criteria, benefiting black, poor and deficient people. Trying to understand why some people were choosen by Brazilian legislator while beneficials of the politics and finding whose are the razons of public universities and service, in this study we suppose new points of view about political cotes application.

KEYWORDS: Affirmative actions; limitative actions; oportunity; competition.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Visão geral sobre a política de cotas. 3. Das cotas sociais e suas polêmicas. 4. Das cotas raciais e suas polêmicas. 5. Das cotas para pessoas com deficiência. 6. Sobre a finalidade do serviço público e das universidades públicas. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

Cotidianamente nos deparamos com várias políticas públicas no cenário brasileiro: benefícios em prol de mulheres,

crianças, idosos e deficientes, que causam sentimento de solidariedade em uns, indignação em outros, provocando questionamentos, até mesmo discussões, a respeito dessas políticas públicas.

Não menos questionada é a política de cotas: cotas em estacionamentos, com prioridade para idosos e pessoas com deficiência na mobilidade, percentuais mínimos para contratação nas empresas (o que existe no Direito do Trabalho há mais de uma década) e número mínimo de mulheres inscritas nos partidos políticos.

Esses três exemplos de ações afirmativas, como as cotas para ingresso em universidades e concursos públicos, estão previstos na Lei nº 12.711/2012, na Lei nº 12.990/2014 e na Lei nº 13.409/2016.

À medida que essas políticas são introduzidas no país, os brasileiros começam a formar opinião sobre elas. A mais polêmica parece ser a das cotas raciais, que, apesar da previsão legal recente (o que gerou certa obrigatoriedade no âmbito nacional), foi implantada pela primeira vez em 2002, na Universidade Nacional de Brasília (UNB).

As cotas raciais deram ensejo a questionamentos sobre a constitucionalidade da medida a partir do ajuizamento de uma Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 186), perante a Corte Constitucional. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a política de cotas raciais, que desde então é aplicada nas universidades públicas. Veja-se o que decidiram os nobres Ministros:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RA-

CIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa funda-

das na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (BRASIL, 2012).

A partir disso, insta ressaltar que diversos são os fundamentos que levaram a Suprema Corte a pender pela constitucionalidade das cotas raciais. Outrossim, é possível empregar novos argumentos para fundamentar ou refutar a política de cotas, motivo pelo qual a escolhemos como objeto de estudo.

Outro questionamento foi suscitado em sede de Ação Direta de Constitucionalidade (ADC N^o 41), desta vez sobre as cotas raciais em concursos públicos. A Egrégia Corte decidiu mais uma vez a favor da política de cotas raciais, agora ampliada para cargos públicos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N^o 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO 1. É constitucional a Lei n^o 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo

estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator 'raça' como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma 'burocracia representativa', capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as

fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: 'É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.' (BRASIL, 2017).

Verifica-se, portanto, que, à medida que as políticas de cotas são inseridas no país, questiona-se a sua constitucionalidade. O presente trabalho visa a reconstruir os valores que fundamentam essas ações afirmativas, buscando entender por que certos grupos são eleitos como beneficiários delas.

Embora haja diversas formas de ação afirmativa no país, este artigo tratará apenas das cotas nas universidades públicas e nos concursos públicos, sem contudo restringir-se aos argumentos já consolidados no âmbito jurisprudencial.

2. Visão geral sobre a política de cotas

A palavra “cota” ou “quota”, segundo o Dicionário Aurélio, significa “parte que toca a cada uma das pessoas que devem pagar ou receber uma quantia” ou ainda “parte ou porcentagem que pertence a algo ou alguém” (FERREIRA, 2017).

Considerando o primeiro conceito, a palavra “quota” aparece apenas duas vezes na Constituição Federal (art. 161, inc. III, e § único) e é utilizada para referir-se a tributos. O mesmo ocorre em relação à palavra “cota”, com grafia distinta, porém usada com sentido semelhante pelo Constituinte (CF, art. 212, § 6º).

Já quanto ao segundo significado, a Constituição não faz menção em nenhum momento a “cotas” ou “quotas” como percentual devido a alguém. Não obstante, em vários momentos a Carta Maior estipula limites que podem ser considerados “cotas”, ou “percentuais”, sejam para fins negativos, sejam para fins positivos.

Para fins negativos, as cotas são empregadas de vários modos, geralmente em relação à segurança nacional. O artigo 37, inciso I, da Constituição da República dispõe: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.” (BRASIL, 1988). Já o artigo 207, § 1º, diz que é “facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.” (BRASIL, 1988).

Trata-se de duas normas constitucionais de eficácia contida, ou seja, cuja previsão constitucional expressa possibilita a limitação de um direito por meio da edição de uma norma regulamentadora.

Sendo assim, para regulamentar o que dispõe o artigo 37, inc. I, da Constituição Brasileira, existe a (quase extinta) Consolidação das Leis do Trabalho, que no seu art. 349 assim estabelece: “O número de químicos estrangeiros a serviço de particulares, empresas ou companhias não poderá exceder de 1/3 (um terço) aos dos profissionais brasileiros

compreendidos nos respectivos quadros.” (BRASIL, 1943). Esta lei, embora anterior à promulgação da Constituição de 1988, foi por esta recepcionada.

Ainda em relação aos estrangeiros, o artigo 190, *caput*, da Carta Magna assim diz: “A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependem de autorização do Congresso Nacional.” (BRASIL, 1988).

Por tratar-se o art. 190 da CF de uma norma constitucional de eficácia contida, foi recepcionada para regulamentá-lo a Lei nº 5.709/1971, que dispõe sobre as frações máximas de terra em território brasileiro que podem ser adquiridas por um estrangeiro.

Exempli gratia, o artigo 3º da citada Lei que diz o seguinte: “A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.” (BRASIL, 1971).

Além disso, na Instrução Normativa do INCRA nº 70/2011 são mencionadas várias outras normas para tratar da suscitada questão.

Portanto, o que foi dito até aqui neste item pode ser entendido como uma forma de “cota” que, em prol de um bem maior, qual seja, a segurança nacional, tem função negativa sobre quem é atingido.

Embora a segurança nacional tenha sido o bem mais resguardado na Constituição de 1988 no que se refere ao uso das cotas negativas, isso pode variar caso a caso, o que significa dizer que as cotas de caráter negativo podem distinguir-se quanto ao bem que se pretende ressaltar.

Com efeito, a política de cotas pode variar de acordo com o tipo de Estado definido pela Constituição (se liberal ou social) ou com a bandeira do partido político que se encontra no governo (de esquerda, de direita ou de centro).

Michael Sandel, em sua obra “Justiça: O que é fazer a coisa certa?”, dá um exemplo interessante sobre cotas negativas/limitativas, ao falar de uma política de cotas implantada nos Estados Unidos para restringir a aquisição de casas populares por pessoas brancas, a fim de aumentar o número de pessoas negras em certa região de Nova Iorque (SANDEL, 2013).

As cotas, no entanto, podem não somente limitar ou definir um percentual máximo, mas também definir um percentual mínimo. Isso dependerá do bem maior que se pretende buscar.

De qualquer maneira, é importante observar que as cotas serão por vezes “limitadoras”, por vezes “garantidoras” de determinado bem ou serviço a determinado(s) grupo(s). Quando limitadoras para um ou mais grupos, serão por consequência garantidoras para outro(s); quando garantidoras para um ou mais grupos, serão por consequência limitadoras para outro(s). Por esta razão é possível sustentar o caráter *dupla facie* das cotas.

Foi justamente esse caráter *dupla facie* que possibilitou o debate, no Supremo Tribunal Federal, a respeito da (in) constitucionalidade dessa política. E quando isto acontece, é sempre o princípio da igualdade que dá ensejo a fartas discussões.

De mais a mais, a questão das cotas, por atingir o princípio da igualdade, implica outras duas palavras, a saber: “oportunidade” e “concorrência”.

Ora, se determinado bem ou serviço pudesse ser efetivamente concedido a todos, não haveria que se falar em concorrência, tampouco em oportunidade, tornando-se desnecessária a implementação das cotas.

Conforme esse raciocínio, quando as cotas são limitativas, funcionam do seguinte modo: em uma hipotética situação em que as vagas não abrangem a totalidade da população, dá-se a chamada “concorrência” entre pessoas. Todos que pretendam candidatar-se a beneficiários de determinado bem ou serviço possuem, em princípio, as mesmas oportunidades. Porém, em decorrência de fatores externos ao Direito, o que Émile Durkheim chamou de “fato social” (DURKHEIM, 2011), alguns dominarão as vagas existentes, sem deixar espaço para os demais. Destarte, faz-se necessária a imposição de cotas limitadoras para esse grupo predominante, definindo-se-lhe um percentual máximo de vagas, a fim de que os demais possam gozar do bem ou serviço fornecido pelo Estado.

Já em relação às cotas aplicadas de maneira positiva, tem-se o seguinte: na situação hipotética em que as vagas não abrangem a totalidade da população, onde se dá a “concorrência”, todos que pretendem candidatar-se como beneficiários de determinado bem ou serviço possuem, em princípio, as mesmas oportunidades. Porém, por causa dos mencionados fatores externos (“fato social”), nem todos terão efetivamente a mesma oportunidade para concorrer ao benefício ou serviço, por conseguinte muitas pessoas de determinado grupo, por questões alheias ao mérito, não conseguirão usufruir do bem ou serviço pretendido. Assim, as ações afirmativas surgem para ajudar os potencialmente frágeis a atingir o que está em jogo, mediante a definição de percentual mínimo reservado a eles.

Cabe com isto afirmar que a presença das cotas diz respeito mais a um Estado Máximo Interventor do que a qualquer outro. Também chamado Estado Social, ele considera um grande número de bens/serviços como direito de caráter positivo, o qual incumbe ao Administrador Público garantir à população. O mesmo Estado que visa a resguardar o “direito à igualdade” de seus governados, depara-se com um problema quando, em razão da insuficiência de recursos financeiros, estes bens/serviços de sua incumbência não podem ser oferecidos a todas as pessoas. Então entra em cena o “Princípio da Reserva do Possível”, e o Estado adota políticas públicas como forma de justificar esta limitação. E são as cotas essas políticas de que falamos.

O Estado Liberal, por sua vez, que enfatiza o “direito à liberdade”, deixa a cargo dos indivíduos e da própria economia a problemática da “igualdade material” discutida neste trabalho, buscando intervir o mínimo possível nas questões de cunho individual. Também chamado de Estado Mínimo Interventor, ele, todavia, não fica isento da utilização das cotas, uma vez que concorrência e limitações sempre existirão por algum motivo. Esbarra, sobremaneira, na questão da meritocracia, quando assim procede.

Em suma, quando se trata de maior ou menor utilização desta política, parece natural que o Estado Social seja mais propício ao emprego das cotas como política pública, já que se preocupa mais com a chamada “igualdade de oportunidades”.

Muito cuidado, porém, deve-se ter quando se opta pela política de cotas em um país. No passado, tais políticas serviram por vezes para discriminar, ofender, humilhar pessoas, sob a égide do próprio Estado, que semeava a segregação. Vários são os exemplos, que mais adiante serão tratados.

Frise-se, todavia, que, segundo entendimento do STF, essas políticas se fazem legítimas porque pretendem beneficiar certos grupos (impondo percentual mínimo), e não limitá-los (impondo percentual máximo). Contudo, esta consideração pode ser refutada, haja vista as cotas limitativas que a própria Constituição Federal autoriza.

Neste compasso, apesar do entendimento da Egrégia Corte de que as ações afirmativas pareçam mais legítimas do que as ações negativas, nos permitiremos polemizar, noutra capítulo, a respeito das ações limitadoras. Por ora, ficaremos adstritos às hipóteses de ações afirmativas que a Constituição Federal de 1988 autoriza.

O artigo 37, inciso VIII, da CF/88 dispõe que: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.” (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, que só será plenamente atingida após sua regulamentação por uma norma infraconstitucional.

Ao regulamentar a referida norma constitucional de eficácia limitada, a Lei nº 8.112/1990, que cuida do regime jurídico dos servidores públicos da União, reservou às pessoas portadoras de deficiência “até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso” (Lei nº 8.112/1990, art. 5º, § 2º). Já o Decreto nº 3.298/1999, nos parâmetros da Lei nº 7.853/1989, estipulou em seu artigo 37, § 1º, reserva de “no mínimo o percentual de cinco por cento” às pessoas com alguma deficiência que desejem concorrer a vagas de emprego no âmbito público ou privado.

Significa dizer que, à luz da Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário reservou às pessoas com deficiência

até 1 vaga especial do cargo público pretendido para cada 5 vagas previstas no edital. Isto não afasta o direito da pessoa com deficiência em tentar alcançar o cargo pretendido a partir da livre concorrência. Por outro lado, no âmbito privado, pelo menos 1 de cada 20 pessoas contratadas deve, obrigatoriamente, possuir algum tipo de necessidade especial, não havendo limitação quanto ao número máximo de pessoas deficientes que poderão ser contratadas.

Instaurada foi, assim, a política de cotas para pessoas com deficiência. Mas esta não foi a única previsão legal. O artigo 227 da Carta da República, em seu § 1º, inc. II, assim determina:

O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Para atender ao preceito constitucional supradescrito, foi criada a Lei nº 13.146/2015, que em seu artigo 47 dispõe:

Em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados. (BRASIL, 2015).

E estipula:

[...] as vagas a que se refere o *caput* deste artigo devem equivaler a 2% (dois por cento) do total, garantida, no mínimo, 1 (uma) vaga devidamente sinalizada e com as especificações de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes de acessibilidade. (BRASIL, 2015).

Em igual sentido, a Lei nº 10.741/2003 garante política semelhante em relação ao idoso, quando em seu art. 41 assim diz:

É assegurada a reserva, para os idosos, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, as quais deverão ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade ao idoso. (BRASIL, 2003).

Ainda o artigo 62 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina o seguinte:

A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área. (BRASIL, 1988).

Trata-se de outra norma que depende de regulamentação, porquanto de eficácia limitada. Com efeito, a Lei nº 10.097/2000 acresceu à CLT o seguinte conteúdo:

Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo,

dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (BRASIL, 2000).

A Consolidação das Leis do Trabalho expõe, ainda, outro exemplo de ação afirmativa em relação à priorização de brasileiros na contratação para trabalho:

Art. 352. As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo. (BRASIL, 1943).

O percentual mínimo de contratação será, pois:

Art. 354. [...] de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar. (BRASIL, 1943).

Outro tipo interessante de cota é o trazido pela Lei nº 9.504/1997, que inseriu percentual mínimo de 30% e máximo de 70% para candidatura de cada sexo em partidos e coligações (Lei nº 9.504/1997, art. 10, § 3º), pensando principalmente na inclusão de mulheres no âmbito político brasileiro.

Este foi mais um exemplo clássico de ação afirmativa, ou simplesmente cota, que merece destaque dentre outros tantos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Mister di-

zer que se trata de rol exemplificativo, ou seja, a política de cotas não se esgota, desde que em consonância com a Constituição Federal. Conforme já dito, as cotas são modalidade de política pública, não adstrita ao âmbito Federal, porquanto também presente nos Estados e Municípios.

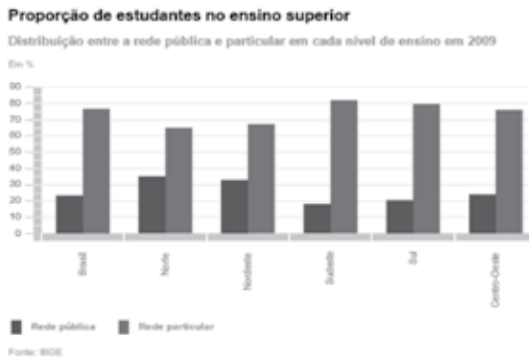
3. Das cotas sociais e suas polêmicas

O texto abaixo, extraído de “O Cortiço”, foi escrito em 1890 por Aloísio Azevedo, e demonstra muito bem o perfil dos estudantes há pouco ainda predominante nas universidades brasileiras:

O rapaz chamava-se Henrique, tinha quinze anos e vinha terminar na Corte alguns preparatórios que lhe faltavam para entrar na academia de medicina. Miranda hospedou-o no seu sobrado da Rua do Hospício mas o estudante queixou-se, no fim de alguns dias, de que aí ficava mal acomodado, e o negociante, a quem não convinha desagradar-lhe, carregou com ele para a sua residência particular de Botafogo. Henrique era bonitinho, cheio de acanhamentos, com umas delicadezas de menina. Parecia muito cuidadoso dos seus estudos e tão pouco extravagante e gastador, que não despendia um vintém fora das necessidade de primeira urgência. De resto, a não ser de manhã para as aulas, que ia sempre com o Miranda, não arredava pé de casa senão em companhia da família deste. Dona Estela, no cabo de pouco tempo, mostrou por ele estima quase maternal e encarregou-se de tomar conta da sua mesada, mesada posta pelo negociante, visto que o Henriquinho tinha ordem franca do pai. Nunca pedia dinheiro; quando precisava de qualquer coisa, reclamava-a de Dona Estela, que por sua vez encarregava o marido de comprá-la, sendo o objeto lançado na conta do fazendeiro com uma comissão de usurário. Sua hospedagem custava duzentos e cinquenta mil-réis por mês, do que ele todavia não tinha conhecimento, nem queria ter. Nada lhe faltava, e os criados da casa o respeitavam como a um filho do próprio senhor. (AZEVEDO, 1998).

Escrito em uma época em que ainda havia escravidão, o texto remete-nos à conclusão de que os estudantes que preenchiam as vagas no ensino superior eram em suma homens brancos e ricos. Eram raras as universidades espalhadas pelo Brasil, o analfabetismo era alto e as mulheres lutavam por sua autonomia. De todo modo, apenas à classe social mais privilegiada eram reservadas as vagas no ensino superior. Com o advento da Constituição de 1988, entretanto, passou a existir maior igualdade jurídica entre as pessoas.

Ainda assim, após pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2009, notou-se que o perfil dos estudantes nas universidades públicas brasileiras, no que diz respeito à classe socioeconômica, continuava semelhante ao descrito por Aloísio Azevedo, pois que a maioria dos estudantes do ensino superior era constituída por pessoas que vieram das redes particulares de ensino, conforme gráfico abaixo:



(Gráfico 1. BRASIL – IBGE, PNAD 2009).

O gráfico acima revela uma disparidade quanto à condição socioeconômica dos estudantes de universidades brasileiras no ano de 2009.

Alunos advindos de escolas públicas eram minoria nas universidades brasileiras, motivo pelo qual foi editada a Lei nº 12.711/2012, que reservou o percentual de 50% das vagas de instituições federais de ensino superior a alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas, reservando ainda esse mesmo percentual nas instituições federais de ensino médio e técnico para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental na rede pública.

Significa dizer que as instituições públicas de ensino superior cumpriam pouco sua finalidade, no que tange ao acesso irrestrito de estudantes.

Mas quais as consequências deixadas pelas cotas sociais? Há quem alegue que o acesso irrestrito de pessoas nas universidades brasileiras acabou por promover seu “sucateamento”, uma vez que muitos estudantes ingressariam simplesmente para usufruir do benefício da ação afirmativa, sem contudo cogitar na sua responsabilidade social ou na retribuição intelectual. Como consequência, inúmeras são as pessoas que ocuparam o banco de uma universidade, mas depois não seguiram carreira na profissão para a qual se qualificaram. Neste caso, não houve retribuição à sociedade, tampouco mão de obra qualificada ativa.

Por outro lado, é importante para o funcionamento de uma sociedade que haja várias habilidades. Essa variedade, entretanto, deve estar à altura da escolha de cada um, de forma que uma pessoa que nasça em determinada classe social não seja condicionada a nela permanecer para o resto da vida, se não quiser. Essa, basicamente, é a finalidade das cotas sociais.

Vale considerar, outrossim, que mesmo que haja cotas com o intuito de incentivar o povo brasileiro à qualificação com o ensino superior, nenhum estudante se sentirá motivado a prosseguir nos estudos, se não verificar retorno de valorização pessoal no mercado de trabalho, o que nos faz concluir que as cotas sociais constituem apenas o início de uma série de políticas necessárias para a “erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.” (CF, art. 3º, inc. III).

4. Das cotas raciais e suas polêmicas

Segundo Machado de Assis, “a escravidão levou consigo ofícios e aparelhos, como terá sucedido a outras instituições sociais.” (ASSIS, 2012, p. 303).

No conto intitulado “Pai contra Mãe”, Machado de Assis lembra como eram as coisas antes da libertação e, com um jogo de palavras, questiona o interlocutor se realmente há diferença entre brancos e negros, quando o assunto é o direito à vida.

À luz da citação machadiana, observamos que a Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888, que extinguiu a escravidão, representou no Brasil apenas o início da luta pelos direitos das pessoas negras, fazendo-se insuficiente para apartar os efeitos até hoje vivenciados nesta sociedade.

Restringindo-se a dizer: “É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil” e “Revogam-se as disposições em contrário” (BRASIL, 1888), a Lei Áurea não previu para onde iriam os negros libertos, onde trabalhariam, como se sustentariam. Tampouco a suscitada lei previu os preconceitos que aquelas pessoas sofreriam após mais de um século de libertação.

Fatidicamente, o que as pessoas negras ainda enfrentam é a sua marginalização ou discriminação. Cabe lembrar, no entanto, que as ideologias, no sentido de que pessoas com determinadas características físicas deveriam ser tratadas como se objetos fossem, existiram no Brasil por quase quatro séculos, período muito inferior ao de liberdade (menos de um século e meio).

A Lei de Cotas pode então ser entendida como uma forma de combater efeitos indesejados da escravidão, buscando inserir nas instituições de ensino e no serviço público pessoas que outrora não gozavam de liberdade ou de qualquer outro direito reconhecido por lei.

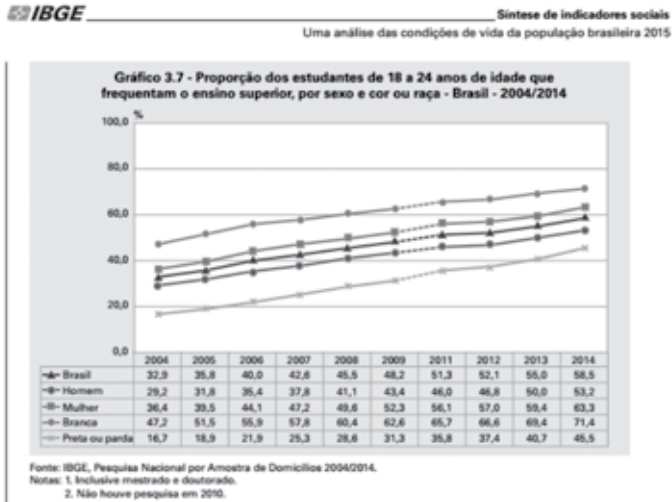
Mas há quem questione se não seria uma injúria (maior que a prevista no 140, § 3º, do Código Penal) a delimitação, na forma de “cotas”, de um grupo específico de pessoas a ser beneficiado por determinados bens/serviços públicos. Será que o sistema de cotas não reforça o preconceito que já existe em nossa sociedade?

Observe-se que a aplicação da Lei de Cotas pressupõe supressão ou redução das vagas antes abertas a todos, o que hoje é denominado “livre concorrência”.

Com efeito, se o beneficiamento de certos grupos causar indignação naquele outro habituado com o ingresso fácil, haverá entre os alunos/servidores uma divisão não desejada, o que fará da Lei de Cotas uma norma ineficaz, caso a sua existência se pautar somente no argumento do preconceito.

Outrossim, se a Lei de Cotas Raciais busca uma equiparação de direitos na fruição de bens e serviços, ousamos questionar: Será que a Lei de Cotas realmente funciona? Tem ela atingido a sua finalidade?

A respeito da raça dos estudantes universitários brasileiros, o IBGE constatou o seguinte:



(Gráfico 2. BRASIL – IBGE, PNAD 2014)

Conforme se extrai da leitura do Gráfico 2, das pessoas entrevistadas que se consideram brancas, 71,4% preenchiam vagas em universidades. Por outro lado, das pessoas entrevistadas que se consideram negras ou pardas, um percentual menor (45,5%) frequentava o ensino superior.

Significa dizer que, mesmo após a implementação das cotas raciais em benefício dos negros, as pessoas brancas ainda compõem a maior parte dos estudantes universitários, se considerarmos que não há discrepância entre a população branca e negra, que no Brasil perfazem meio a meio.

Thomas Sowell, PhD em Economia pela Universidade de Chicago, renomado norte-americano e também afrodescen-

dente, após anos de pesquisa de campo em vários países que utilizam a política de ações afirmativas, chegou à seguinte conclusão:

Muitas vezes, suposições abarcantes sobre o passado e afirmativas indiscriminadas sobre o futuro têm servido como substitutas da difícil tarefa de analisar fatos desagradáveis. Tais fatos incluem a história amarga de aumento da violência intergrupo onde a ação afirmativa existe há mais tempo, na Índia, e a guerra civil aberta, no Sri Lanka. Tem havido também uma dimensão moral nessas ilusões – a saber, a hipótese de que hoje podemos ressarcir os indivíduos pelo que foi feito a grupos no passado, que podemos consertar, atualmente, males feitos a pessoas que estão mortas há muito tempo. Por maçante que possa ser o reconhecimento, todo malefício perpetrado em gerações passadas, e há séculos, permanecerá sendo mal indelével e irrevogável, a despeito de qualquer coisa que possamos fazer agora. Atos de expiação simbólica entre vivos meramente criam novos males. (SOWELL, 2016, p. 221).

A partir desta afirmação, o autor da obra “Ação Afirmativa ao Redor do Mundo” chama de “ilusões” as assertivas de que as cotas possam ser consideradas medidas reparadoras de um passado brutal (SOWELL, 2016).

Porém, contrapondo-se a Thomas Sowell, o norte-americano Ronald Dworkin possui visão favorável às cotas raciais. Segundo ele: “É a pior compreensão possível supor que os programas de ação afirmativa têm como intuito produzir uma América balcanizada, dividida em subnações raciais e étnicas.” (DWORKIN, 2005, p. 439).

Ao analisar a política de cotas raciais instituída numa universidade de medicina norte-americana por volta dos anos de 1970, Ronald Dworkin chega a concluir que:

Os programas de ação afirmativa pretendem promover mais médicos negros para atender pacientes negros. E não porque é desejável que negros tratem negros e brancos tratem brancos, mas é improvável que agora os negros, e isso não é culpa deles, sejam bem atendidos por brancos, e porque a omissão em oferecer-lhes médicos em que confiem irá antes exacerbar que reduzir o ressentimento que hoje os leva a confiar apenas nos seus. (DWORKIN, 2005, p. 438).

O pensamento de Ronald Dworkin pende, assim, para o sentido de que as ações afirmativas sejam capazes de “reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso.” (DWORKIN, 2005, p. 439).

Já o pensamento de Thomas Sowell pende para o sentido de que todas as brutalidades sofridas pela população negra devam ser esquecidas e superadas independentemente da instauração de cotas, pois estatísticas mostram que estas políticas não introduzem um bom resultado à sociedade como um todo, mas somente agravam o problema.

Tomando tais argumentos para o caso brasileiro, o que é denominado por Sowell como “passado brutal” pode ser por nós entendido como a tentativa de minimizar/erradicar a cultura afrodescendente, fazendo do homem escravo um homem sem raízes. Com efeito, consideramos que somente há uma hipótese verdadeiramente forte para combater o genocídio sofrido: a valorização cultural massiva.

Ad argumentandum tantum, a partir das afirmações de Sowell poderíamos pensar nas pessoas negras não como descendentes de africanos que tiveram sua identidade cultural suprimida, mas como um povo que ajudou a construir a cultura brasileira enquanto cultura autônoma e abundante.

As comunidades quilombolas, o candomblé, a feijoada, o samba e o pagode, assim como vários outros meios de expressão cultural do povo negro, surgiram eminentemente no Brasil.

Também Nossa Senhora Aparecida, padroeira do Brasil (Lei nº 6.802/1980), possui especial importância na história do povo brasileiro. A imagem negra de Maria traz consigo uma interpretação de imensurável valor à cultura negra, demonstrando que para Deus não há diferença de cor.

Por que então denominar “afrodescendentes” pessoas que simplesmente podem ser denominadas “brasileiras”?

O pensamento otimista talvez seja, assim, uma forma mais sábia de lidar com os preconceitos vivenciados nos dias atuais. A conscientização cultural é aquilo de que carece o povo brasileiro, e nenhuma cota será capaz de delineá-lo.

De todo modo, esse não parece ser o pensamento do legislador brasileiro, que em 2014 editou a Lei nº 12.990, instituindo mais cotas para as pessoas negras, a quem foi reservado o percentual de 20% das vagas de concursos públicos.

5. Das cotas para pessoas com deficiência

Não é possível falar de deficiência sem recordar a maneira brilhante como José Saramago descreveu os sintomas de um homem cego.

Ninguém o diria. Apreciados como neste momento é possível, apenas de relance, os olhos do homem parecem sãos, a íris apresenta-se nítida, luminosa, a esclerótica branca, compacta como porcelana. As pálpebras arregaladas, a pele crispada da cara, as sobrancelhas de repente revoltas, tudo

isso, qualquer o pode verificar, é que se descompôs pela angústia. Num movimento rápido, o que estava à vista desapareceu atrás dos punhos fechados do homem, como se ele ainda quisesse reter no interior do cérebro a última imagem recolhida, uma luz vermelha, redonda, num semáforo. Estou cego, estou cego, repetia com desespero enquanto o ajudavam a sair do carro, e as lágrimas, rompendo, tornaram mais brilhantes os olhos que ele dizia estarem mortos (SARAMAGO, 1995).

O breve trecho de “Ensaio sobre a Cegueira”, escrito pelo português José Saramago, representa uma condição que pode atingir qualquer ser humano: a de deficiente.

De acordo com Débora Diniz, “o corpo com deficiência somente se delineia quando contrastado com uma representação de o que seria o corpo sem deficiência.” (DINIZ, 2007, p. 8). Não obstante isto, um novo conceito surge para dizer que “deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas também que denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente.” (DINIZ, 2007, p. 9).

A partir destas duas observações, passemos a reconhecer o que menciona a Constituição Federal, especificamente em seu artigo 37, inc. VIII, quando dispõe: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (Constituição Federal, art. 37, inc. VIII).

Com base nesta disposição constitucional, além de outras que podem ser mencionadas (art. 7º, inc. XXXI; art. 23, inc. II; art. 24, inc. XIV; art. 40, § 4º, inc. I; art. 100, § 2º; art. 201, § 1º; art. 203, inc. IV; art. 208, inc. III; art. 227, § 1º, inc. II; art. 227, § 2º; art. 244), nota-se uma preocupação especial do legislador constituinte para com as pessoas deficientes.

Não menos atento foi o legislador ordinário, ao observar a maneira contemporânea de conceituar “deficiência”, editando a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que visa à integração e à não discriminação da pessoa deficiente em vagas de estacionamentos, unidades habitacionais, hotéis e dormitórios, frotas e empresas de táxis, e até mesmo em empresas prestadoras de serviços de informática, que deverão atinar para as exigências básicas de adaptação das pessoas portadoras de alguma necessidade especial.

Conforme se pode perceber, a suscitada norma, autorizada pela Carta Maior, estatui outras modalidades de cotas, além da prevista na Lei nº 8.112/1990 (art. 5º, § 2º) – que reserva aos deficientes percentual de até 20% nos cargos e empregos públicos.

Todavia, para atingir a finalidade desta pesquisa, abstrairmos o percentual de vagas reservadas nos concursos públicos, previsto na Lei nº 8.112/1990, sem contudo esquecer a inovação trazida pela Lei nº 13.409/2016, que também reservou aos deficientes percentual de cotas nas universidades públicas. Essas duas modalidades de cotas ainda não foram questionadas em sede de Supremo Tribunal Federal, sendo pouco provável que o sejam, uma vez que esse tipo de ação afirmativa, voltada para pessoas com deficiência, não causa tanta repercussão como as políticas beneficiadoras de classes étnicas ou sociais.

No caso dos deficientes, a razão das cotas vai muito além do argumento do preconceito, embora também existente.

Historicamente falando, nota-se que bem no passado, por via de regra, uma pessoa deficiente era rechaçada do mercado de trabalho e excluída da vida social. Na obra “A República”, de Platão, existem menções nesse sentido:

– Tomarão conta das crianças que forem nascendo as autoridades para esse fim constituídas, quer sejam homens ou mulheres, ou uns e outros, uma vez que os postos de comando são comuns a homens e mulheres...

– Sim.

– Pegarão então nos filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores e qualquer que seja disforme escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém.

– ... Se, realmente, queremos que a raça dos guardiões se mantenha pura. (PLATÃO, 2012, p. 155).

O acometimento, assim, de uma doença ou de qualquer causa que tornasse a pessoa “inválida” (palavra muito utilizada nas legislações mais antigas), seria suficiente para afastá-la do trabalho e deixá-la à sorte dos cuidados de terceiros. Se, contudo, ninguém se solidarizasse com o inválido, e na hipótese de ele não possuir economia própria, o pobre deficiente seria reduzido à condição de pedinte.

No livro dos Atos dos Apóstolos, demonstra-se a situação acima narrada:

Pedro e João iam subindo ao templo para rezar à hora nona. Nisto levavam um homem que era coxo de nascença e que punham todos os dias à porta do templo, chamada Formosa, para que pedisse esmolas aos que entravam no templo. Quando ele viu que Pedro e João iam entrando no templo, implorou a eles uma esmola. Pedro fitou nele os olhos, como também João, e disse: Olha para nós. Ele os olhou com atenção esperando receber deles alguma coisa. Pedro, porém, disse: Não tenho nem ouro nem prata, mas o que tenho eu te dou: em nome de Jesus Cristo Nazareno, levanta-te e anda! E tomando-o pela mão direita, levantou-o.

Imediatamente os pés e os tornozelos se lhe firmaram. De um salto pôs-se de pé e andava. Entrou com eles no templo, caminhando, saltando e louvando a Deus. Todo o povo o viu andar e louvar a Deus. Reconheceram ser o mesmo coxo que se sentava para mendigar à porta Formosa do templo, e encheram-se de espanto e pasmo pelo que lhe tinha acontecido (A BÍBLIA, Atos dos Apóstolos, 3: 1-10).

Podemos assim dizer que as instituições assistenciais, sejam elas públicas ou privadas, revolucionaram a condição a que estava reduzido o deficiente.

Mais ainda, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, além das várias outras formas de integração instituídas por lei, somou-se como maneira de elevar a dignidade do deficiente, inserindo-o no mercado de trabalho, qualificando-o para o mundo e garantindo cada vez mais a sua independência financeira, locomotiva, além da liberdade de constituir família, ao devolver-se a sua total capacidade.

Destarte, as cotas para deficientes, quer seja em concursos, quer seja em universidades públicas, foram o método que o legislador encontrou para promover a valorização desse grupo que por muito tempo foi excluído.

6. Sobre a finalidade do serviço público e das universidades públicas

Diante de todo o exposto, percebe-se que, para o deslinde desta pesquisa, cumpre saber qual a finalidade dos bens/serviços até então estudados, isto é, qual a finalidade da universidade pública e qual a finalidade do serviço público (Lei nº 9.784/1999, art. 2º).

Esta questão necessita ser desvendada para que o fundamento das cotas seja definitivamente encontrado. No mesmo sentido ressalta Michel Sandel:

Quem tem o direito de ser admitido em uma universidade? Ao abordar essa questão, perguntamo-nos (pelo menos implicitamente): ‘Qual é o propósito, ou o *télos*, de uma universidade?’ Como acontece com frequência o *télos* não é óbvio, mas contestável. Alguns dizem que as universidades existem para promover a excelência acadêmica, e que a promessa acadêmica deveria ser o único critério de admissão. Outros dizem que elas também existem para atender a determinados propósitos cívicos e que a capacidade de ser um líder em uma sociedade diversificada, por exemplo, deveria fazer parte dos critérios de admissão. Definir o *télos* de uma universidade parece essencial para que se determinem os critérios de admissões nas universidades. (SANDEL, 2013, p. 237).

Especificamente em relação à finalidade do ensino superior, a Lei nº 9.394/1996, que traz as diretrizes e bases da educação nacional, diz o seguinte:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (BRASIL, 1996).

A educação de ensino superior tem por finalidade, portanto, a capacitação das pessoas e a promoção da ciência.

Damos especial atenção ao conteúdo do artigo 43, inciso VIII, da suscitada Lei, que impõe como uma das finalidades da universidade a atuação,

[...] em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (BRASIL, 1996).

O mencionado texto impõe como universal a educação básica, e não a superior.

Todavia, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976, que tem o Brasil por signatário, dá igual tratamento à educação superior, que também deve ser acessível a todos:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. [...]

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. (BRASIL, 1992).

Concluimos assim que a universidade, além de capacitar pessoas e promover a ciência, possui uma finalidade implícita, que é a universalidade no ingresso, ou seja, toda pessoa deve ter acesso ao ensino superior. Por tal razão, podemos afirmar que as cotas baseadas na condição socioeconômica dos candidatos possui respaldo legal e, se não fosse o amplo acesso às universidades públicas, pessoas de condição financeira pouco avantajada não possuiriam nenhuma probabilidade de cursar uma faculdade, ficando condicionadas a reviver as mesmas mazelas de seus antepassados.

Destarte, as cotas, no caso das universidades, estão mais voltadas para a “igualdade de oportunidades”, o que acaba por afastar a extrema ideia de meritocracia baseada unicamente no fator “boas notas”.

Quanto à finalidade do serviço público, um princípio muito importante para o Direito Administrativo merece ser lembrado: o princípio da finalidade pública, segundo o qual “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais” (DI PIETRO, 2014, p. 66).

De acordo com a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a ampliação do próprio conceito de serviço público. (DI PIETRO, 2014, p. 66).

Nesse diapasão, a Lei nº 13.460/2017, que trata da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, dispõe em seu artigo 5º o seguinte:

Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:

I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários;

II - presunção de boa-fé do usuário;

III - atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo;

IV - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação;

V - igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação;

- VI - cumprimento de prazos e normas procedimentais;
- VII - definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário;
- VIII - adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários;
- IX - autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade;
- X - manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento;
- XI - eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido;
- XII - observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos;
- XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações;
- XIV - utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; e
- XV - vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada. (BRASIL, 2017).

Considerando o que dispõe o artigo 5º, inc. V, da Lei nº 13.460/2017, que traça como diretriz a ser cumprida pelos servidores, dentre outras, a “igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação” (BRASIL, 2017), deparamo-nos com o argumento de Dworkin, segundo o qual é necessária uma variedade de servidores para atender à mesma variedade de usuários sem qualquer discriminação (DWORKIN, 2005, p. 438).

Sob esta ótica, as cotas raciais em concursos públicos se sustentariam não em razão da “igualdade de oportunidades” dos servidores, mas sim em razão da “igualdade de trata-

mento” dos usuários. Tal argumento esbarraria noutra princípio, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal: o princípio da eficiência. Entretanto, somente seria suficientemente forte, se aceitássemos que todo servidor público branco possui preconceito contra usuários negros, o que parece uma inverdade. O mesmo vale para as cotas em concursos direcionadas às pessoas deficientes.

O argumento da “igualdade de oportunidades” dos beneficiários das cotas parece então elevar-se em relação ao argumento da “igualdade de tratamento dos usuários”. No entanto, um argumento que melhor parece amoldar-se tanto ao caso das cotas em concursos públicos, quanto ao caso das cotas em universidades públicas, é o argumento da “solidariedade social”, que parte do pressuposto de que cada indivíduo possui algum dom que possa utilizar para contribuir com o melhoramento da sociedade.

Especialmente em relação às pessoas com deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência faz menção à solidariedade social, ao reconhecer

[...] as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza. (BRASIL, 2009).

Este fundamento faz recordar a seguinte história:

Caminhando, viu Jesus um cego de nascença. Os seus discípulos indagaram dele: Mestre, quem pecou, este homem

ou seus pais, para que nascesse cego? Jesus respondeu: Nem este pecou nem seus pais, mas é necessário que nele se manifestem as obras de Deus. (A BÍBLIA, João, 9: 1-3).

As cotas em concursos públicos, em ambos os casos (deficientes ou negros), serviriam então de incentivo para os beneficiários, pessoas pertencentes a um grupo relativamente escasso no exercício de determinadas funções.

7. Considerações finais

Até o presente momento, demonstramos que os grupos beneficiários das cotas estão amparados por razões que vão além de sua própria natureza. Significa dizer que a implementação das cotas não se restringe à meritocracia, mas, ao contrário, busca reconhecer a contribuição que cada grupo pode dar à sociedade. As cotas são, por isso, medidas integradoras.

Não olvidando a necessidade de valorizar os oprimidos, o que deve ser feito a partir da conscientização cotidiana das pessoas e fomentação da cultura brasileira, ousaremos propor aqui métodos mais neutros de utilização das cotas com base na finalidade do bem/serviço oferecido.

Atualmente existem percentuais de vagas em universidades e cargos públicos reservados a pessoas negras, pessoas pobres e pessoas deficientes. Dada a crescente utilização da política de cotas no Brasil, podem surgir novos grupos para somar-se aos atuais beneficiários das cotas. Se isso ocorrer, o percentual de vagas de “livre concorrência” será reduzido dia após dia.

Desta feita, em determinado momento se verá uma inversão do instituto que hoje é considerado “ação afirmativa”. Pois que, na prática, o número exagerado de grupos beneficiários das cotas acabará por gerar uma ação limitadora.

Portanto, sugerimos, não quanto às cotas em concursos, mas quanto às cotas em universidades públicas, que sejam elas ações limitadoras. Neste caso, os mesmos fundamentos para justificar as cotas como ações afirmativas podem ser empregados para justificar essas cotas limitadoras.

Conforme foi demonstrado no presente trabalho, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística verificou que o perfil de estudantes das universidades é composto em maioria por pessoas que frequentaram a rede particular de ensino; pessoas que certamente possuem uma condição socioeconômica privilegiada.

Com este perfil, notamos que as pessoas pertencentes à classe econômica privilegiada ocupam vagas em universidades públicas que pessoas não abastadas deixariam de ocupar, se não fossem as cotas. Assim, pelo menos, por via de regra.

Com efeito, parece mais adequado ampliar a livre concorrência, substituindo nas universidades públicas as cotas sociais, raciais e para deficientes por cotas limitadoras de classe econômica elevada. Essa medida, em momento algum, feriria o princípio da igualdade, tampouco retiraria dos abastados o direito à educação superior, pois que dotados de condição econômica suficiente para financiar seus próprios estudos em universidades particulares. Por outro lado, tornaria mais democrática a fruição do serviço público de educação superior.

Já em relação às cotas em concursos públicos, considerando as várias fases de avaliação, dentre elas as de entrevista e de aptidão física, fases de concurso absolutamente subjetivas, pelo “argumento do preconceito” podemos sustentar a sua continuidade como ação afirmativa. Não olvidando, é claro, o argumento da “solidariedade social”.

Por todo o exposto, conclui-se que não há uma única razão, mas várias, para que o legislador implante, em determinados bens/serviços prestados pelo Estado, a política de cotas.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810/1969), bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591/1992), reforçam a necessidade de promoção, pelo Estado, dos grupos então especificados.

Tem-se, portanto, que os grupos de pessoas que atualmente fazem jus à política de cotas foram de certa forma definidos não por um sistema nacional, mas por uma convenção internacionalmente firmada entre países independentes.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico. (MELLO, 2017, p. 17).

Neste cenário, vale destacar o que dispõe o artigo I da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, segundo o qual:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades

fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (BRASIL, 1969).

Pela leitura do artigo I da mencionada convenção, depreende-se que as cotas foram aceitas internacionalmente como medida assecuratória do progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, em busca da chamada “igualdade de oportunidades”. Tais medidas, como expresso no texto, devem ser provisoriamente implantadas, até que seja atingido o seu objetivo.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 13, é imperativo no seguinte sentido:

[...] a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

[...]

A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. (BRASIL, 1992).

A partir desse dispositivo, é importante frisar que, caso se verifique que a política de cotas raciais/sociais não atingiu sua finalidade precípua de integrar e equiparar, mas, ao contrário, tem promovido na prática a desunião das pessoas e grupos, será o momento de tirá-la de cena.

Esta realidade, todavia, carece de um estudo mais aprofundado, a que não vamos nos ater agora. Por outro lado, de

acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos. (BRASIL, 1992).

Com efeito, as cotas sociais nas universidades públicas servem para garantir o crescimento individual daqueles que nasceram nos grupos economicamente desfavoráveis, buscando providenciar meios de mitigação da miséria pela qualificação de mão de obra, incentivo à educação e equiparação das oportunidades, realçando a liberdade de cada um para o crescimento intelectual, pessoal, e econômico.

Por outro lado, conforme a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009):

A deficiência é um conceito em evolução e [...] resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).

Além disso, reconhece:

[...] as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de

pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza. (BRASIL, 2009).

Segue, pois, os princípios a) do respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) da não discriminação; c) da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) do respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) da igualdade de oportunidades; f) da acessibilidade; g) da igualdade entre o homem e a mulher; e h) do respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade (Decreto nº 6.949/2009, art. 3º).

Assim, no caso das pessoas com deficiência, as cotas compõem uma maneira integradora e não discriminatória, buscando a inserção deste público no mercado de trabalho e a sua máxima independência, por meio da facilitação no acesso a bens, serviços ou lugares.

A questão maior é a seguinte:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção. Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. (ARENDDT, 2017, p. 217).

Concluímos, assim, que a razão de existir das cotas fundamenta-se, sobretudo, na condição humana e no reconhecimento das diferenças enquanto realidade e forma de crescimento.

Já o motivo pelo qual determinados grupos foram escolhidos para o rol de beneficiários das cotas é justificado pela observação e pelo estudo. Trata-se de uma consolidação de ideias que certamente se iniciaram com aqueles que Sowell chama de “intelectuais”, isto é, “formadores de opinião, pessoas cujos comentários ajudam a criar todo um clima de opinião no qual as questões em voga são inseridas, discutidas e, em última instância, adotadas por aqueles que detêm poder político.” (SOWELL, 2011, p. 446).

8. Referências

A BÍBLIA. *Antigo testamento e novo testamento*. 168. ed. São Paulo: Ave Maria, 2005.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ASSIS, Machado de. *Contos escolhidos*. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

AZEVEDO, Aloisio. *O cortiço*. Brasil: L & PM, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2014. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2014/default.shtm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2009. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/default.shtm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais*, 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.802, de 30 de junho de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6802.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10097.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 41, Plenário, Rel.: Min. Roberto Barroso, Brasília, DF, 8 de junho de 2017. *DJe*, 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186, Plenário, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 26 de abril de 2012. *DJe*, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DURKHEIM, Émile. *Fato social e divisão do trabalho*. São Paulo: Ática, 2011.

EXPERT Group on Poverty Statistics. *Compendium of best practices in poverty measurement*. Rio de Janeiro, set. 2006. Disponível em: <https://www.cepal.org/publicaciones/xml/3/26593/rio_group_compendium.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio de Português Online*. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. Brasil: Malheiros, 2017.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. Lisboa: Editorial Caminho, 1995.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo*. São Paulo: É Realizações, 2016.

SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. São Paulo: É Realizações, 2011.

Artigo recebido em: 05/12/2017.

Artigo aprovado em: 18/04/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180005

233 - 259

Artigo

**TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA:
REFLEXÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO
AOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS**

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: REFLEXÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE: REFLECTIONS
ON ITS APPLICATION TO THE MONEY LAUNDERING

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

Pós-graduando

Universidade Cândido Mendes, Brasil

lucas_nar@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo propõe uma abordagem crítica sobre a Teoria da Cegueira Deliberada. Para tanto, faz-se uma análise dos aspectos jurídico-penais de sua aplicação nos crimes de lavagem de capitais, tendo em vista sua crescente utilização em âmbito nacional, especialmente em casos de grande visibilidade e repercussão político-social, como, por exemplo, a “Operação Lava Jato”. Metodologicamente, privilegia-se a revisão bibliográfica, com o intuito de analisar sua precisão técnica, bem como apresentar os critérios mais aceitos para a recepção da referida teoria por parte da doutrina e jurisprudências pátrias. Ademais, busca-se demonstrar a inequívoca proximidade entre o conceito de dolo eventual e de culpa consciente, atentando-se para o fato de não haver, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão legal para o crime de lavagem de capitais na modalidade culposa. Finalmente, serão verificadas as repercussões da utilização dessa teoria na atualidade, por meio de um viés dogmático-jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: lavagem de capitais; teoria da cegueira deliberada; dolo eventual; culpa consciente; tipicidade.

ABSTRACT: The present article intends to present a critical approach concerning the “willful blindness” doctrine. In pursuance of said intent, an analysis will be conducted, in regard to legal-criminal aspects of said doctrine, primarily concerning its operation on money laundering cases, given its increasing implementation countrywide, especially in high-profile cases, in terms of visibility and social/political repercussion, such as the operation known as “Lava-Jato” or “Car Wash”. As far as methodology is concerned, bibliographical review will be favored, so as to provide for an analysis on the technical accuracy of its employment, as well as establishing generally accepted parameters, comprising Brazilian legal writers and courts, in relation to importing said doctrine. Furthermore, this study seeks to demonstrate the undeniable proximity between the concepts of oblique intent and subjective recklessness, highlighting the fact that there is no legal provision whatsoever criminalizing involuntary money laundering in Brazilian Law. Finally, there will be an investigation on the reflexes of adopting that doctrine in the present scenario, always through a legal-dogmatic view.

KEYWORDS: money laundering; willful blindness doctrine; oblique intent; subjective recklessness; legality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria geral do delito: breves considerações. 2.1. Evolução do conceito de tipicidade. 2.2 Conceito de crime. 2.3. Teorias do dolo. 2.4. Conceito de culpa.

2.5. Dolo eventual x culpa consciente: teoria da vontade. 3. Do crime de lavagem de capitais. 4. Casos emblemáticos na jurisprudência pátria. 5. Reflexões sobre a recepção da teoria. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade analisar, sob o aspecto jurídico-penal, a Teoria da Cegueira Deliberada aplicada aos crimes de lavagem de capitais, tendo em vista sua crescente utilização em âmbito nacional, em especial, em casos de grande visibilidade e repercussão político-social, como, por exemplo, a Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão” e a “Operação Lava Jato”.

Primeiramente, será traçado um panorama geral dos conceitos de fato típico, com enfoque nos elementos subjetivos, de dolo (direto e eventual), culpa (inconsciente e consciente) e, também, o conceito analítico de delito admitido no Brasil, que é definido nos termos da Teoria Finalista da Ação, passando-se, após, à análise do crime de lavagem de capitais.

Em seguida, será explicado o conceito de crime de lavagem de capitais a partir de revisão bibliográfica sobre o tema; e será analisada a evolução da lei antilavagem de capitais no Brasil - Lei 9.613 de 1998, alterada pela Lei 12.683 de 2012.

Outrossim, serão analisados alguns casos emblemáticos na jurisprudência pátria, tendo sempre em mira o viés dogmático-jurídico, sem esquecer, obviamente, das peculiaridades do cenário político-econômico e social, de forma a demonstrar a sua utilização e, também, as suas limitações ao ser aplicada em casos concretos.

Ao final, objetiva-se propor uma reflexão séria sobre a recepção da Teoria da Cegueira Deliberada pelo Brasil, tendo em vista o tênue limiar entre os conceitos de culpa consciente e dolo eventual, conceitos estes que serão trabalhados no decorrer do presente artigo.

2. Teoria geral do delito: breves considerações

Para que se possa aventar os limites dogmáticos à aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, especialmente em relação aos delitos previstos na Lei 9.613 de 1998, é imperioso remontar a alguns conceitos básicos de Direito Penal, em especial, o conceito analítico de crime, que possibilitará o aprofundamento das categorias analíticas e permitirá, por meio da análise da tipicidade, revisitado os limites entre o dolo eventual e culpa consciente, já que a principal dificuldade para a aplicação da mencionada teoria decorre das dificuldades de caracterização dos aspectos subjetivos da conduta à luz dos casos concretos.

2.1. Evolução do conceito de tipicidade

No início do século XX, a noção de tipicidade como categoria sistemática autônoma foi desenvolvida por Beling (BITENCOURT, 2014, p. 339), tendo ocorrido a partir daí uma completa revolução do que se entende hoje como Direito Penal.

De acordo com Tavares:

A noção de tipo veio a revolucionar inteiramente o Direito Penal [...] depois disso todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. [...] com o conceito de tipo que se tornou possível a formulação do conceito analítico de delito. (TAVARES, 1980, p. 21.)

Bitencourt (2014, p. 339) atribui como maior feito de Beling transformar a tipicidade em elemento independente da anti-juridicidade e da culpabilidade.

Invocando os ensinamentos de Asúa (1958, p. 238), o conceito de “tipo” perpassa por quatro diferentes fases: 1ª) Fase

da independência; 2^a) Fase da *ratio cognoscendi* da antijuridicidade; 3^a) Fase da *ratio essendi* da antijuridicidade; 4^a) Fase defensiva; sendo possível, ainda, incluir uma quinta, que seria definida nos termos da teoria finalista da ação, proposta por Welzel.

Na primeira fase mencionada (também conhecida por Teoria Causalista, Causal Naturalista, Clássica, Naturalística ou Mecanicista), embora independente, o tipo penal tinha função meramente descritiva, ou seja, limitava-se a descrever a conduta a ser subsumida à norma incriminadora. Os elementos subjetivos, culpa e dolo, para essa teoria, eram analisados apenas na culpabilidade.

Em seguida, na fase da *ratio cognoscendi* da antijuridicidade¹, passa-se a admitir a tipicidade como um indício de antijuridicidade. Percebe-se que ambas não se confundem, trata-se apenas de indícios da existência desta quando presente aquela.

Já na terceira fase, chamada de “fase da *ratio essendi* da antijuridicidade” (conhecida também como Teoria Neokantista ou, ainda, Causal-valorativa), Mezger, em 1931, por meio da publicação de seu *Tratado de Direito Penal*, passa a difundir a teoria bipartite do conceito de crime. Nas palavras de Asúa (1958, p. 238): “*en la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que ratio cognoscendi de la antijuricidad, llegando a constituir la base real de ésta, es decir, su ratio essendi*”. Ou seja, quando um fato fosse típico, necessariamente seria antijurídico.

Após, em 1930, Beling reformula sua tese, conservando, todavia, a tipicidade como elemento independente e au-

1 Essa segunda fase surge em 1915, a partir da obra “*Tratado de Direito Penal*”, de autoria de Max Ernest Mayer.

tônomo em relação à antijuridicidade. Em sua nova obra, chamada *Die Lehre von Tatbestand* - ou *La teoría del tipo*, conforme menciona Asúa (1958, p. 239) - o autor estabelece interessante distinção entre “tipo de delito” (ou *Delikttypus*) e “figura reitora” (ou *Leitbild*). O primeiro trata-se de figura meramente descritiva, isto é, sem valoração jurídica, enquanto o segundo remete a um “modelo conceitual extraído do acontecimento externo.” (BITENCOURT, 2014, p. 343).

Finalmente, com o surgimento do Finalismo, concebido por Welzel, o dolo/culpa, elementos subjetivos do delito, passam a integrar a própria tipicidade. Em palavras diversas, tais elementos deixam de constituir a culpabilidade (terceiro elemento do crime), para caracterizar o fato típico em si. Para a doutrina tradicional, esse foi o modelo adotado pelo nosso Código Penal.

2.2. Conceito de crime

Como se sabe, o conceito analítico de crime, adotado majoritariamente no Brasil, consubstancia-se na noção de que somente será considerada criminosa a conduta típica, ilícita e culpável - “Teoria Tripartite”. Presentes tais substratos, surge para o Estado o *jus puniendi*, que é o direito de punir (puniabilidade). Ausentes, não há que se falar em crime. Discorrer sobre todos os aspectos desse complexo edifício que subjaz a teoria do delito, fugiria aos limites deste estudo. Assim, passa-se a abordar os pontos mais nevrálgicos do conceito analítico de crime em relação à Teoria da Cegueira Deliberada.

2.3. Teorias do dolo

Estabelecida a definição de tipicidade, em especial, a imprescindibilidade da presença dos elementos subjetivos para a sua caracterização, bem como definido o atual con-

ceito analítico de crime - fato típico, ilícito e culpável -, faz-se necessária a caracterização do dolo. Somente a partir do conhecimento sobre as teorias do dolo é que será possível compreender a Teoria da Cegueira Deliberada, procurando definir claramente suas limitações e sua correta - ou impossibilidade de - aplicação.

A redação do artigo 18, I, do Código Penal Brasileiro, adota, expressamente, a teoria da vontade, em relação ao dolo direto, e a do assentimento, para os casos de dolo eventual.

De acordo com Bitencourt (2014, p. 380), para a teoria clássica, também chamada de teoria da vontade, dolo é tido como vontade consciente de querer praticar a infração penal. Já para a teoria do consentimento (ou assentimento) o dolo surge sempre que o sujeito ativo possui a previsão do resultado possível e decidir prosseguir com a conduta, assumindo o risco de atingir o resultado previsto.

2.4. Conceito de culpa

Embora o Código Penal não tenha a previsão nesse sentido, existem duas espécies de culpa amplamente discutidas pela melhor doutrina. A primeira é a culpa inconsciente (sem representação), que é a ação sem previsão do resultado previsível, a também chamada de “culpa *ex ignorantia*”. Ou seja, aqui o sujeito ativo atua sem representar o perigo existente em sua conduta. Embora exista a possibilidade de previsão do resultado, o agente deixa de prevê-lo por desatenção ou mesmo desleixo.

A segunda é a culpa consciente (com representação), também chamada de culpa com previsão. Aqui o sujeito ativo sabe do perigo presente em sua conduta, ou seja, existe a previsibilidade, contudo este age com inobservância de seu dever de cuidado, acreditando fielmente que o resultado não se concretizará.

Segundo Bittencourt, “a previsibilidade é o elemento identificador das duas espécies de culpa. A imprevisibilidade desloca o resultado para o caso fortuito ou força maior, retirando-o da seara do Direito Penal”. (2014, p. 382).

2.5. Dolo eventual x culpa consciente: teoria da vontade

Como se verá no decorrer deste trabalho, o limiar entre a culpa consciente e o dolo eventual é deveras tênue. Ambos possuem como pressuposto a ocorrência da previsibilidade combinada com a representação (ou previsão) do resultado, de forma que a grande diferença reside justamente na aceitação ou não da possibilidade de produção do resultado.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, o dolo eventual

[...] é a conduta daquele que diz a si mesmo ‘que aguento’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’. [...] aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 498).

Em outras palavras, o agente, embora preveja o resultado, aceita o risco da sua produção.

Já na culpa consciente, o agente prevê, mas acredita sinceramente na sua não ocorrência, de modo que não assume o risco, sendo certo que caso acreditasse na produção do resultado, teria deixado de praticar a conduta.

De acordo com Bittencourt (2014, p. 385), existem duas teorias que procuram distinguir as figuras mencionadas alhures, a Teoria da Probabilidade e a Teoria da Vontade. Para a primeira, basta a representação do resultado como provável, de

forma a admitir sua ocorrência, para configuração do dolo eventual. Já para a segunda, que é a adotada no ordenamento jurídico brasileiro, além da representação do resultado como provável, é necessário o elemento volitivo, isto é, o querer do agente em assumir os riscos de produção do resultado.

Nesse sentido, destaca o autor:

[...] a distinção entre dolo eventual e culpa consciente resume-se à aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. Persistindo a dúvida entre um e outra, dever-se-á concluir pela solução menos grave, qual seja pela culpa consciente, embora, equivocadamente, não seja essa a orientação adotada na praxis forense (BITTENCOURT, 2014, p. 386).

Feitos tais esclarecimentos necessários, passa-se agora a analisar o que são os crimes de lavagem de capitais e, em seguida, como a jurisprudência pátria vem aplicando a Teoria da Cegueira Deliberada.

3. Do crime de lavagem de capitais

De acordo com Stessens (apud BRASILEIRO, 2017, p. 473), em sua obra *Money Laundering: a new international law enforcement model*, a expressão “lavagem de dinheiro”² constitui-se importação do termo em inglês *money laundering*, que tem sua origem nos Estados Unidos da América.

A expressão surgiu na década de 1920, em Chicago, ocasião em que lavanderias estavam sendo utilizadas por *gangsters* para dissimular a origem ilícita de seus proventos.

2 Expressão internacionalmente conhecida como: *Geldwaschen*, em alemão; *blanchiment d'argent*, em francês; *blanqueo de capitales*, em espanhol ou, *riciclaggio di denaro sporco*, em italiano.

Barros (2012, p. 47) define lavagem como método por meio do qual uma ou mais pessoas - ou organizações criminosas - processam os proventos financeiros e patrimoniais decorrentes de suas atividades ilícitas. Dessa maneira, lavagem consiste na ocultação e dissimulação de incorporação de bens e valores ilícitos na economia, com o objetivo de lhes dar aspecto de lícito.

O Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro - GAFI (ou *Financial Action Task Force - FATF*)³, divide o *iter criminis* do crime de lavagem de capitais em três fases independentes: *placement*, *layering* e *integration*. Na primeira fase, o dinheiro ilícito é inserido no sistema financeiro, dificultando o rastreamento de sua origem. Em seguida, é feita a dissimulação, conhecida como *layering*. Nesta segunda fase, são realizados subseqüentes negócios jurídicos e movimentações financeiras, com a finalidade de impossibilitar a reconstrução do caminho percorrido pelo dinheiro. Finalmente, na terceira fase, ocorre a integração dos valores ao patrimônio lícito do sujeito ativo e, por consequência, ao sistema econômico (*integration*). Veja-se que não é por acaso que o bem jurídico⁴ tutelado, de acordo com a doutrina majoritária (LIMA, 2017, p. 481), é a ordem socioeconômica.

É sabido que a finalidade precípua do crime de lavagem de capitais é desencorajar a prática de infrações penais, de modo a tornar inverídica a famosa expressão de que o crime compensa. Entretanto, não é possível punir todos aqueles que se beneficiam do capital ilícito. Como se verá abaixo, para ser responsabilizado penalmente, é necessário que exista, ao me-

³ The Financial Action Task Force (FATF) é um órgão intra-governamental fundado em 1989 e que tem como objetivo estabelecer padrões e promover implementações efetivas no combate à lavagem de dinheiro e outras ameaças ao sistema financeiro internacional. (fonte: <http://www.fatf-gafi.org/about/>).

⁴ Claus Roxin, em sua obra *Derecho Penal* (Lisboa: Vega 3ª edição, 1998, p. 61) conceitua bem jurídico como “*bien vital reconocido socialmente como valioso*”.

nos, dolo direto ou eventual. A conduta culposa nesses casos é atípica, por ausência de previsão legal, conforme previsto no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal.

Lima (2017, p. 505) afirma que, em regra, os crimes dolosos admitem tanto o dolo direto como o eventual, não havendo nenhuma enumeração específica para este último. Sob tal argumento, como já dito, predomina o entendimento de que, para além do dolo direto (inquestionável), basta o agente ter ciência da probabilidade de os valores ou bens envolvidos em uma transação serem de origem ilícita, assumindo os riscos da ocorrência do resultado delitivo, para que ocorra a subsunção à norma incriminadora, na modalidade dolo eventual.

Tal entendimento pode ser aduzido a partir da interpretação literal que se faça da Lei 9.613 de 1998. A partir da mudança sofrida em 2012, pela Lei 12.683 de 2012, além do rol taxativo de crimes antecedentes - agora suprimido do artigo 1º, de modo a permitir que seja qualquer “infração penal” -, também foi removida a expressão “que sabe serem provenientes” do artigo 1º, §2º, I. Atualmente, após a alteração citada, o inciso I do artigo 1º, §2º, passou a vigorar da seguinte maneira: “I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.” (BRASIL, 1998).

Assim, não há dúvidas de que, por meio das inovações, a intenção do legislador foi, justamente, expandir a punição dos crimes de lavagem de capitais, incluindo a responsabilização a título de dolo eventual.

A única exceção, isto é, que não admite o dolo eventual, é o delito previsto no artigo 2º, II, que continua a exigir a presença do conhecimento - ou seja, não basta existir a previsibilidade do resultado, deve haver o dolo direto, já que carrega em sua descrição típica a expressão “tendo conheci-

mento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.” (BRASIL, 1998). A conduta culposa permanece atípica, um irrelevante penal.

4. Casos emblemáticos na jurisprudência pátria

Também conhecida como *The Ostrich Instruction Doctrine* (Doutrina das Instruções da Avestruz), *Conscious Avoidance Doctrine* (Doutrina da Evitação da Consciência) ou mesmo *Willful Blindness Doctrine* (Teoria da Cegueira Deliberada), trata-se de uma construção, por meio de elementos de evidência objetivos, que visa aferir o grau de conhecimento, e consequentemente de dolo, com que atua o agente em determinada situação.

De acordo com Robbins:

O tribunal pode identificar com propriedade a cegueira deliberada somente quando possa ser dito que o acusado realmente sabia. Ele suspeitou do fato; visualizou a probabilidade; mas ele absteve-se de obter a confirmação final porque buscava, na ocasião, poder negar ter o conhecimento. Isso, e apenas isso, é cegueira deliberada. (WILLIANS, 1990 apud ROBBINS, 1990, tradução nossa⁵).

No mesmo sentido é a posição de Vallés:

Em termos gerais, esta doutrina sustenta a equiparação, quanto aos efeitos de atribuir responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles casos de desconhecimento intencionado ou buscado com

⁵ Versão original: “A court can properly find willful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness”.

respeito a esses elementos. Tal equiparação se baseia na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta em quem conhece não é inferior ao daquele sujeito que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância (VALLÉS, 2008, p. 14-15, tradução nossa⁶).

O primeiro caso emblemático em que se aplicou a *Willful Blindness Doctrine* foi o assalto ao Banco Central do Brasil, que ocorreu na cidade de Fortaleza, no Ceará. Em primeira instância, o Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio utilizou-se da referida teoria para fundamentar sua decisão de condenar dois empresários donos de uma revendedora de veículos.

A denúncia foi recebida nos autos da Ação Penal nº 2005.81.00.014586-07, sob a narrativa de subtração do valor de R\$ 164.755.150,00 reais do Banco Central do Brasil localizado em Fortaleza/CE. No que se refere aos empresários - parte da acusação com maior relevância para o presente trabalho - ambos receberam a quantia de R\$ 980.000,00 reais, em notas de cinquenta reais, pela aquisição de 11 veículos. Na ocasião, teria, ainda, sido deixada a quantia de R\$ 250.000,00 reais a título de crédito no estabelecimento dos acusados.

Por não terem questionado a origem de tais valores, bem como por não comunicarem às autoridades sobre a movimentação suspeita, entendeu o douto magistrado federal pela condenação dos réus pela prática do crime descrito no artigo 1º, V e VII, §1º, I, e § 2º, I e II, da Lei 9.613 de 1998.

6 Texto original: “En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efetivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia”.

7 Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Todavia, não estavam presentes os elementos suficientes à caracterização do dolo eventual no recebimento dos valores usados na venda dos veículos (art. 1º, §1º, II, Lei 9.613/98). O furto ocorreu na madrugada de sexta para sábado, enquanto a venda foi realizada na manhã seguinte, sendo certo que o crime somente foi descoberto na segunda, por ocasião do início do expediente bancário. Assim, não havia como fazer, *in casu*, a ilação de que os empresários poderiam supor que a vultuosa quantia era produto de crime.

Outrossim, à época, estava vigente a antiga redação do artigo 1º, §2º, I, que exigia a ciência expressa de que os valores eram de origem ilícita, de modo a não admitir o dolo eventual na modalidade “utilizar na atividade econômica ou financeira”. Em razão disso, acertadamente, o Tribunal Federal Regional da 5ª Região reformou a sentença, para absolvê-los.

Mais recentemente, a *Willful Blindness Doctrine* vem ganhando força, em especial, perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, seção judiciária do Paraná, sob a titularidade do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, magistrado que está à frente da denominada “Operação Lava Jato”. Como se sabe, o conjunto de crimes que compõe a “Lava Jato”, a maioria já objeto de ações penais, são de competência da Justiça Federal, em decorrência da presença de diversos crimes federais. A competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para os crimes apurados e em apuração na referida operação decorre das regras processuais penais de conexão e continência, tendo em vista que aquele juízo tornou-se preventivo quando da origem da investigação, lavagem consumada em Londrina/PR, assim como nos termos do artigo 71 do Código de Processo Penal⁸.

8 Art. 71. Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

A Operação Lava Jato, segundo o Ministério Público Federal, é:

A maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.⁹

Diversas ações penais já foram propostas pelo Ministério Público Federal durante os últimos três anos. Portanto, visando melhor técnica, restringir-se-á o presente artigo científico à análise de dois relevantes casos em que foi ventilada a Teoria da Cegueira Deliberada aplicada aos crimes de lavagem de capitais, um em que houve condenação e outro absolvição, respectivamente: Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000¹⁰ e Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000¹¹.

9 Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

10 Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

11 Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/07/LULA-CONDENADO.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2017

Em relação à primeira, tratava-se de denúncia de práticas reiteradas de corrupção (artigos 317 e 333 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (artigo 1º, *caput*, inciso V, da Lei 9.613/98). De acordo com a sentença¹² - itens 109 e 111 - grandes empreiteiras brasileiras pagaram, de modo sistemático, vantagens indevidas aos Diretores da Petrobras, dentre eles Paulo Roberto Costa¹³ e Renato de Souza Duque¹⁴, com o objetivo de obterem favorecimento em licitações de contratos com a empresa. A propina paga era também repassada para agentes políticos, que garantiam que os diretores da estatal assumissem e permanecessem em tais cargos.

Em síntese, segundo o MPF¹⁵, cerca de R\$ 357.945.680,52 teriam sido repassados em propinas à diretoria de abastecimento e ao Partido Progressista entre 2004 a 2014. O réu Pedro Correa¹⁶, liderança do Partido Progressista, era o responsável pelo repasse ao partido. A tese da denúncia consistia no fato de que Alberto Youssef¹⁷ utilizou, para pagamento de propina a Pedro Correa, valores de origem ilícita, decorrentes de crimes - cartel e ajustes de licitações - caracterizando assim a corrupção e a lavagem de capitais.

12 Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

13 Paulo Roberto Costa é engenheiro e ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, entre 2004 e 2012.

14 Renato de Souza Duque é engenheiro e ex-diretor de serviços da Petrobras, entre 2003 e 2012.

15 Conforme sentença proferida nos autos número 5023135-31.2015.4.04.7000. Disponível em: <http://www.pr.r.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf/view>. Acesso em: 10 nov. 2017.

16 Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto mais conhecido como Pedro Corrêa é um médico e político brasileiro.

17 Alberto Youssef é um doleiro e empresário brasileiro que ficou conhecido após o escândalo do Banestado.

Limitando ainda mais a análise da decisão ao tema do presente trabalho, ressalta-se que, dentre as diversas formas utilizadas para serem feitos os repasses de propina, estavam os depósitos bancários realizados nas contas de terceiros, dentre eles Ivan Vernon¹⁸, que foi denunciado, então, pela prática de lavagem de dinheiro, tendo sido condenado sob o seguinte argumento:

Entendo que agiu dolosamente ao ceder sua conta para que Pedro Correa pudesse receber valores decorrentes do esquema criminoso da Petrobras. Era um assessor de confiança de Pedro Correa. É possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobras. Entretanto, o recebimento em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultuoso, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos. Isso especialmente quando tornado notório a partir de 2006 que Pedro Correa, com a cassação de seu mandato parlamentar, estava envolvido em atividades criminais. (BRASIL, 2015).

Sob esse fundamento, embora tenha alegado desconhecimento sobre a origem ilícita do dinheiro, o réu Ivan foi condenado pela prática do delito de lavagem de dinheiro, de modo que por ter “condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos”, o “desconhecimento” sobre a ilicitude dos valores recebidos em sua conta acaba por ser equiparado ao dolo eventual, permitindo, assim, a condenação do agente.

Já no segundo caso mencionado, AP n° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR¹⁹, versava a exordial sobre a prática

18 Ex-assessor do Partido Progressista.

19 Disponível em: <http://cdn01.justificando.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2017/07/121427_07/sent_enca_lula.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

de crimes de corrupção (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro) e de lavagem dinheiro por diversas vezes (art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei 9.613 de 1998). Como no primeiro caso narrado, também tratava-se de esquema de corrupção envolvendo a empresa pública Petrobras. Foram oito denunciados, dentre eles o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva²⁰, a Ex-Primeira Dama Marisa Leticia Lula da Silva, assim como três executivos da sociedade empresária OAS: Valente Gordilho, Fábio Hori Yonamine e Roberto Moreira Ferreira.²¹

Vale destacar que os executivos mencionados foram denunciados pela prática do crime de lavagem de dinheiro em razão da ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento 164-A, triplex, assim como do verdadeiro beneficiário das reformas lá realizadas - segundo a denúncia era o próprio Ex-Presidente.

No caso dos executivos, o Juiz Federal competente entendeu pela absolvição com fundamento no artigo 386, VII, do Diploma Processual Penal, que versa sobre a insuficiência de provas. De acordo com a sentença, não teria restado provada a presença do conhecimento - ou pelo menos a sua alta probabilidade - sobre origem criminosa dos recursos utilizados na transação do triplex e nas reformas, de modo que impossibilitaria a utilização da “Teoria da Cegueira Deliberada”.

Quando comparadas tais decisões proferidas por um mesmo juiz, torna-se evidente o tênue limiar entre o que seria probabilidade de conhecimento e agir culposos, isto é, sem

20 Luiz Inácio Lula da Silva, mais conhecido como Lula, é um político, ex-sindicalista e ex-metalúrgico brasileiro. Filiado ao Partido dos Trabalhadores, foi o 35.º presidente do Brasil, entre 2003 e 2010.

21 O Grupo OAS é um conglomerado brasileiro fundado em Salvador, Bahia, em dezembro de 1976, com sede em São Paulo, que atua em diversos países do mundo no ramo da engenharia civil.

dolo. Em outras palavras, caso o juiz chegue à conclusão - por meio da persuasão racional - de que o sujeito ativo da “lavagem” tinha probabilidade de conhecimento sobre a origem ilícita dos valores, isso faz com que este responda pela conduta como se tivesse praticado-a dolosamente (dolo eventual). Enquanto isso, caso o entendimento seja que não há comprovação da probabilidade de conhecimento, a conduta seria atípica, pois não existe previsão para a lavagem de dinheiro na modalidade culposa no ordenamento jurídico-penal pátrio. Percebe-se aqui, portanto, o alto grau de relevância da discussão ora travada.

5. Reflexões sobre a recepção da teoria

É muito importante que sejam feitas exaustivas reflexões antes de importar qualquer teoria desenvolvida em outro ordenamento jurídico. Deve-se levar em consideração as premissas e conceitos básicos sobre os quais ela foi pensada. Somente assim se pode concluir se ela é, de fato, cabível ou não na realidade brasileira.

Fato interessante é que o próprio magistrado responsável pelas sentenças acima mencionadas é também um dos entusiastas da referida teoria no Brasil. De acordo com Moro (2010, p. 212), em seu livro sobre lavagem de capitais, “a doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção do *commom law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), corte da tradição da *civil law*, em casos de recepção, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros”.

Segundo o referido autor, citando o julgamento STS 33/2005²², tal construção doutrinária espanhola seria, “de

22 Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/delito-receptacion-capitales-ma-17525887>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

certo modo”, compatível com a previsão de dolo no ordenamento e doutrina brasileiros, o que permitiria sua importação para o sistema pátrio.

Contudo, como se vê nos casos narrados, é extremamente discutível a aproximação da cegueira deliberada com o dolo eventual, já que deliberadamente ignorar uma circunstância fática é figura demasiadamente próxima da chamada culpa consciente - seja por negligência, imprudência ou imperícia - que, repisa-se, não permite a punição nos delitos de lavagem de capitais, por ausência de previsão legal.

Embora se reconheça a extrema relevância da presente construção doutrinária para o cenário atual de crise política e moral, constituindo verdadeiro instrumento de eficácia da Lei de Lavagem de Capitais, deve-se perquirir até que ponto não se está a ultrapassar os limites legais postos pelo legislador, sob pena de ofender o Princípio da Legalidade, elevado à garantia fundamental, nos termos do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988.

Já existem, inclusive, em âmbito nacional, autores como Silveira (2016), questionando a forma como tem sido reproduzida a aplicação da cegueira deliberada exclusivamente com base nos precedentes e construções doutrinárias espanholas. Como já apontado acima, o Código Penal Brasileiro adota em seu artigo 18, inciso I, as teorias da vontade²³ e assentimento²⁴, definindo expressamente o que seria o dolo direto e o dolo eventual, não entrevedo espaço para o seu alargamento por meio da utilização da cegueira deliberada.

23 Para essa teoria, dolo é a vontade consciente de querer praticar a infração penal.

24 Aqui se fala em dolo quando o agente tem a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com a conduta.

Diante disso, é necessário que a referida teoria seja aplicada de modo responsável e com base em critérios mais seguros, que deverão ser desenvolvidos pela doutrina. Um bom exemplo, são os critérios postos por Badaró e Bottini (2012, p. 105), quais sejam: a) o sujeito ativo deve ter criado deliberadamente, de modo voluntário e consciente, barreiras ao conhecimento da atividade ilícita, caso esta ocorra; b) o agente deve ter previsibilidade de que tais barreiras, por ele criadas, facilitarão a ocorrência de delitos sem sua ciência; e c) devem existir elementos objetivos que despertem dúvida razoável sobre a ilicitude do objeto de suas atividades.

Por outro lado, propõe-se, ainda, a discussão sobre se os requisitos acima mencionados caracterizariam, na verdade, elementos normativos da conduta, de modo que envolvem deveres objetivos de cuidado em relação ao sujeito que toma contato com bens, direitos ou valores cuja origem desconhece, que, se violados, atrairiam a figura do crime culposo, por negligência, imprudência ou imperícia. Desse modo, seriam, na verdade, critérios aptos a afetar o plano da previsibilidade, não da vontade.

Conforme lição de Rogério Cunha (2017, p. 220) sobre os “deveres objetivos de cuidado”, o indivíduo não pode tomar a atitude que quiser e quando quiser, sem levar em conta o interesse coletivo, de modo que o agente, na infração culposa, viola seu dever de diligência, que é regra básica necessária para o convívio social. Portanto, ainda que o agente atue com violação aos seus deveres de cuidado, não será o suficiente para caracterizar a sua vontade - de praticar ou assumir o risco de produzir o resultado, isto é, o dolo.

Destarte, ainda que ocorra a violação de tais deveres de cuidado, quando o agente atua ignorando ou desconhecendo

que os valores, bens ou direitos sobre os quais recai sua conduta têm origem em uma infração penal anterior, ou apenas admite, por erro, que não existe a origem ilícita, este estará agindo em “erro de tipo”, mais especificamente erro inescusável (evitável), já que seria possível evitá-lo pela adoção de medidas de precaução básicas, que poderiam ser facilmente tomadas. Por consequência, não haveria falar em dolo, mas sim, em culpa, na forma do artigo 20 do Código Penal²⁵.

Sobre o tema, vejamos as lições de Lima:

Portanto, quando o sujeito atua, desconhecendo ou ignorando que os bens sobre os quais recai sua conduta têm sua origem numa infração penal antecedente ou, ao menos, admite por erro que não procedem da comissão de uma infração, estaria atuando em erro de tipo [...] o erro sobre elementos constitutivos do tipo legal de crime exclui o dolo, já que este requer o conhecimento dos elementos do tipo objetivo. Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração penal será castigada na modalidade culposa, desde que haja uma figura delitiva tipificando a correspondente conduta culposa, o que não acontece no crime de lavagem de capitais no ordenamento pátrio, que admite sua punição exclusivamente a título de dolo. (LIMA, 2017, p. 503).

Com orientação semelhante, acrescentando, ainda, a necessária responsabilização penal do terceiro causador do erro na forma do artigo 20, §2º do Código Penal²⁶, posiciona-se Bottini:

Pelas regras legais, se o agente desconhece a procedência infracional dos bens ocultados ou dissimulados, faltar-lhe-á o dolo da prática de lavagem e a conduta típica será atípica

25 Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

26 § 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

mesmo se o erro for evitável, pois não há previsão de lavagem culposa. Assim, se o agente não percebe a origem delictiva do produto que mascara por descuido ou imprudência, não pratica lavagem de dinheiro, respondendo penalmente o terceiro que determinou o erro, se existir. (BOTTINI, 2013).

Entretanto, como já dito, não existe em nosso ordenamento a figura da lavagem de capitais culposa. Nesse caso, aplicar a Teoria da Cegueira Deliberada como equiparação ao dolo eventual constituiria verdadeira analogia *in malam partem* da norma penal incriminadora em questão para punir a lavagem culposa, o que não se permite no Brasil.

Independentemente da posição adotada, fato é que a utilização da teoria da cegueira deliberada não pode ser usada meramente para suprir a falta de provas da existência do dolo, que cabe à acusação (LIMA, 2016, p. 596). Assim sendo, não restando, por exemplo, provado que o indivíduo sabia da origem ilícita dos valores alvo de ocultação, o decreto absoluto será imperativo, ainda que gere comoção social em sentido contrário.

O Direito Penal não pode ser flexibilizado em prol de conformar-se ao clamor social, uma vez que se encontra submetido diretamente ao princípio da legalidade em sentido estrito. É este princípio, sem dúvidas, um dos mais importantes princípios da disciplina penal, o qual implica, justamente, na ideia de que a lei é a única fonte quando se quer incriminar uma conduta ou a sua ausência.

Nesse sentido, afirma Greco:

O princípio da legalidade veio insculpido no inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal [...] É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, um dos mais importantes do Direito

Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte de Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. Por essa razão, von Liszt diz que o 'Código Penal é a Carta Magna do delinquente'. (GRECO, 2016, p. 1).

É imperioso destacar que o presente trabalho não pretende ofertar uma reposta imutável e completa sobre o cabimento ou não da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista ser este tema tão novo e, ao mesmo tempo, tão complexo. O objetivo é, na verdade, ampliar a inicial discussão que vem sendo levantada a partir da sua aplicação em diversos casos de extrema relevância para o país.

Nesse sentido, reconhece-se que os debates ora levantados devem continuar em constante aprofundamento. Para tanto, entende-se a necessidade de consideração de dois aspectos essenciais: o primeiro é que, caso continue sendo aceita pelos tribunais brasileiros, a Teoria da Cegueira Deliberada precisa ser aplicada com base em critérios mais seguros, de modo a respeitar os princípios inerentes ao Estado de Direito em que estamos inseridos, principalmente o princípio da legalidade. Em segundo lugar, concluindo-se pela inaplicabilidade da referida teoria - por caracterizar-se como hipótese de culpa consciente e não dolo eventual, portanto, atípico, hodiernamente - é válido o debate sobre a criação de novos instrumentos legislativos, seja a expansão dos deveres legais de cuidado - já existentes - a serem observados nas relações comerciais, seja a tipificação da lavagem culposa, o que embora discutível, já é feito em países da Europa (LIMA, 2017, p. 501), como Alemanha, Luxemburgo e a Espanha.

6. Considerações finais

O presente trabalho teve por finalidade analisar, sob o aspecto jurídico-penal, a Teoria da Cegueira Deliberada aplicada aos crimes de Lavagens de Capitais. Assim, foi estabelecida a origem histórica da expressão “lavagem de dinheiro”, traçando-se um panorama sobre a evolução dos crimes de lavagem de capitais.

Em sequência, foram revisitados alguns conceitos básicos de Direito Penal, objetivando-se a análise da recepção ou não da Teoria da Cegueira Deliberada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Foi, ainda, explorado o tênue limiar entre o conceito de dolo eventual e a culpa consciente, em especial a impossibilidade de utilizar a Teoria da Cegueira Deliberada com o fim de atenuar o ônus da prova da acusação.

Em seguida, explicou-se o conceito do crime de lavagem de capitais a partir de revisão literária sobre o tema, de forma a esclarecer o bem jurídico tutelado. Descreveu-se, em seguida, a evolução da lei antilavagem de capitais no Brasil - Lei 9.613 de 1998, alterada pela Lei 12.683 de 2012.

Foram abordados, também, alguns casos concretos por meio de julgados relevantes no judiciário brasileiro, de forma a demonstrar como a teoria vem sendo aplicada, especialmente em casos de grande impacto no cenário político.

Por fim, à luz de julgados recentes, almejou-se propor a intensificação do debate acerca da recepção ou não da Teoria da Cegueira Deliberada no país, propondo-se, desse modo, critérios mais seguros de aplicação, de forma a impedir a sua utilização como verdadeira inversão da presunção de inocência e do ônus probatório. Inclusive, questionando-se, diante

da importância das legislações antilavagem, sobre a necessidade ou não de tipificar a lavagem culposa, na hipótese de concluir-se pela não recepção da teoria no direito pátrio.

7. Referências

ASUÁ, Jiménez. *Princípios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/10/doctrina31748.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROS, Flávio A. M. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470. *Conjur*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AP nº 2005.81.00.014586-0, Rel.: Des. Federal Francisco Barros Dias. *Diário da Justiça*, 22 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. *Estadão*, 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/07/LULACON-DENADO.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. AP n. 5023135-31.2015.4.04.7000. 2015. Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 jun. 2018.

CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ENTENDA o caso. *Ministério Público Federal*, Brasília, DF, 201-. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala Segunda. Penal - Apelacion n. 1489/2003. STS 33/2005. Julgamento: 19 jan. 2005. Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/delito-receptacion-capitales-ma-17525887>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MORO, Sérgio Fernando. *Crimes de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University, v. 81, 1990.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SILVEIRA, Renato de M. J. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava-jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito (variações e tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VALLES, Ramon R. I. La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

Artigo recebido em: 04/02/2018.

Artigo aprovado em: 04/06/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180006

263 - 316

Artigo

**A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE
COLABORAÇÃO PREMIADA COMO
NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E
MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA: UMA
ANÁLISE DO HC STF 127.483/PR E BREVES
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA GESTÃO
DAS PROVAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO**

MARCELO MAGNO FERREIRA E SILVA

A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA: UMA ANÁLISE DO HC STF 127.483/PR E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA GESTÃO DAS PROVAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO

CELEBRATION OF THE PLEA BARGAIN AGREEMENT AS A LEGAL PROCEDURAL BUSINESS AND MEANS OF OBTAINING EVIDENCE: AN ANALYSIS OF HC STF 127.483/PR AND BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE MANAGEMENT OF EVIDENCES IN THE ACCUSING SYSTEM

MARCELO MAGNO FERREIRA E SILVA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
marcelomagno@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente artigo faz uma análise do *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR, julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no qual definiu-se a natureza da colaboração premiada como negócio jurídico processual e meio de obtenção de provas. Como negócio jurídico processual, à colaboração premiada atribuiu-se traço personalíssimo, impossibilitando a impugnação de suas cláusulas por parte de terceiro; enquanto meio de obtenção de provas, as partes estabelecidas fixam as formas de se obter uma prova no processo penal; sendo o acordo de colaboração legal, regular e voluntário, imperiosa sua homologação pelo magistrado, que não tomará parte no referido acordo, tampouco apreciará o mérito dos elementos indiciários porventura existentes. Atingidos os resultados perseguidos, sendo eficazes os elementos levantados, igualmente impõe-se ao magistrado a concessão da sanção premial negociada, como forma de cumprimento pelo Estado da legítima confiança e segurança jurídica advinda do acordo. Nessa seara, não obstante as contundentes críticas acerca do instituto da colaboração premiada, o afastamento do magistrado quanto ao acordo de colaboração premiada e a imposição de cumprimento do acordo ao Estado-Juiz aproximam o instituto de um modelo penal acusatório, essencial para o estabelecimento de um processo penal democrático, ao passo que prestigia a gestão das provas e produção pelas partes dos elementos indiciários na persecução penal, possibilitando, ainda, o prévio conhecimento do provimento final de mérito, o qual as partes construíram conjuntamente.

PALAVRAS-CHAVE: colaboração premiada; negócio jurídico processual; meio de obtenção de prova; gestão das provas; sujeitos.

ABSTRACT: This article makes an analysis of Habeas Corpus nº. 127.483/PR, judged by the full bench of Supremo Tribunal Federal, in which the nature of the plea bargain was defined as a legal procedural business and a means of obtaining evidence. As a legal procedural business, the plea bargain was attributed a very personal feature, making it impossible to have its clauses challenged by third parties; as a means of obtaining evidence, the parties establish how to obtain evidence in criminal proceedings; if the deal is legal, regular, and voluntary, it must be approved by the magistrate, who will not take part in the agreement and will not consider the merits of the provided indications. Once the results have been achieved and the elements raised have been effective, the magistrate must award the bargained sanction as a form of State's compliance of the duty to respect legitimate expectations and the rule of law resulted from the agreement. In spite of the overwhelming criticism of the plea bargain institute, the removal of the magistrate from the agreement and the imposition of compliance with it brings the institute closer to an accusatory criminal model, which is essential for the establishment of a democratic criminal procedure. It also determines the production and management of the evidence by the parties in the criminal prosecution, and it also makes possible the prior knowledge of the parties jointly constructed final merits.

KEYWORDS: plea bargain; legal procedural business; means of obtaining evidence; management of evidence; subjects.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. HC STF n. 127.843/PR. Apresentação do caso. 2.2. Das normas que regulam a matéria: a colaboração premiada. 2.3. Solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.483/PR. 2.4. Dos fundamentos adotados no julgamento e apontamentos acerca da colaboração premiada. 2.4.1. Fundamentos adotados e considerações doutrinárias acerca da colaboração premiada. 2.4.2. A colaboração premiada e breves considerações acerca da gestão das provas no sistema acusatório. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

O processo penal constitucional, em conformidade com as premissas dos direitos fundamentais, somente emergirá quando, superados os entraves do sentimento de protagonismo judicial, reconhecermos que um sistema acusatório em um estado democrático de direito transfere às partes formalmente estabelecidas a gestão das provas, de modo que possa o magistrado garantir a realização destas, em contraditório e ampla defesa, fundamentando sua decisão final não mais na livre apreciação da prova, aliás, alçado a um *status* de princípio que não detém, mas, de fato, cumprindo o mandamento constitucional de acordo com o trazido e produzido pelas partes.

No ideal de construção de prova pelas partes, situação em que se fala no juízo de garantias, apto a tutelar os direitos fundamentais, mas, sem interferir nas “regras do jogo”, a colaboração premiada surge como um acordo formal entre Ministério Público ou autoridade policial e investigado colaborador, com fins à obtenção de elementos indiciários.

Nesse cenário, ganha relevo a discussão, pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº. 127.483/PR, da colaboração premiada, que não obstante presente outrora no ordenamento jurídico nacional e estrangeiro, ganha corpo com a Lei nº. 12.850/13, instituindo no país um regramento mínimo de justiça penal negociada ou premial.

Através do acordo de colaboração premiada, busca-se reconhecer que as partes formalmente estabelecidas no cenário procedimental firmam um negócio jurídico processual, como meio de obtenção de provas. Uma vez asseguradas a irrestrita legalidade, regularidade, voluntariedade e, ao final, com a eficácia do negócio jurídico processual, constitui-se o direito subjetivo do celebrante colaborador ao prêmio negocial, conforme julgado objeto do presente estudo.

Por isso, na relação de um ideal de gestão das provas pelas partes estabelecidas no acordo e assentado no HC STF nº. 127.483/PR, objeto do presente estudo, adequada aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, não caberia ao Poder Judiciário a ingerência sobre as cláusulas pactuadas, a participação no acordo e tampouco a discussão posterior sobre a justeza do prêmio negocial.

Focaliza-se o estudo, na parte destinada a revisão bibliográfica, exclusivamente na figura do Ministério Público e o agente colaborador, negociantes da relação jurídico-procedimental, enquanto titular exclusivo da ação penal pública e investigador colaborador.

Igualmente, como não poderia, o presente estudo não tem por objetivo rebater, tampouco superar as bem fundamentadas críticas existentes em nível doutrinário, acerca do instituto da colaboração premiada; não se pode olvidar que a colaboração premiada, assim como a própria (in)existência de um sistema acusatório puro, necessita de profundos estudos e aperfeiçoamento para atingir o pleno ideal democrático, carecendo de estudos principalmente o aspecto da voluntariedade. Porém, com advento da Lei n. 12.850/2013, emprega-se a visão de que o regramento atual existente confere mínima segurança jurídica ao colaborador. Atingidos os fins perseguidos na lei, institui-se direito subjetivo à benesse acordada, o que representa avanço na justiça consensual.

2. Desenvolvimento

2.1. HC STF nº. 127.843/PR. Apresentação do caso.

No caso do presente estudo, *Habeas Corpus* impetrado por José Luiz Oliveira Lima e outros, tendo por paciente Erton Medeiros Fonseca, questionava o ato do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavaschi, que homologou acordo de colaboração premiada firmado pelo Ministério Público Federal e Alberto Youssef.

Sustentava a impetração que, não sendo o paciente parte no acordo de homologação premiada, não haveria meio próprio de impugnação, senão com sucedâneo em *Habeas Corpus*, apto a evitar uma delação ilegal e assim produzir provas ilícitas em desfavor do paciente, que se encontrava denunciado por crimes de organização criminosa, corrupção ativa e passiva, uso de documento falso e lavagem de dinheiro.

Para o impetrante, nas hipóteses objetivas e subjetivas impostas na Lei nº. 12.850/2013, insustentável seria o Estado

celebrar acordo de colaboração premiada, tendo por base declarações do colaborador indigno de confiança, deixando este de cumprir acordo anteriormente firmado, definida sua personalidade como voltada para a prática de crimes. Ainda, reivindicou a declaração de ilegalidade da homologação do acordo de colaboração premiada, uma vez que, além das hipóteses apontadas, o acordo estabeleceu questões extrapatrimoniais, não previstas na lei, pleiteando, ao final, a nulidade da homologação perpetrada pelo Ministro relator e de toda prova obtida a partir do acordo de colaboração premiada firmado.

O relator Ministro Dias Toffoli, admitindo o processamento do *Habeas Corpus*, submeteu o julgamento ao pleno do Supremo Tribunal Federal, considerando a relevância do tema.

2.2. Das normas que regulam a matéria: a colaboração premiada

Conforme introdução, no *Habeas Corpus*, o impetrante buscava questionar aspectos da homologação de colaboração premiada, tendo como norma principal a regulamentação inserta na Lei n.º. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que “Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal” (BRASIL, 2013a), promovendo, ainda, alterações no Código Penal e, no plano secundário do julgado, ao tratar das formas de proteção ao colaborador, a Lei n.º. 9.807, de 13 de julho de 1999, que “[...] dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal”. (BRASIL, 1999).

Contudo, embora cerne do julgado objeto do estudo, a Lei n.º. 12.850/2013 não inaugurou o tema de colaboração

premiada no direito brasileiro, convivendo com outras normas em vigor.

Aliás, no próprio julgado, inicialmente, buscou o relator Ministro Dias Toffoli, autor do voto condutor do acórdão, acompanhado pelos demais Ministros, ponderar aspectos históricos acerca da colaboração premiada, consignando:

Esse instituto deita suas raízes no período colonial, mais precisamente em dois dispositivos do Livro V das Ordenações Filipinas, que entraram em vigor no Brasil em 1603 e somente foram revogadas mais de duzentos anos depois, em 1830, pelo Código Criminal do Império.

No Título VI, item 12, do citado Livro V, previa-se o perdão ao partícipe e delator do crime de lesa majestade ('e quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão'), assim como uma recompensa ('mercê') ao delator, 'segundo o caso merecer', desde que não fosse o principal organizador da empreitada criminosa ('se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação'). Esse benefício, todavia, não tinha incidência se outrem delatasse o crime ('sendo já per outrem descoberto') ou se já houvesse investigação a seu respeito ('posto em ordem para se descobrir'), pois, nessas hipóteses, o rei já teria conhecimento do fato ou estaria em condições de o saber. O segundo dispositivo constava do Título CXVI ('como se perdoará aos malfeitores [...] que derem outros à prisão'). (BRASIL, 2016, p. 17).

Em observação da legislação mais contemporânea, pondera a doutrina de Santos:

A justiça penal negociada, fenômeno verificado primordialmente nos ordenamentos regidos pela *common law*, sobretudo o norte-americano, foi introduzido no Brasil na

década de 1990 e, desde então, tem se espreado significativamente, mas por dois caminhos distintos.

O primeiro, despenalizador, que tem na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, o diploma legal central, consideradas a composição civil, a transação penal, a exigência de representação para os delitos de lesão corporal leve e culposa e a suspensão condicional do processo, *ex vi* dos artigos 74, parágrafo único, 76, 88 e 89, respectivamente. (SANTOS, 2017, p. 132).

Ao comentar a Lei nº. 9.807/1999, como norma de disposição geral da colaboração premiada, e a Lei nº. 12.850/2013, que trata precipuamente das organizações criminosas, prossegue o referido autor:

A par da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que vem a ser o diploma legal geral da delação premiada, disciplinando-a nos artigos 13 a 15, existem oito outras hipóteses específicas: crimes hediondos (artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), extorsão mediante sequestro (artigo 159, §4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996), crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 25, §2º, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, com a redação dada pela Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995), crimes contra a ordem econômica e tributária (artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, com a redação dada pela Lei nº 9.080/95), a atrair espécie própria de cooperação premiada, quando atrelados à formação de cartel, aplicável também aos delitos licitatórios e à associação criminosa (artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011), lavagem de capitais (artigo 1º, §5º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012), entorpecentes (artigo 41 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) e organização criminosa (artigo 4º da Lei nº 12.850/13).

Diferentemente dos institutos despenalizadores, destacadamente a transação penal e a suspensão condicional do processo, que repercutem no exercício da ação penal pública, a colaboração premiada, a depender da hipótese, importa perdão judicial, atuando como causa extintiva da punibilidade, *ex vi* do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13 (crime organizado), do §5º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), do art. 87, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.529/11 (crimes relacionados à prática de cartel), além do art. 13 da Lei nº 9.807/99, que é o diploma legal reitor do tema; causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando tiver por objeto organização criminosa ou lavagem de dinheiro; causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, também se estiver relacionada com o crime de lavagem de capitais, ou de progressão de regime, em se tratando de organização criminosa, considerado o art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013; causa de redução da pena, sempre na fração de um a dois terços, presente em todas as hipóteses de delação premiada, exceto a pertinente à organização criminosa, em que o redutor é de até dois terços, não garantindo de antemão qualquer fração reducional mínima – neste último caso, admite-se, ainda, a diminuição da reprimenda, em até metade, após a sentença penal condenatória, configurando incidente de execução penal, provisória ou definitiva (art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013). (SANTOS, 2017, p. 134-135).

Tratando do cenário da colaboração premiada no Brasil, com o advento da Lei nº. 12.850/2013, aduz Bittar, com referência na legislação e jurisprudência:

Observando-se o período anterior à Lei 12.850/13, tem-se que a legislação sobre o tema tinha como referencial apenas normas de Direito material introduzidas sem critério (em especial sem qualquer preocupação com os aspectos processuais) em diversas legislações, inclusive não especificamente penais (caso da Lei 10.149/00), estas promulgadas de forma esparsa e distribuídas sem qualquer critério polí-

tico criminal aparente, em diferentes legislações, em que pese a jurisprudência do país tenha recepcionado bem a novidade. (BITTAR, 2017, p. 229).

Tida como forma de “popularização” da colaboração premiada, incluindo o efeito advindo da conhecida operação “Lavajato”, a Lei nº. 12.850/2013, na expressão da doutrina de Soraia da Rosa Mendes, consolidou os benefícios ao colaborador delator:

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro na década de 90, a popular ‘delação premiada’ consolidou-se com a ampliação de seus benefícios através da Lei 12.850/90, de 02 de agosto de 2013. Direcionando-se, sobretudo, àquelas e àquelas que praticam o crime de organização criminosa ou delitos por meio dela, tal instituto, ora conhecido como ‘colaboração premiada’, recorrentemente encontrado em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, foi implantado no Brasil não sem causar muitos ruídos nas discussões com a sua incorporação à dinâmica processual. De fato, como observa *Marcelo Rodrigues da Silva* (em *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*) trata-se de um instrumento probatório colaborativo premial que deveria ser excepcional, mas que acabou por tornar-se regra em algumas investigações. (MENDES, 2017, p. 31, grifo do autor).

Assim, em suma, ao tema da colaboração premiada, pode-se citar a Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999, norma que estabelece programa de proteção de vítimas, testemunhas, acusados e condenados em cooperação com a persecução criminal; a Lei nº. 9.613, de 03 de março de 1998, que trata de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e prevê redução de pena a agente colaborador; a Lei nº. 7.492, de 16 de julho de 1986, que trata de crimes contra o sistema financeiro, pre-

vê redução de pena àquele que confessa espontaneamente; a Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2.006, “lei de drogas”, que prevê redução de pena ao colaborador voluntário; a Lei nº. 12.846, de 01 de agosto de 2.013, que trata dos acordos de leniência de pessoas jurídicas que colaborem com investigações e processos administrativos; a Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que prevê extinção da ação punitiva ou redução de pena ao colaborador investigado por infração à ordem econômica; a Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, acerca dos crimes hediondos, dispõe acerca de redução de pena ao colaborador; e a Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, acerca dos crimes contra ordem econômica e tributária, que prevê redução de pena ao colaborador.

Inegável, como sustenta Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares, que a Lei nº. 12.850/2013 tornou mais clara a disposição do contrato de colaboração:

Nesse contexto, é inevitável remeter-se ao texto da legislação de regência, representado pela Lei 12.850/13, tornando relevante apontar o teor do art. 6º, que versa sobre o acordo de colaboração premiada, ou seja, o contrato propriamente dito, contendo obrigações, deveres e direitos do colaborador, além do art. 4º, §13, o qual prevê o registro dos atos de colaboração por meios ou recurso de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Com efeito, a regulamentação trazida pela novel legislação tornou mais clara a definição das disposições gerais, mas, por outro lado, trouxe celeumas ainda não dirimidas pela doutrina e jurisprudência. A partir daí, buscar-se-á delimitar se, no contexto da colaboração premiada, as declarações oriundas do colaborador são passíveis de registro unicamente por meio escrito ou se demandam também o formato audiovisual, sobretudo porque o tema está atrelado à garantia de confiabilidade das declarações e manipulações ilícitas no seu conteúdo. (BORRI; SOARES, 2017, p. 169).

2.3. Solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.483/PR

Diante do empate na votação, conheceu o Plenário do Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus*; no mérito, denegando a ordem, definiu a colaboração premiada como um negócio jurídico processual, tendo de um lado o Ministério Público ou a autoridade policial, ouvido o *Parquet* nesse caso, e de outro lado, o colaborador, devidamente assistido por advogado, com propósito de obtenção de provas, com formação de elementos indiciários aptos a futura formação de prova em regular processo penal, seja em face do colaborador ou de corréu delatado.

Tratando o acordo de colaboração premiada como negócio jurídico, o Supremo Tribunal Federal lhe conferiu um traço personalíssimo, razão pela qual inadmitiu impugnação por terceiro delatado, uma vez que a celebração do acordo, por si só, não atinge a esfera jurídica de terceiro delatado, não fazendo prova contra este, pois todos os elementos indiciários formados passarão pelo inarredável crivo do contraditório e ampla defesa, não cabendo condenação tendo por base apenas os elementos formados na colaboração premiada.

Igualmente, decidiu-se que o critério de confiança agrega-se ao resultado advindo da colaboração, sem perquirir eventual desconfiança subjetiva, por quebra de acordo anteriormente firmado, sendo certo que neste, o descumprimento ocasionou a ruptura nas benesses acordadas, sem influir na confiança objetiva na formação de novo pacto de colaboração, não sendo, também, a personalidade do agente influência direta para celebração do acordo e sua homologação, mas, fator de valoração nos resultados advindos, quando da concessão do prêmio negociado no julgamento final.

Ficou decidido que atingindo o resultado esperado pelo acordo de homologação premiada, não caberia ao órgão julgador questionar os termos do acordo de homologação, obrigando o Estado, pelo princípio da proteção da confiança e segurança jurídica, a cumpri-lo, fazendo o colaborador, portanto, jus à sanção premial negociada no acordo, inclusive, se houver, em sua extensão patrimonial.

Nesse diapasão, a colaboração premiada representa forma de extinção da punibilidade, substituição ou redução de pena, quando alcançados os resultados almejados no acordo, conforme os critérios prefixados na lei, sendo direito subjetivo do colaborador a sanção premial acordada com o Ministério Público ou autoridade policial.

2.4. Dos fundamentos adotados no julgamento e apontamentos acerca da colaboração premiada

2.4.1. Fundamentos adotados e considerações doutrinárias acerca da colaboração premiada

A colaboração premiada representa instituto de política criminal, enquadrada na seara da justiça penal negociada e na justiça penal colaborativa ou consensual.

Consignam Murilo Thomas Aires e Fernando Andrade Fernandes, em artigo sobre o tema:

Toma-se aqui a posição de que a colaboração premiada se apresenta como um instrumento de política criminal, surgindo como um influxo relativo à necessidade de maior eficiência no cumprimento das funções do Sistema Jurídico-Criminal. No entanto, este influxo deve respeitar a irrenunciável tradição garantista do processo penal contemporâneo, sobretudo tratando-se de um modelo de Estado

Democrático de Direito. Mais que isso, tendo em vista este paradigma, tal instrumento deve obedecer ao valor fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a realidade complexa de um acordo de colaboração premiada requer uma densa elaboração legislativa, sob pena de permitir-se várias ofensas às garantias do réu, seja colaborador ou delatado, de maneira e ferir-se drasticamente a tutela da dignidade humana, valor este que deve representar uma barreira intransponível.

É com vistas a isso que aqui se propõe, a partir da fundamentação político criminal da colaboração premiada, analisar o procedimento recém estabelecido pela Lei nº 12.850/13, enquanto expressão da justiça consensual no âmbito processual penal, em confronto com as garantias fundamentais na perspectiva do réu colaborador, representadas aqui, por conveniência, pelo contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, e pela não autoincriminação. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 255).

E prosseguem os autores:

A colaboração premiada é originalmente enquadrada no âmbito do Direito Penal Premial, sendo este uma perspectiva do estudo do Direito Penal focada, como o próprio nome infere, nas normas premiaias, ou seja, naquelas normas ligadas à ideia de concessão de um benefício previsto na lei para àquele que cometeu o delito, mas realizada determinada contra-conduta valorizada pela lei, seja na abrangência do *arrependimento substantivo* (em que há a exigência de reintegração da própria ofensa típica, anulando a ofensividade ao bem jurídico), seja no que tange ao *arrependimento processual* (em que o arrependido se coloca à disposição para colaborar com a repressão penal). Com efeito, a colaboração premiada se enquadra no que se denominou *arrependimento processual*. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 263-264).

Bittar define a colaboração premiada pela compreensão da Lei nº. 12.850/2013:

Mas, para a compreensão do âmbito do tema é preciso definir a denominada pela Lei 12.850/13 ‘colaboração premiada’, consistente em ‘instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios penais, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)’. (BITTAR, 2017, p. 243).

No julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, o relator do acórdão do HC nº. 127.483, Ministro Dias Toffoli, sem empregar um conceito propriamente dito para a colaboração premiada, preferiu sua definição pela natureza jurídica, como meio de obtenção de prova e a formalização de um negócio jurídico processual.

A colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é um *meio de obtenção de prova*, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal). (BRASIL, 2016, p. 18, grifo do autor).

Pelo acordo de colaboração premiada, Ministério Público, enquanto titular exclusivo da ação penal pública, ou autoridade policial, ouvido o Ministério Público, firmam com um colaborador investigado um negócio jurídico processual, tendo por objetivo levantar meios de obtenção de prova aptos a deflagrar a ação penal, seja em face do colaborador, seja em face de terceiro corréu delatado, observados os critérios da voluntariedade, legalidade e eficácia no resultado,

conforme adiante se verá, conferindo ao colaborador um verdadeiro direito subjetivo as benesses previstas na lei, podendo alcançar, inclusive, a imunidade penal pelo não oferecimento de denúncia.

Por meio de obtenção de prova, a colaboração premiada tem por propósito a formação de um arcabouço de elementos indiciários, aptos a deflagrar procedimentos com vistas à produção de provas, sendo essas últimas passíveis de levar ao convencimento do julgador, no momento da decisão, após o devido processo penal que assegura o contraditório e ampla defesa.

Assim, como persecução para obter provas, os elementos indiciários levantados por ocasião do acordo de colaboração premiada representam um perquirir, um caminho para se alcançar as provas do processo penal, o que se dará no bojo do processo penal, com a participação das partes estabelecidas em contraditório e ampla defesa.

Ao tratar da formalização do acordo de colaboração premiada, descrevem Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares, citando a doutrina de Eduardo Araújo da Silva, Vicente Greco Filho, Walter Barbosa Bittar e Pierpaolo Cruz Bottini:

Como ponto de partida para o estudo do tema é preciso definir a denominada colaboração premiada, 'na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual; nas demais fases, a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena ou progressão de regime'.

O acordo de colaboração premiada será entabulado entre Ministério Público, Delegado de Polícia e o acusado/inves-

tigado (art. 4º, §6º, Lei 12.850/13), sempre assistido por advogado (art. 4. §§ 14 e 15, Lei 12.850/13), sem a participação do Magistrado, o qual ficará incumbido apenas da homologação do acordo, oportunidade em que examina a regularidade, legalidade e voluntariedade da negociação (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/13). Trata-se de medida salutar o afastamento do juiz da fase de negociação, como forma de evitar a inversão do sistema acusatório, pois um de seus principais pontos de apoio, diz respeito à gestão da prova, não se mostrando prudente que o julgador participe da fase investigativa produzindo elementos informativos, sob pena de comprometer o convencimento da fase judicial.

As fases que envolvem a celebração do acordo de delação premiada até a aplicação das benesses legais podem ser subdivididas em três. A primeira delas abrangeria a negociação e o acordo entabulados entre a autoridade policial, com a manifestação do Ministério Público, e o investigado acompanhado de defensor, ou ainda entre o Ministério Público e o investigado, sempre presente o seu defensor (art. 4º, §6º).

O termo do acordo de delação será feito nos moldes da previsão do art. 6º da Lei 12.850/2013, ou seja, por escrito, contendo o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a declaração do colaborador e de seu defensor aceitando o acordo, as assinaturas do Ministério Público, Delegado de Polícia, investigado e seu defensor, assim como a descrição das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessárias. Nesta fase, não há participação do magistrado. (BORRI; SOARES, 2017, p. 169-171).

Ao descrever a colaboração premiada como meio de obtenção de provas, amparado pela doutrina de Paulo Soares, Francisco Marcolino de Jesus, com fulcro, ainda, na jurisprudência, afirma Bittar:

Feitas estas ponderações, resta ainda ter presente que a discussão acerca do valor probatório da delação premiada

passa, necessariamente, pela definição a respeito das declarações do delator figurarem como fonte ou meios de prova, ou seja, se ministram indicações úteis sujeitas a comprovação ou se, por si só, servem à comprovação da verdade no processo.

Para estabelecer uma diferenciação deve ser observado que na distinção entre meios de prova e meios da sua obtenção, naqueles há um “conjunto de instrumentos aptos a demonstrar a realidade dos fatos relevantes para o processo” enquanto nestes a definição pode ser resumida enquanto ferramentas empregadas na investigação e ulterior recolha de meios de prova, sejam fatos ou coisas.

De forma mais específica, pode ser considerado que meios de obtenção de prova servem como instrumentos utilizados pelas autoridades judiciárias para investigar e colher fontes de prova, não sendo instrumentos para demonstrar o *thema probandi*, constituindo instrumentos para recolher no processo esses instrumentos, sendo, portanto, a delação premiada mero meio de obtenção de prova, reconhecido inclusive pela redação do art. 3º, da Lei 12.850/13.

De toda sorte, é preciso consignar que a delação premiada isolada é incapaz de viabilizar um decreto condenatório, mormente após o advento da Lei 12.850/13 que em seu art. 4º, §16 positivou a insuficiência da versão do acusado colaborador como critério exclusivo para respaldar uma condenação criminal, posição consagrada na doutrina e jurisprudência mesmo antes da promulgação da legislação supramencionada. (BITTAR, 2017, p. 243-244).

Como negócio jurídico processual, destacou o relator, Ministro Dias Toffoli:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, *seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal*, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o *imputado-colaborador*, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal. (BRASIL, 2016, p. 23-24, grifo do autor).

Agregando ao negócio jurídico da colaboração premiada os inarredáveis planos da existência, validade e eficácia, enquanto vínculo voluntário formado pelas partes negociantes, acresce-se sua natureza processual, já que o colaborador formaliza contribuição com vistas a produzir efeitos no âmbito do processo criminal e benefícios advindos desta colaboração, no plano do direito material.

Aliás, o artigo 4º, parágrafo 6º, da Lei nº. 12.850/2013 define as negociações e os negociantes do acordo de colaboração premiada, ao disciplinar:

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. (BRASIL, 2013a).

Dentre os efeitos advindos da relação negocial procedimental, destacam-se a suspensão no oferecimento da denúncia ou do próprio processo, no prazo de 6 (seis) meses, prorrogáveis

por igual período, até que se efetivem as medidas de colaboração; a não oferta de denúncia, não se tratando de líder da organização criminosa, ou o sendo, seja o primeiro coautor a colaborar; bem como a renúncia do direito ao silêncio.

Homologado o acordo, destaca o relator do acórdão:

Além disso, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.850/13, o acordo de colaboração judicialmente homologado confere ao colaborador o direito de: i) 'usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica'; ii) 'ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados'; iii) 'ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes', e iv) 'participar das audiências sem contato visual com os outros acusados'. (BRASIL, 2016, p. 27).

Cabe ponderar, ainda, acerca da natureza de negócio jurídico processual, o que dispõem o artigo 4º, *caput*, e o parágrafo 7º, da Lei nº. 12.850/2013, sobre a voluntariedade do agente, a regularidade dos termos da proposta e do acordo e a legalidade dos seus termos, requisitos de validade.

Acerca da voluntariedade na celebração do acordo de colaboração premiada, ponderam Aires e Fernandes:

Constatado isto, é possível a melhor compreensão de que a colaboração premiada ora em estudo se trata necessariamente de um acordo, baseado, portanto, no consenso entre as partes. E tratando-se de consenso, é lógica a necessidade de estar presente a voluntariedade do colaborador, para a realização do acordo. Por outro lado, tratando-se de acordo, também é preciso que as partes se vejam munidas de segurança jurídica naquilo que estabeleceram.

No que se refere ao primeiro fator, há de se distinguir, em um primeiro momento, voluntariedade de espontaneidade.

Para que o acusado se torne colaborador, deve realizar o acordo de maneira voluntária. Contudo, seu ato de vontade não precisa ser espontâneo. Em outras palavras, não há a necessidade de que a intenção de praticar o ato nasça exclusivamente da vontade do colaborador, nada impedindo que esta vontade receba influências de seu defensor, do delegado de polícia, ou do Ministério Público. Estas influências, no entanto, devem estar livres de qualquer forma de coação - física, moral ou psicológica - ou mesmo de promessas de vantagens ilegais.

Na tentativa de assegurar a voluntariedade do colaborador é que o procedimento legal prevê - levando em consideração a frequente vulnerabilidade jurídica, técnica, psíquica, etc., do colaborador - a necessidade de assistência do defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração; a necessidade de declaração de aceitação tanto do colaborador quanto do defensor para formalização do termo de acordo; a homologação judicial para análise dos requisitos legais; entre outras disposições. (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 266).

Em contraponto à voluntariedade e restrição da liberdade do colaborador, Suxberger e Mello, em artigo sobre o tema, colocam a prova à voluntariedade em momento de fragilidade, decorrente da prisão do colaborador:

O estudo reclama, assim, de um direcionamento mais preciso, sob pena de nada acrescentar ao atual cenário de discussões. O critério para delimitação temática consistiu numa indagação que já despertou intensos debates, mas ainda se encontra distante de qualquer tipo de consenso: é possível admitir que o acordo de colaboração premiada seja firmado no momento de maior vulnerabilidade do colaborador - a prisão?

Quando se decide investigar a voluntariedade dos acordos de colaboração premiada, não há como se esquivar da dura crítica referente à restrição da liberdade do colaborador. Es-

ses dois institutos — prisão preventiva e colaboração premiada —, embora não possuam (ou não devam possuir) um vínculo natural de causa e efeito, veem-se intrinsecamente ligados na prática. (SUXBERGER; MELLO, 2017, p. 192).

Sobre esse aspecto, ficou consignado no acórdão do HC STF nº. 127.483:

A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha *com* liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente *em* liberdade, no sentido de liberdade física.

Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração.

Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia. (BRASIL, 2016, p. 32, grifo do autor).

E negar ao colaborador preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração premiada, de fato, representaria infundada restrição de direitos, como bem concluíram Suxberger e Mello, em artigo sobre o tema:

A grande crítica que se pode fazer ao debate ora apresentado é o fato de que um problema pontual, supostamente ocorrido no âmbito de uma investigação, tem sido apresentado como um problema estrutural do instituto da colaboração premiada. Não se pode esquecer que as medidas adotadas com o intuito de mitigar supostas ilegalidades ocorridas na Operação Lava-jato terão reflexo em futuras investigações.

Como visto, a colaboração premiada se apresenta como importante estratégia defensiva, notadamente nos casos em

que o acervo probatório é bastaste desfavorável ao acusado ou investigado. Nesses casos, é possível que o réu seja preso preventivamente, de forma legítima, se demonstrada, por exemplo, a gravidade concreta da sua conduta e preenchidos os demais requisitos do art. 312 do CPP.

Em um cenário como esse, não é a prisão preventiva, por si só, que irá estimular a colaboração premiada, mas a real probabilidade de que a persecução penal resulte em uma condenação à elevada pena privativa de liberdade.

Frise-se: o réu estaria preso preventivamente de forma legítima, pois preenchidos os requisitos legais. Nesses casos, é interessante para o réu colaborar. É uma estratégia, que a defesa pode optar por seguir, ou não, após analisar todos os elementos que pesam contra o réu. Retirar a possibilidade de o acusado (ou investigado) preso preventivamente colaborar significaria deixar aqueles que mais necessitam da colaboração sem essa importante alternativa.

A colaboração não deve ser encarada como algo negativo para a defesa, mas como uma opção que pode suavizar significativamente a reprimenda do acusado, que potencialmente seria condenado a penas elevadas, no regime fechado. Isso, porque, para que seja admitida a utilização da colaboração premiada, pressupõe-se que o réu esteja sendo acusado de crimes graves, com penas superiores a quatro anos, ou de caráter transnacional. (SUXBERGER; MELLO, 2017, p. 219).

Abarcar a hipótese de prisão preventiva ou temporária enquanto condição para firmar acordo de homologação premiada ou mesmo impor a autoincriminação, com a confissão, não encontra qualquer respaldo legislativo, ferindo, de pronto, a dignidade e os direitos fundamentais mais balizares da Constituição. Contudo, não subsiste relação intrínseca entre a prisão provisória, que deve manter seus requisitos de cautelaridade, com o acordo de homologação premiada, tampouco razões para limitar o direito daquele preso, em firmar acordo de colaboração, que decerto lhe conferirá,

atendida a eficácia legal, as benesses acordadas e homologadas pelo juízo.

E acerca da homologação, consignou o Ministro relator do julgado, objeto do presente estudo:

Em outras palavras, a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.

A homologação judicial constitui *simplex fator de atribuição de eficácia* do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes. Cabe aqui uma ressalva: se o juiz se limitar a homologar, *in totum*, o acordo, essa decisão deverá ser considerada fator de atribuição de eficácia.

Todavia, se o juiz intervier em seus termos, para glosar cláusulas (v.g., por ilegalidade) ou readequar sanções premiaias, de modo a modificar a relação jurídica entre as partes, a decisão homologatória do acordo de colaboração deverá ser considerada elemento de existência desse negócio jurídico processual. (BRASIL, 2016, p. 38-39, grifo do autor).

Uma vez satisfeitos os planos da existência, validade e eficácia da colaboração premiada, o prêmio negociado ao colaborador advirá do cumprimento das obrigações pactuadas, dentre as hipóteses discriminadas no artigo 4º da Lei nº. 12.850/2013, que assim prescreve:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena priva-

tiva de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013a).

Marcos Paulo Dutra Santos, citando os autores Gustavo Senna, Américo Bedê Junior, Cleber Masson e Vinícius Marçal, aduz acerca dos benefícios da colaboração premiada:

A Lei nº 12.850/13 foi a única a regular o procedimento atinente à colaboração, nos artigos 4º a 7º. A par dos benefícios enumerados no *caput* do artigo 4º, e dos resultados a serem alcançados para o deferimento, as disposições procedimentais aplicam-se, analogicamente, às demais hipóteses de delação, nada obstante a especialidade, afinal, nos moldes do artigo 3º do Código de Processo Penal, 'a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito'.

A partir de uma interpretação textual dos §§2º, 6º a 9º e 11 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, parte substancial da doutrina tem condicionado a premiação da colaboração ao pacto previamente celebrado entre o Ministério Público e o imputado, homologado judicialmente. Por conseguinte, autores

como Cleber Masson e Vinícius Marçal, bem como Andrey Borges de Mendonça, debruçando-se sobre o requerimento de perdão judicial pelo Ministério Público, previsto no §2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, e o não oferecimento da denúncia, nos moldes do §4º do citado artigo 4º, lecionam ser caso de arquivamento, mas pautado em um acordo de não denunciar ou de imunidade, que seria uma ‘causa extintiva da punibilidade *sui generis*’, fazendo coisa julgada material, após a homologação judicial, sem possibilidade de retomar a ação penal em face do colaborador. (SANTOS, 2017, p. 150).

Por sua vez, não advindo os resultados almejados, o colaborador não fará jus às benesses pactuadas, diante do inadimplemento do acordo de colaboração premiada. Nessa estreita relação entre a colaboração para coleta dos meios de obtenção de prova e os benefícios advindos dessa relação, entendeu o pleno do Supremo Tribunal Federal que o negócio jurídico processual da colaboração premiada possui traço de personalíssimo, não podendo, portanto, ser impugnado por terceiro, ainda que coautores ou partícipes (BRASIL, 2016, p. 39).

Ora, vinculando os benefícios acordados com os resultados obtidos, de um lado, apenas ao colaborador é legítimo deferir as benesses exatamente pela colaboração ao incremento do acervo probatório ter partido de seu ato voluntário; de outro lado, como outrora afirmado, sendo a colaboração premiada meio de obtenção de prova, não constituindo prova propriamente dita, seus termos não atingem, por si sós, a necessidade de construção probatória para eventual persecução penal em face de corréu delatado, sendo o processo local apropriado, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, para que eventual terceiro citado possa impugnar e contraprovar os elementos indiciários que porventura lhe prejudiquem.

A decisão do *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR STF, aliás, bem elenca outras hipóteses de colaboração que independam da homologação de acordo:

Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), *independe* da existência de um acordo formal homologado judicialmente.

Ao disciplinarem a delação premiada, esses outros diplomas legais reputam suficiente, para a aplicação das sanções premiais, a colaboração efetiva do agente para a apuração das infrações penais, identificação de coautores ou partícipes, localização de bens, direitos ou valores auferidos com a prática do crime ou libertação da vítima, a demonstrar, mais uma vez, que não é o acordo propriamente dito que atinge a esfera jurídica de terceiros.

Corroborando essa assertiva, ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13), suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa. (BRASIL, 2016, p. 40-41, grifo do autor).

Não por outra razão, a própria Lei nº. 12.850/2013 prevê, em seu artigo 4º, parágrafo 16, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” (BRASIL, 2013a).

Walter Barbosa Bittar, em referência ao Código de Processo Penal Italiano e a doutrina de Gema Martinez Galindo, afirma que:

Nessa perspectiva, a doutrina alertava para a necessidade da denominada prova de corroboração, vale dizer, como a

delação premiada não legítima, isoladamente, a condenação dos delatados, impõe-se a obtenção da prova de corroboração, consistente em elementos que permitam concluir pela veracidade da versão apresentada pelo acusado delator. (BITTAR, 2017).

O acordo de homologação premiada, portanto, mantendo o traço personalíssimo entre os negociantes, não representaria restrição à atividade probatória de terceiro delatado, no bojo de eventual processo penal em que este figura como acusado ou indiciado, tampouco representa uma flexibilização no ônus da acusação, que se mantém na mais absoluta incumbência do órgão ministerial, sendo lícito àquele contrapor eventual elemento indiciário ou prova que contra si formar o agente colaborador.

Agente colaborador, aliás, sobre o qual não deve recair a presunção de má-fé, de que sua personalidade se volte exclusivamente a apontar a participação de terceiros nos fatos delatados, sem o emprego de elementos mínimos para obtenção de provas e assim, partir de uma presunção absoluta de produção de prova ilícita e ausência de confiança, sendo a análise desta última realizada objetivamente, conforme os resultados alcançados com a colaboração.

Personalidade esta que não constitui obstáculo para o acordo de colaboração premiada, afinal, na disciplina da Lei nº. 12.850/2013 estamos tratando de organizações criminosas, mas, que representa, conforme apontado no julgado pelo Ministro Dias Toffoli:

[...] vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração, notadamente a escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz, na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). (BRASIL, 2016, p. 54).

Sobre o critério da confiança, apontou o Ministro Relator:

Também a ‘confiança’ no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração.

Diversamente do que sustentam os impetrantes, a confiança não se extrai, previamente, da personalidade, das características pessoais ou dos antecedentes do delator; ela é construída objetivamente a partir da fidedignidade das informações por ele prestadas, dos elementos de prova que concretamente vierem a corroborá-las e de sua efetividade para as investigações.

Tanto isso é verdade que, para a validade do acordo, pouco importa o móvel do agente colaborador. (BRASIL, 2016, p. 55-56).

E no que tange à extensão da sanção premial acordada, se o acordo de colaboração premiada regula efeitos penais, nada obsta que o mesmo acordo regule os efeitos extrapenais, inclusive aqueles que adviriam de eventual sentença condenatória. Assim, sendo eficaz o resultado pretendido com o acordo, consignou o relator, citando a Convenção de Palermo e Convenção de Mérida, ambas ratificadas pelo Brasil:

Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, c, do Código Penal, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma *interpretação teleológica* das expressões ‘redução de pena’, prevista na Convenção de Palermo, e ‘mitigação de pena’, prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, *enquanto abrandamento das consequências do crime*, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação.

Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (*no sentido, repita-se, de abrandamento das conseqüências do crime*), parece-me lícito, *sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema*, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador dentre as “condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa. (BRASIL, 2016, p. 60, grifo do autor).

Com o alcance do resultado pretendido, sendo eficaz o acordo de colaboração premiada, o colaborador possui direito subjetivo às benesses firmadas, impondo ao Estado, com base no princípio da proteção da confiança e segurança jurídica, o cumprimento das condições firmadas, valendo-se o colaborador de meios jurídicos hábeis a assegurá-lo, em havendo inadimplemento.

Citando a doutrina de Humberto Ávila, consignou o Ministro relator, sobre a segurança jurídica:

A segurança jurídica, de acordo com Humberto Ávila, traduz-se na ‘exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis’ (‘confiabilidade’), bem como na possibilidade de o cidadão conseguir prever, com alto grau de determinação (certeza relativa), o conteúdo das normas a que está sujeito (‘determinabilidade’) e, em medida razoável de profundidade e extensão, as conseqüências jurídicas que serão atribuídas a seus atos e que o ordenamento determina que sejam implementadas (‘calculabilidade’) - *op. cit.*, pp. 130 174-179.

Finalmente, enquanto a dimensão objetiva da segurança jurídica demanda estabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico, sua dimensão subjetiva demanda a intangibilidade de situações subjetivas, com base no princípio da proteção da confiança (Humberto Ávila, *op. cit.*, pp. 145-146). (BRASIL, 2016, p. 64).

Pelo princípio da segurança jurídica, que na Constituição da República possui contornos no princípio da moralidade, reconhece-se que o agente colaborador, ao firmar pacto de colaboração premiada, atrai riscos de toda monta, sendo imprescindível, com base nesse princípio, que o Estado também se vincule aos termos do acordo de colaboração premiada, conferindo as benesses pactuadas e homologadas pelo juízo.

2.4.2. A colaboração premiada e breves considerações acerca da gestão das provas no sistema acusatório

Em seu voto no julgado, objeto do presente estudo, consignou a Ministra Rosa Weber, em seus termos:

Do mesmo modo, mostra-se *prematureo*, senão *impróprio*, invadir as *minúcias* da negociação entre o Ministério Público e o citado agente colaborador, da qual, aliás, *por expressa previsão legal*, deve a autoridade judiciária ficar afastada (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013). (BRASIL, 2016, p. 118).

A decisão do Supremo Tribunal Federal, não obstante a previsão legal, reforça que, na seara do acordo de homologação premiada, deve o magistrado manter-se afastado das tratativas, delas não participando.

Considerando que o acordo de colaboração premiada mantém viés inquisitório, pondera Soraia de Rosa Mendes, citando Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares:

Contudo, desde um ponto de vista garantista, a colaboração premiada em muito aproxima-se de um modelo inquisitório porquanto muitas vezes tomada como instrumento a satisfazer a sede de aplicar punições em processos não raro distanciados dos marcos do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais que lhe dão sustentação, em especial do direito de defesa no que concerne, por exemplo, ao registro das declarações por meio audiovisual como analisado por *Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares* (em *A Obrigatoriedade do Duplo Registro da Colaboração Premiada e o Acesso pela Defesa Técnica*).

De forma aberta ou subliminar o instituto, e a apreçada necessidade de sua utilização, legitima-se a partir de um discurso voltado a um suposto dever cívico, que na Inquisição era significado sob o manto da obediência. Um discurso capaz de atravessar não só o Continente Latino-americano, como de encontrar eco em diversos outros pontos do *mapa mundi*. (MENDES, 2017, p. 32).

Contudo, em contraponto, Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares, em artigo, vislumbram o sistema acusatório no acordo de colaboração premiada, ao impor o afastamento do magistrado nas negociações:

O acordo de colaboração premiada será entabulado entre Ministério Público, Delegado de Polícia e o acusado/investigado (art. 4º, §6º, Lei 12.850/13), sempre assistido por advogado (art. 4. §§ 14 e 15, Lei 12.850/13), sem a participação do Magistrado, o qual ficará incumbido apenas da homologação do acordo, oportunidade em que examina a regularidade, legalidade e voluntariedade da negociação (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/13). Trata-se de medida salutar o afastamento do juiz da fase de negociação, como forma de evitar a inversão do sistema acusatório, pois um de seus principais pontos de apoio, diz respeito à gestão da prova, não se mostrando prudente que o julgador participe da fase investigativa produzindo elementos informativos, sob pena

de comprometer o convencimento da fase judicial. (BORRI; SOARES, 2017, p. 170-171).

Entende-se por sistema inquisitório, em breves linhas, um modelo de sistema processual em que se confundem as figuras do acusador e julgador, mantendo toda atividade cognitiva e de gestão das provas nas mãos da mesma autoridade; por sua vez, no sistema acusatório, há separação clara entre as funções de acusar, defender e julgar, ficando a gestão das provas nas mãos das partes estabelecidas no processo penal, com todas as garantias individuais inerentes à construção de processo penal democrático e constitucional.

Firmando as raízes do sistema inquisitório no seio da Igreja Católica, através do IV Concílio de Latrão, em 1215, pondera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma ‘verdade’ a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou; e a confissão virou *regina probationum*.

Se o inquirido resistisse, merecidamente poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se – como se usava – os métodos de perquirição. A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus. (COUTINHO, 2009, p. 5-6, grifo do autor).

Como forma de antecipação de culpa, ante a gestão da investigação secreta por parte do juiz investigador, afirma José de Assis Santiago Neto, citando a doutrina de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Leonardo Augusto Marinho Marques:

No sistema inquisitório, parte-se de uma investigação secreta, na qual o juiz investigador possui a gestão da prova e pode demonstrar antecipadamente a culpa (MARQUES, 2009, p. 147), e, ao se autorizar que o juiz instaure de ofício o processo, acaba-se por permitir que o juiz tome a decisão de forma antecipada, antes de qualquer prova, passando, então, a buscar os elementos para justificar sua decisão previamente definida. Este fato é chamado por Franco Cordero de 'quadro mental paranóico' (COUTINHO, 2001, p. 37). (SANTIAGO NETO, 2011a, p. 80).

Sobre o sistema inquisitório, assevera Leonardo Augusto Marinho Marques:

O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente.

Dotado de elevado grau de racionalidade, o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real. (MARQUES, 2009, p. 147).

No que toca ao sistema acusatório, ressalta José de Assis Santiago Neto, citando a doutrina de Aury Lopes Júnior e Hélio Tornaghi:

O sistema acusatório é marcado por configurar-se em um processo de partes, no qual há a completa dissociação entre a atividade de acusar e a tarefa de julgar, assim a iniciativa probatória compete exclusivamente às partes, mantendo-se o juiz como um terceiro imparcial e proporcionando tratamento isonômico às partes que atuam em contraditório, sendo o acusado sujeito de direitos e não mero objeto do processo. O processo acusatório, em regra é oral e público e não há nenhuma tarifação da prova, primando a sentença pelo livre convencimento fundamentado do julgador. Já ainda o duplo grau de jurisdição, pela possibilidade das decisões serem impugnadas por meio dos recursos e a coisa julgada que visa atribuir segurança à decisão (LOPES JÚNIOR, 2010c, p. 154-155; 2010a, p. 60-61).

Hélio Tornaghi (TORNAGHI, 1959, p. 200) sintetiza a distinção entre o sistema acusatório e o inquisitório salientando que a diferença consiste no fato de que no modelo acusatório as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a órgãos distintos (acusador, defensor e juiz), já no procedimento inquisitório as funções se misturam nas mãos de um só órgão. (SANTIAGO NETO, 2011a, p.78).

Como primado da democracia, acerca do sistema acusatório, pondera Leonardo Augusto Marinho Marques:

Seguindo o caminho contrário, o princípio acusatório viabiliza a democracia processual, instituindo a descentralização do poder. Optando pelo poder compartilhado e controlado, mira a tutela dos direitos fundamentais. O princípio configura o método acusatório como um debate público, oral, contínuo, em contraditório, promovido pelas partes. Na verdade, ele transforma o processo penal em um ambiente argumentativo de abrangente proteção aos direitos humanos.

A meta de exercício compartilhado e controlado de poder exige que a função acusatória e a função defensiva sejam entregues às partes, abrangendo naturalmente a iniciativa probatória. Em consequência, as provas deixam de ser produzidas de ofício e sigilosamente, sob o argumento de que se busca a verdade, e passam a ser introduzidas pelos destinatários do provimento, à luz da publicidade, para serem incorporadas no julgamento.

Nesse quadro, a decisão final deixa de ser uma pré-compreensão de uma realidade, formulada por um único sujeito, para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto. Decerto, o princípio acusatório assegura a unidade entre a produção da prova, o debate e o julgamento. (MARQUES, 2009, p. 147-148).

Contrapondo o sistema inquisitório ao acusatório, prossegue Santiago Neto, citando a doutrina de Leonardo Augusto Marinho Marques e Gilberto Thums:

Dessa forma, o princípio inquisitório concentra nas mãos do juiz todo o conhecimento adquirido na investigação, sendo que o julgador acumula as funções de acusar, defender e de julgar. O procedimento inquisitório acaba por excluir as partes, proporcionando que o juiz, de modo solitário, construa todo o saber que será, ao final, anunciado como a verdade real. (MARQUES, 2009, p. 147). Gilberto Thums (THUMS, 2006, p. 258) ressalta que o processo acusatório demanda um juiz espectador, enquanto no procedimento inquisitório o juiz detém os poderes de investigação, figurando como um juiz ator.

Como vimos no capítulo anterior, o paradigma democrático exige que o juiz tenha revista sua participação no processo, deixando de ser ator para adotar postura de espectador. Daí, resta fácil que o único sistema compatível com o paradigma democrático é o processo acusatório. (SANTIAGO NETO, 2011a, p.79).

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, todos os sistemas processuais, na verdade, são mistos:

Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são *mistos* e, desde a noção de *sistema* não se pode ter um *sistema misto*, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual; e não fático.

Desde uma visão mais adequada, os *sistemas são mistos* não por força da simples somatória dos elementos que os integram mas, fundamentalmente, porque em sendo *sistemas regidos pelo princípio inquisitivo*, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano. (COUTINHO, 2009, p. 13, grifo do autor).

Com o avançar dos direitos fundamentais, Lênio Luiz Streck assevera que a construção de um processo penal democrático somente emergirá com o nascedouro do sistema acusatório, afastando o protagonismo judicial que ainda impera (STRECK, 2009, p. 120).

Nas linhas de José de Assis Santiago Neto, no Estado Democrático de Direito, o processo penal constitucional emergirá quando o magistrado assumir função igualitária com as partes devidamente estabelecidas, contribuindo para construção participativa da decisão, o que se obtém com irrestrita observância do contraditório e ampla defesa (SANTIAGO NETO, 2011b, p. 109).

Nesse cenário, de participação das partes na construção do provimento final, ganha relevo a decisão no HC nº. 127.483/

PR, que reconhecendo a natureza de negócio jurídico processual, conferiu ao Ministério Público e ao agente colaborador a autonomia negocial, sem interferência do magistrado, para acordar quanto aos meios de obtenção de prova.

Fixada a premissa de que a colaboração premiada é negócio jurídico processual, as partes estabelecidas, aqui considerando o Ministério Público de um lado, órgão constitucionalmente incumbido da acusação, e de outro o colaborador investigado, podem realizar referido acordo que, respeitados os limites da regularidade, legalidade e voluntariedade, impõem ao magistrado a homologação, sem interferência sobre as cláusulas pactuadas. Assim, não cabe ao Poder Judiciário indevida ingerência sobre os aspectos do acordo e, conseqüentemente, sobre o alcance dos elementos indiciários e da prova formada ao longo do processo penal.

Nesse desiderato, manter a cognição judicial afastada dos elementos levantados em sede de acordo de colaboração premiada representa um avançar ao sistema acusatório, com vistas à efetivação, talvez ainda modesta, de um processo penal democrático.

Mais relevante notar que, homologado o acordo e obtidos os resultados esperados, constitui direito subjetivo do colaborador a sanção premial acordada com o órgão de acusação, como consectário no princípio da proteção da confiança e segurança jurídica, não cabendo ao judiciário, salvo na ineficácia ou ilegalidade do acordo, modificar as cláusulas e condições pactuadas ou indeferir a benesse premial negociada.

Assim, ao determinar o dever do Poder Judiciário no cumprimento do acordo firmado pelo Estado-acusação, fomenta-se a autonomia no pacto firmado pelas partes do processo, bem como a liberdade, regrada na lei, na produção dos ele-

mentos de prova sem a participação do julgador; ademais, fomentado, através do acordo de colaboração premiada, a obtenção dos meios de prova, prestigia-se a construção do provimento final, uma vez que, atingida a legalidade e eficácia, o direito subjetivo do colaborador a sanção premial lhe fornece a plena participação e conhecimento da sentença que lhe é aplicada.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Petição nº. 7074/DF, pendente de publicação, assentando as balizas na decisão tomada no *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR, definiu que a homologação do acordo de colaboração premiada, de competência monocrática do Ministro relator, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, restringe-se a legalidade, regularidade formal e voluntariedade na fixação do acordo, consignando, portanto, “que acordo homologado como regular, voluntário e legal gera vinculação condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração.” (BRASIL, 2017a, p. 2).

Asseverando o afastamento do magistrado no acordo de colaboração premiada, conforme noticiado no informativo do Supremo Tribunal Federal nº. 870, assentou a Corte Suprema na Questão de Ordem na Petição nº. 7074/DF:

Destacou, ainda, que atualmente não há mais controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, considerado, em termos gerais, um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador. Essa característica é representada pelas normas extraídas dos §§ 6º e 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013, as quais vedam a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes e estabelecem os limites de cognoscibilidade dos termos pactuados. Trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a quebra do sigilo

bancário ou fiscal e com a interceptação de comunicações telefônicas. (BRASIL, 2017a, p. 2).

Respeitados os limites da voluntariedade, legalidade e regularidade, as tratativas dos termos do acordo são mantidas exclusivamente entre o Ministério Público e o colaborador, indispensável à homologação, que não gera qualquer carga valorativa sobre as declarações.

Ressaltando prestígio ao sistema acusatório, assentou o Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no informativo n.º. 870:

Entendimento contrário colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência externa nas condições acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no ajuste. Essa “postura equidistante” do juiz em relação às partes no processo penal informa o citado comando legal que prestigia o sistema acusatório. Se as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, esse juízo será feito apenas “no momento do julgamento do processo”, no momento diferido, qual seja, na sentença, conforme previsto no § 11 do art. 4º da Lei 12.850/2013. Nessa etapa, serão analisados os elementos trazidos pela colaboração e sua efetividade. (BRASIL, 2017a, p. 2).

Quanto ao implemento das benesses firmadas no acordo, ponderou mais uma vez o Supremo Tribunal Federal:

Consignou que a última palavra será sempre do Colegiado, inexistindo quaisquer óbices jurídicos de índole subjetiva ou objetiva aptos a impedir a atuação do relator. O julgamento de mérito será levado a efeito pelo colegiado de juízes do STF ao apreciar os termos e a eficácia do acordo de colaboração. Reside na ambiência inafastável do Ple-

no a atribuição de juiz natural nos termos da competência deferida pela ordem jurídica, o que não contrasta com os regimentais poderes instrutórios e mesmo cautelares do relator. (BRASIL, 2017a, p. 3).

Enfatizando o aspecto do sistema acusatório, parâmetro da imprescindível autonomia das partes ao estabelecer o acordo de colaboração premiada, sem indevida ingerência do Poder Judiciário nessa seara, o Ministro Celso de Mello, em precioso voto proferido na Questão de Ordem na Petição nº. 7074/DF, destaca:

Cumprir enfatizar, bem por isso, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal garantirá, de modo pleno, às partes envolvidas nos litígios penais, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, com rigorosa observância de um dogma essencial ao sistema acusatório: o da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, repele a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência. (BRASIL, 2017b, p. 4).

Destacando o modelo de justiça criminal, em que as partes fundam as soluções jurídicas pelo consenso, o Ministro Celso de Mello prossegue em seu voto na Questão de Ordem da Petição nº. 7074/DF:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça

criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.

Esse aspecto que venho de referir mostra-se adequado a um modelo, iniciado na década de 1990, que claramente introduziu um novo paradigma de Justiça criminal, em que o elemento preponderante passa a ser o consenso dos protagonistas do próprio litígio penal.

Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo, a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013, um modelo de Justiça consensual, em que prevalece, tendo em vista os benefícios de ordem premial acessíveis ao autor do fato delituoso, o princípio da autonomia de sua vontade. (BRASIL, 2017b, p. 10).

E, conforme suficientemente demonstrado, atingindo a colaboração premiada os resultados perseguidos, sendo relevante e eficaz o resultado alcançado, o pacto firmado com a figura do Estado-Acusação, vincula-se o Poder Judiciário na concessão das benesses acordadas. Na lição do Ministro Celso de Mello, em voto na Questão de Ordem da Petição nº. 7074/DF:

É importante deixar assinalado, neste ponto, que o acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, vincula o Poder Judiciário no julgamento final da causa penal, desde que as obrigações assumidas pelo agente colaborador tenham sido por este realmente cumpridas, pois – insista-se – é da efetiva execução das cláusulas ajustadas em referido pacto negocial que se viabilizará a concessão, ao agente colaborador, dos benefícios de ordem premial que por ele foram ajustados com o Estado. (BRASIL, 2017b, p. 16-17).

Nesse diapasão, embora vencidos, causa preocupação, por violação aos princípios da proteção da confiança e segurança jurídica, os votos divergentes apontados principalmente pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, na Questão de Ordem da Petição nº. 7.074/DF, que, ainda fortemente apegados ao protagonismo judicial, insistiram, não obstante a votação unânime no mérito do HC nº. 127.483/PR, na tese de que caberia ao órgão julgador avaliação ampla sobre o acordo de homologação, aprofundando a avaliação da legalidade do acordo, bem como ingerência sobre a extensão da sanção premial pactuada. (BRASIL, 2017a, p. 3-4).

Acentuando o componente de um conteúdo social e ético, prossegue o Ministro Celso de Mello, citando julgado de sua lavra e do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que os princípios da proteção da confiança e segurança jurídica representam corolários, “tornando inderrogáveis as obrigações impostas ao Estado no contexto de acordos de colaboração premiada que o Poder Público tenha celebrado com agentes colaboradores”. (BRASIL, 2017b, p. 25).

Vinculando o Estado aos termos do acordo de colaboração premiada, como legítima expectativa do colaborador, como instrumento apto a construção comum dos elementos indiciários e da prova produzida em processo penal, vislumbra-se que a decisão tomada no *Habeas Corpus* nº. 127.483/PR possa representar, ainda que tímido talvez, um caminho na efetividade do plano acusatório no processo penal brasileiro.

3. Conclusão

Possível concluir nesse desiderato, no julgamento do *Habeas Corpus*, objeto do presente estudo, assentadas suas balizas novamente na Questão de Ordem da Petição nº. 7074/DF, que se resguarda a autonomia das partes formalmen-

te estabelecidas para celebração de acordo de colaboração premiada, sem a ingerência do Poder Judiciário; respeitadas as premissas da legalidade, regularidade e voluntariedade, quando da homologação do acordo, e as balizas da eficácia e relevância dos elementos de prova obtidos, quando do julgamento final, imperioso ao Estado, por quaisquer de seus órgãos e agentes, o respeito e a vinculação aos termos do acordo, inclusive quanto ao alcance das benesses negociadas, aproximando o instituto do enfoque acusatório.

Tal garantia, ao passo que reforça a figura do Ministério Público como instituição permanente (art. 127, *caput*, da Constituição da República)¹, garantida sua independência funcional (art. 127, parágrafo 1º, da Constituição da República)², como titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, *caput* e inciso I, da CR/88)³, promove a efetiva participação do acusado em todos os atos do procedimento e do processo, incluindo seu direito de gerir os elementos indiciários e as provas subsumidas a celeuma processual penal, permitindo, ainda, o pleno alcance da decisão final de mérito, como forma de influência e coparticipação de sua “própria decisão”, funcionando o magistrado como garantidor dos direitos fundamentais, ideal do cenário acusatório.

Juízo de Garantias, portanto, que conformando sua atuação nas ilegalidades e abuso, que porventura advenha inclusive da atuação do órgão ministerial, assegura a importância da originalidade cognitiva no processo penal, que na lição de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa pode ser sintetizada:

1 Art. 127, *caput*, da CR/88 diz: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. (BRASIL, 2016, p. 55).

2 Art. 127, parágrafo 1º, da CR/88 diz: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. (BRASIL, 2016, p. 55).

3 Art. 129, inciso I, da CR/88 prevê que compete ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. (BRASIL, 2016, p. 55).

A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva em relação às provas, ao conteúdo probatório, já que o accertamento das condutas deve ser novidade ao julgador. O juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição).

Logo, no regime de instrução do processo, não se pode aceitar juiz contaminado por informações decorrentes de atuações anteriores em processos findos ou paralelos. Isso porque ele já sabia de condutas e provas que deveria não saber. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2016, p. 2).

Avançar o julgador sobre os elementos ainda em formação no acordo de colaboração premiada é impossibilitar a sua imparcialidade, no momento da instrução das provas sob contraditório e ampla defesa, essencial para construção de uma democracia, tornando a instrução “apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada.” (LOPES JUNIOR; ROSA, 2016, p. 3).

Nesse diapasão, o acordo de colaboração premiada revela-se um procedimento de partes estabelecidas no entorno da gestão dos elementos indiciários e formação da prova no processo penal, levando a uma decisão final de mérito favorável ao colaborador, dentre as hipóteses de relevância e eficácia no resultado perseguido.

Assim, *máxima vênia*, releva-se contraproducente, violador do princípio da segurança jurídica, ferindo a legítima expectativa das partes no provimento que garanta o prêmio negocial, conforme elementos e provas voluntárias, eficazes e legalmente produzidas, afirmar que a homologação do acordo de colaboração premiada exige controle efetivo e eficaz,

não se falando em preclusão da análise, a permitir a revisão de todo o acordo por ocasião do julgamento final, conforme assentado pelo Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da QO-PET 7074, pendente de publicação. (BRASIL, 2017a, p. 3-4).

Possível, portanto, traçar o paralelo entre os acordos de colaboração premiada e o sistema acusatório, à luz do *Habeas Corpus* STF nº. 127.483/PR, uma vez que a celebração do referido acordo garante às partes a gestão dos elementos indiciários e das provas que serão produzidas, no manto do contraditório e ampla defesa, no bojo do processo penal, bem como garante o direito do colaborador ao prêmio negocial, dentre as hipóteses legais de eficácia e voluntariedade previstas.

Desnuda-se, ainda, a imprescindível manutenção da cadeia de custódia sobre a prova formada, assegurando a gestão dela nas mãos das partes, sem a ingerência do Poder Judiciário, posto indevida em tal momento procedimental, senão como assegurador de garantias fundamentais, afastando, assim, a cognição prévia do julgador aos elementos, evitando a contaminação e a firmação cognitiva sobre os elementos do órgão acusador.

Por ponto de partida a preservação da fonte de prova, Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa, citando Geraldo Prado e Lênio Streck, argumentam:

Explica o autor que a alteração das fontes contamina os meios e que sua não preservação afeta a credibilidade desses meios. De nada adianta argumentar em torno do 'livre convencimento motivado', pois existem *standards* de validade não disponíveis, que asseguram o caráter racional-legal da decisão e imuniza dos espaços impróprios da discricionariedade e do

decisionismo (o absurdo ‘decido conforme a minha consciência’, exaustivamente denunciado por Lenio Streck).

A preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da ‘conexão de antijuridicidade da prova ilícita’, consagrada no artigo 5º, inciso LVI da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita. Existe, explica Geraldo Prado, um sistema de controle epistêmico da atividade probatória, que assegura (e exige) a autenticidade de determinados elementos probatórios. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015, p. 1-2).

O acordo de colaboração premiada, sendo um negócio também endoprocedimental para obtenção de meios de prova, através da necessária participação dos pactuantes, assegura o conhecimento sobre o nascedouro da prova, impedindo que seja manipulada com propostos outros senão a decisão justa.

A manutenção da cadeia de custódia da prova, como primado do sistema acusatório, revela-se no caminhar da decisão judicial sobre a melhor prova, como apontam Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa:

A luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível. Nesse terreno, a estrita observância do acusatório, com claro afastamento das funções de acusar e julgar, mas, principalmente, pela imposição de que a iniciativa probatória seja das partes e não do juiz (recusa ao ativismo judicial), bem como pela maximização do contraditório, são fundamentais. Outra premissa básica neste tema (e em todo processo penal) é: forma é garantia e limite de poder. A importância da ‘tipicidade processual’ é novamente evidenciada.

A manutenção da cadeia de custódia garante a ‘mesmidade’, evitando que alguém seja julgado não com base no ‘mesmo’, mas no ‘selecionado’ pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso as fontes de prova e não ao material ‘que permita’ a acusação (ou autoridade policial). Não se

pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015, p. 5).

E no processo penal a cadeia de custódia atua “como forma de diminuir o espaço impróprio da discricionariedade judicial, fazendo com que a decisão não dependa da valoração do juiz acerca da interioridade/subjetividade dos agentes estatais, [...]”. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015, p. 2).

Diminuído o espaço de protagonismo judicial, fixadas as balizas de um sistema acusatório, a manutenção da gestão dos elementos indiciários e da prova na mão das partes, por intermédio do acordo de colaboração premiada, vedada a presença do julgador na celebração do pacto, fomenta o conhecimento sobre a cadeia de custódia da prova.

Ademais, a celebração do acordo de colaboração premiada, com a inarredável presença do colaborador, garante a não surpresa sobre os elementos formados e as fases da persecução criminal, bem como, restaurando a justiça, permite sua efetiva influência sobre a decisão final de mérito.

Por fim, balizado o presente estudo na figura dos celebrantes deste verdadeiro negócio jurídico processual, sem adentrar nas implicações sobre eventual corréu delatado, não se pode negar que, mesmo nesse caso, definir a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova, e não meio de prova em si, representa ao delatado aproximação com o princípio da presunção de inocência, pois, ela – a colaboração – por si, ou através de corroborações recíprocas ou cruzadas, não pode fundamentar eventual sentença penal condenatória, senão presentes outras provas, colhidas em instrumento processual penal democrático, no crivo do contraditório e ampla defesa.

Pesando sobre o investigado considerável acervo indiciário ou de provas de forte cunho material, a colaboração premiada pode representar a ele uma viável opção, como forma de redução de pena, substituição ou até sua extinção. Por isso, inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, restrição a liberdade do investigado ou acusado preso em colaborar com a instrução dos elementos indiciários, pois, como dito, em análise de sua defesa técnica, a colaboração pode afigurar-se boa opção.

O que não se admite, em nenhuma hipótese, sob flagrante violação aos direitos fundamentais e à dignidade humana, a prisão para colaborar com a persecução criminal. Contudo, observados os requisitos da cautelaridade, a justificar legalmente a prisão provisória, não é crível impedir que a este se limite um exercício de direito justo e consuetudinário com os objetivos traçados no plano defensivo, de agregando a uma justiça consensual, possa, desde a formação dos elementos indiciários, conhecer de toda arcabouço probatório, construindo em coparticipação o provimento judicial final.

Contudo, como enfoque do presente estudo, não se nega que representa a colaboração premiada, na relação endoprocedimental, chance talvez ímpar, sem a indevida ingerência do Poder Judiciário, evitando a contaminação da cognição judicial, de ainda na fase procedimental da persecução criminal, efetivamente contar com a plena participação do investigado colaborador na formação e formatação dos elementos indiciários de meios de obtenção de prova, fixação de “Standards” probatórios e a plena participação da prova no processo penal, sem surpresas até o provimento final de mérito, o qual influenciou diretamente, e dos benefícios daí advindos, que lhe constituem direito dentro dos parâmetros de legalidade e eficácia.

Nesta não ingerência no acordo de colaboração premiada, traçam-se caminhos a firmar viés do sistema acusatório, essencial para emergir o processo penal constitucional, no Estado Democrático de Direito, uma vez que garante às partes formalmente estabelecidas, em igualdade de condições, a construção em conjunto dos meios de obtenção de prova, a subsunção das provas advindas do acordo, em contraditório e ampla defesa, incluindo o prévio conhecimento de toda cadeia de custódia da prova, e, por fim, principalmente, a efetiva participação no provimento judicial final de mérito, portanto, a garantia de influência sobre a decisão final, a qual estará a parte vinculada.

4. Referências

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Junior. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.48>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Homologação de acordo de colaboração premiada e limites de atuação do relator. *Informativo n. 870*, Brasília, DF, 19 a 30 de junho de 2017. Data da publicação: 7 jul. 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Homologa%C3%A7%C3%A3o%20de%20acordo%20de%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20limites%20de%20atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20relator>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal que monocraticamente homologou acordo de colaboração premiada. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros; Impetrado: Relator da petição nº. 5244 do Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 27 e 28 de agosto de 2015. *DJe*, 4 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4747946>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Melo na Questão de Ordem na Petição 7.074/DF, Plenário, Rel.: Min: Edson Fachin, Brasília, DF, julgamento em 21, 22, 28 e 29 jun. 2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7.074QOvotoMCM.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 22 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º dez. 2011.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013b.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 ago. 2013a.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jun. 1986.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 dez. 1990.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei; cria o Conselho de Controle de Atividade Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 mar. 1998.

BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *Revista Consultor Jurídico*, 16 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. *Revista Consultor Jurídico*, 29 abril 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194937> >. Acesso em: 18 jul. 2017.

MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Características do sistema acusatório. In: SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2011. 177f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011a. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NetoJAS_1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Processo penal democrático e sistema acusatório a persecução penal legitimada pela Constituição. In: SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2011. 177f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011b. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NetoJAS_1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rb-dpp.v3i1.49>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Novo código de processo penal: o problema dos sincretismos de sistema (inquisitorial e acusatório). *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194936>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

Artigo recebido em: 17/12/2017.

Artigo aprovado em: 10/01/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180007

321 - 345

Artigo

**COLABORAÇÃO PREMIADA:
INSTRUMENTO POLÍTICO CRIMINAL
ORIENTADO À REDUÇÃO DA
INERENTE OPACIDADE DO CRIME
ORGANIZADO**

GUILHERME COSTA CÂMARA

COLABORAÇÃO PREMIADA: INSTRUMENTO POLÍTICO CRIMINAL ORIENTADO À REDUÇÃO DA INERENTE OPACIDADE DO CRIME ORGANIZADO

AWARD-WINNING COLLABORATION: A CRIMINAL POLICY INSTRUMENT AIMED
AT REDUCING THE INHERENT OPACITY OF ORGANIZED CRIME

GUILHERME COSTA CÂMARA

Professor titular de Direito Penal
Centro Universitário de João Pessoa (Unipê), Paraíba, Brasil
guicam64@yahoo.com.br

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a apresentar alguns dos mais relevantes aspectos de instituto de natureza mista (direito material e processual penal) denominado colaboração premiada, afinal introduzido no sistema jurídico nacional pela novel lei de enfrentamento à criminalidade organizada. A colaboração premiada distingue-se como instrumento de política criminal vocacionado a reforçar a persecução penal no âmbito da criminosidade contemporânea, caracterizada por notável índice de intransparência, como demonstra a magnitude da criminalidade oculta (cifras negras) nesse setor da geografia penal. Dentre os objetivos do presente texto, destacam-se a realização de uma pontual análise, de corte histórico e doutrinal, do modelo premial norte-americano, cotejando-o com o paradigma brasileiro, já como exercício de microcomparação necessário ao esclarecimento das margens demarcatórias desses dois sistemas; bem ainda, a colocação em evidência da capacidade de rendimento da colaboração premiada, introduzida pela Lei n. 12.850/13, para promover, enquanto eficiente meio de obtenção de prova, nomeadamente em situações de notável impasse investigativo, estratégico enfrentamento da criminalidade organizada, com vista à tutela ótima de bens jurídicos de expressiva dimensão social.

PALAVRAS-CHAVE: acordo de colaboração premiada; direito ao silêncio; crime organizado; eticidade.

ABSTRACT: The present work proposes to present some of the most relevant aspects of an institute of mixed nature (of material and criminal procedural law), denominated award-winning, introduced in the national legal system by the recently enacted law against organized crime, which distinguishes itself as an instrument of criminal policy aimed at reinforcing criminal prosecution within a framework of contemporary criminality, which is characterized by a remarkable level of intransparency, as evidenced by the magnitude of the occult criminality (dark figures) in this sector of criminal geography. Among the core objectives of the present text, it is worth highlighting the accomplishment of a punctual historical and dogmatic analysis of the North American model, comparing it with the Brazilian paradigm, as an exercise of microcomparison necessary to clarify the margins of these two systems; as well as highlighting the yield capacity of the award-winning collaboration introduced by Law no. 12.850/13, to promote, as an efficient means of obtaining evidence, especially in situations of outstanding investigative impasse, strategic fight against organized crime, with the goal of realizing optimal protection of legal assets of significant social dimension.

KEYWORDS: reward-agreement dependent on the defendant's cooperation; right to silence; plea bargaining; organized crime; eticity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Colaboração premiada e *plea bargaining*. 3. Colaboração premiada como modalidade de justiça consensual. 4. Colaboração premiada: instrumento de moderada política criminal orientado ao reforço da efetividade da persecução penal. 4.1. Ponderação do valor das informações obtidas em colaboração premiada. 4.2. Colaboração premiada *versus* direito ao silêncio e direito à ampla defesa. 5. Colaboração premiada: ferramental indispensável ao enfrentamento estratégico da criminalidade organizada. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

Cumprir exprimir, logo de saída, que o direito penal *premiado* não é nenhum *novum*¹. Nova, inegavelmente, é a alargada dimensão atual de seu emprego como instrumento político-criminal de prospecção investigativa, orientado a outorgar um *plus* de eficácia à *persecutio criminis*, nomeadamente em uma faixa da criminalidade especialmente corrosiva ao tecido social. Dentre os diversos benefícios que o direito penal moderno se dispõe a oferecer, a chamada colaboração premiada, como mecanismo de defesa social², encontra-se hodiernamente em franco processo de alastramento³. O insstituto em apreço, em que pesem as conhecidas consequências (premiais) de natureza material⁴ que o conformam – em

1 Basta pensarmos que as *Ordenações Filipinas* (que vigoraram do ano de 1603 até à promulgação, em 1830, do Código Criminal do Império do Brasil), no Título CXVI, do Livro V, ostentava a seguinte rubrica: “Como se *perdoará* aos malfeteiros que derem outros à prisão”. (*Ordenações Filipinas*, 1985). Itálico nosso.

2 À luz da hipótese *bobbesiana* de *homo homini lupus* – que aponta para a existência de uma dupla hostilidade no mundo, *i.e.*, proveniente não apenas da natureza, mas também do próprio Homem –, bem é de ver que este empenhou-se em elaborar de um lado “técnicas de sobrevivência” para contornar a primeira daquelas hostilidades; de outro, com vista ao enfrentamento dos ataques provindos de seus semelhantes, urdiu “técnicas de defesa”, consistentes na construção de “sistemas de regras” capazes de reduzir “os impulsos agressivos mediante penas”, ou de estimular “os *impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios*”. (BOBBIO, 1992, p. 55, grifo nosso).

3 No presente trabalho, dadas as suas restrições espaciais, limitar-nos-emos, no pertinente ao plano propriamente normativo, a uma aproximação ao modelo de *colaboração*, dita *premiada*, estruturada pela legislação brasileira, que regulamenta a matéria em minúcia, ou seja, a Lei Federal n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. (BRASIL, 2013).

4 Todavia, é bom exaltar, não apresenta correspondência ontológica plena com técnicas

que se destacam recompensas extintivas de punibilidade e também de redução de pena – corta longitudinalmente o tema da prova, facultando abertura a uma cognição mais verticalizada. Logo, não haverá demasia falar-se, com rigor, em colaboração processual, mormente porque os seus efeitos devem ter lugar precipuamente no processo⁵.

No arco desta introdução, impende estabelecer que o presente trabalho pretende não mais que fixar nódulos de construtiva reflexão, voltados a estabelecer estável ponto de partida a uma melhor compreensão dos mais destacados aspectos de um ferramental indispensável ao enfrentamento de novas e desafiantes – ao Estado Democrático de Direito – formas de manifestação da *deviance*. Donde, a título de mera aproximação de alguns pontos do tema emoldurado, e de que afinal se tem ocupado com alguma detença a doutrina especializada, fazemos cita dos seguintes aspectos problemáticos: i) a questão do valor probatório das declarações do colaborador de justiça; ii) o problema de saber se a colaboração a premiar exigirá, invariavelmente, arrependimento do colaborador; e iii) a relevância e a indispensabilidade do recurso ao direito premial para o enfrentamento sistemático do crime organizado.

2. Colaboração premiada e *plea bargaining*

Nações de cultura jurídica continental têm recebido alguma influência do modelo anglo-saxônico de justiça penal. Embora esta não seja propriamente a sede adequada para esmiuçarmos os pormenores legais dessa crescente ressonân-

premiais outras, de substrato exclusivamente material, afinal dispersas nos códigos e leis penais de ordenamentos de cultura jurídica romano-germânica, tais quais o *arrependimento eficaz* e a *desistência voluntária*. Márcio Lima também sublinha esta peculiaridade. (LIMA, 2010, p. 307).

5 Tiago Essado (2013, p. 207) trata a colaboração processual como gênero e o chamamento de corréu, a delação, a delação premiada, a confissão e a colaboração processual *stricto sensu* como espécies.

cia do *common law* sobre a topografia normativa do direito penal brasileiro (de raiz continental), líquido é que a figura jurídica conhecida como *plea bargaining*, pelas inúmeras promessas que faz à celeridade investigativa da(s) respos-ta(s) a dar, sobretudo à sociedade, apresenta inquestionável poder de sedução sobre um modelo de direito penal que ainda não se resignou a conviver com problemas – criminologicamente fundados – de expressiva magnitude, tais quais as chamadas cifras negras, consideravelmente latas em certos domínios da chamada macrocriminalidade.

A heterogeneidade de alternativas negociais facultadas à defesa e, principalmente, ao Ministério Público, e que tão bem caracteriza o paradigma normativo norte-americano – desde a declaração de culpa (*guilty plea*), a declaração de não contestação à acusação (*plea of nolo contendere*), projetando-se até à negociação destinada à suavização da sanção a aplicar, em permuta ao reconhecimento de culpa pelo defendente (*charge bargaining*) – culmina por metamorfosear em norma universal, senão já em panaceia para os “casos penais”, o que deveria consistir técnica de recurso restrito e episódico.

Constata-se, e não sem algum estranhamento, a dominância de uma desorbitada consensualidade, cuja musculatura parece encontrar raízes no peculiar “processo de partes” ali historicamente consolidado, que vai de braços com uma discricionariedade singularmente ampla, quiçá irrestrita, concedida ao órgão de acusação. Tudo isso faz convolar o julgamento por colegiado popular (*jury*) em vaporosa exceção⁶.

⁶ Assinalando que a *guilty plea* – declaração de culpa e renúncia ao direito de ser processado por um tribunal de júri – cobre, aproximadamente, 90% dos casos penais, de jeito que “a regra é a *guilty plea* e o julgamento a exceção” (ALBERGARIA, 2007, p. 41). Para outros detalhes sobre o referido instituto, vejam-se as importantes considerações que fazem Andrew Ashworth e Mike Remyne (ASHWORTH; REDMAYNE, 2010, p. 291 e ss.).

Já nos ordenamentos mais radicados na tradição do *civil law*, ainda que não de todo imunizados aos fluxos e influxos daquela corrente transoceânica – forte em tempos de impárravel padronização, *rectius*, uniformização de ritos, hábitos, condutas e também de respostas a apresentar ao fenômeno delitivo – o modelo colaborativo, afinal em franco desenvolvimento, ir-se-á demarcar, de modo bem evidente, de sua congênere anglo-saxônica.

Efetivamente, dado o protagonismo ímpar já consolidado pelo selo de historicidade que assume o Ministério Público nesse último modelo de justiça negociada, é facultado reconhecer que, dentre as diversas assimetrias⁷ distinguíveis nesses dois grandes sistemas do jurídico atuar, ressaí a distinta desenvoltura funcional que o *Parquet* irá ostentar, num e noutro modelo.

Além de uma atuação de natureza mais contida, fundada numa “discrecionalidade regrada”, o Ministério Público, que emergiu de cultura jurídica de tradição romano-germânica, não possui uma pauta de natureza político-eleitoral a prosseguir. Dito com outra ênfase, a chamada “carreira” do Ministério Público, respeitadas as nuances próprias a cada ordenamento jurídico do tronco continental, encontra-se resguardada das humanas paixões que se estratificam na movimentada arena da política partidária⁸.

7 No sistema anglo-saxônico, principalmente o norte-americano, iremos observar um inaudito grau de liberdade concedido ao Ministério Público para realizar acordos, fruto da adoção de um hiperbólico *princípio de oportunidade*. Já nos ordenamentos jurídicos radicados no paradigma do *civil law*, temos um Ministério Público com uma atuação mais regrada por diretrizes legais, *i. e.*, tradicionalmente mais reverente, em que pesem destacadas flexibilizações havidas nas últimas quadras, ao *princípio de obrigatoriedade* da ação penal.

8 Não se trata, faz relevo pontificar, de desimportante traço demarcador. É que a vinculação, melhor, a dependência que há nos EUA entre êxito na carreira de *prosecutor* e sucesso na política, irá desempenhar papel fundamental nas motivações do titular da ação penal para a *plea bargaining*. Ou seja, a carreira política do procurador é grandemente influenciada pela relevância das condenações, por regra, obtidas mediante acordos com criminosos “arrepentidos”. (ALBERGARIA, 2007, p. 35). Trata-se, bem é de ver, de constatação empírica que não deve ser ignorada, mormente quando esta íntima proximidade, quase simbiose, entre a esfera jurídica e o mundo da política, colabora para uma disfuncional panprodigialização de acordos que suprimem, *tout court*, a via processual.

Há, pois, boas razões para discernir que o modelo normativo de colaboração premiada, em tudo aderente ao *civil law*, não apresenta simetria plena, apenas ligeira proximidade à chamada *plea bargaining*, sobretudo por não se constituir, ressalvada bem pontual hipótese de concessão de imunidade⁹, via alternativa ao julgamento por juiz singular, júri ou tribunal.

Além disso, uma vez bem endereçadas as gradações¹⁰ de ordem histórica, principiológica e dogmática que demarcam os mencionados paradigmas (ainda que as nações sob a esfera de influência do *civil law* não irão se afeiçoar a uma justiça consensual-premial máxima) somos de parecer que o instituto *sub specie*, por favorecer renúncia parcial ou integral ao *jus puniendi*, deve constituir, evidenciadas a gravidade e a repercussão social da conduta, estratégia política-criminal de *ultima ratio*, por regra limitada à superação da genética opacidade inerente a determinadas formas de manifestação delinquencial, constituindo, então, mecanismo de contido e limitado manejo.

3. Colaboração premiada como modalidade de justiça consensual

A finalidade cardeal da colaboração de coautor consiste em, mediante outorga de benefícios premiais, obter-se sua ir-restrita contribuição para o êxito investigativo, hábil a fazer atuar capazmente a *persecutio criminis*, forte em situações nitidamente timbradas pelas notas da gravidade e repercussão social do fato delituoso.

Por outro lado, o modelo de colaboração em estudo constitui mecanismo jurídico de participação dialogal voluntária¹¹

9 Ver a nota n. 21, *infra*.

10 Aqui, obviamente, força dos limites bem espartilhados do texto, por nós não inteiramente trabalhadas.

11 Segundo é nosso firme entendimento, não deve a legislação estabelecer exigências de *espontaneidade*: elemento interno de árdua comprovação. Deve bastar-se, pois, com a *voluntariedade* da colaboração, a possibilitar, inclusivamente, que o ajuste

e colaborativa. Mas, para que se possa obter efetivo concurso colaborativo do investigado, haverá de se lograr estabelecer uma base consensual mínima. Dito de outro modo, o instituto em apreço, se não pode categorizar-se rigorosamente como puro mecanismo de justiça conflitual¹², reclama necessário diálogo negocial, principalmente com vista à construção de um acordo de cooperação, cujos termos serão objeto, não raro, de exaustivas tratativas entre acusação e defesa.

Estamos diante da emergência de um matizado modelo de justiça consensual¹³, de natureza premial. Aliás, como se sabe, doutrinariamente tem-se classificado a chamada justiça consensual de forma tripartite: mediação, reparação e restauração. Logo, desde que condicionada a certos requisitos, mormente voluntariedade, participação plenamente informada e concurso de defensor técnico, ao invés da *trias* acima referida, teremos *quadriga*. Agregue-se, por fim, que uma vez devidamente celebrado o acordo de colaboração, incumbirá ao Judiciário homologá-lo¹⁴.

se materialize em razão quer de proposta ou sugestão dos órgãos incumbidos da persecução criminal, quer de aconselhamento do próprio defensor do arguido. Onde, para ser reconhecida como lúdima, válida e credível, bastará que a colaboração resulte de ato de vontade livre (não coacto) e informado do sujeito. Enfim, fatores externos podem conduzir o agente a optar pela colaboração sem que com isso fique descaracterizada a *voluntariedade do ato*.

12 Não se pode admitir, em vista dos direitos e garantias que vigoram em um Estado Democrático de Direito, que o legislador venha a dispor sobre esdrúxula hipótese de prisão cautelar para fins de obtenção de acordo de *colaboração premiada*, fazendo da segregação provisória instrumento, coativo e espúrio, de promoção de colaborações *involuntárias*.

13 Vinícius Vasconcelos (2015) revela-se crítico, de modo sistemático, relativamente à ampliação dos espaços de consenso no âmbito do processo penal. Evidentemente, não é aqui o local para aprofundar-se esse debate; podemos, nesta sede, tão somente pontuar que vemos como assaz dificultosa, talvez já infrutífera, mormente em vista das indúvidas limitações materiais dos órgãos de controle formal da desviação – isso sem desperspectivarmos o *problema da vítima de crime* –, a tentativa de deslegitimação do consenso no processo penal.

14 Cf. o art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/13. (BRASIL, 2013). Por outra margem, na dimensão em que a colaboração, isoladamente, não constitui *prova plena*, o fato imputado precisa ser confirmado, em contraditório, por outras evidências. Onde, não cumpre tomar-se a homologação judicial de ajuste sobre *colaboração premiada* por antecipado decreto condenatório. Aliás, cuida-se, à evidência, tão somente, de mera *decisão*

4. Colaboração premiada: instrumento de moderna política criminal orientado ao reforço da efetividade da persecução penal

Cumpre-nos indagar se a colaboração do imputado há de ser eficaz para que se lhe possa aplicar a sanção premial estabelecida no ajuste previamente firmado com o Ministério Público. Perquirido de outra forma: não se revelaria desarrazoado vincular-se, incondicionalmente, a concessão da mercê à obtenção do resultado pretendido, *e.g.*, a localização da vítima de crime de sequestro com a sua integridade física preservada? Ou ainda: tal exigência não importaria estabelecer indevido paralelismo entre a colaboração premiada e a figura do arrependimento eficaz? Poderá a colaboração interessada do investigado, por razões absolutamente alheias à sua *performance* como colaborador de justiça, resultar ineficaz à luz do(s) objetivo(s) estabelecido(s) no pacto de colaboração?

Entendemos que, fundamental para a outorga da benesse prevista na avença, desde que devidamente homologada, será a demonstração do real empenho do colaborador – uma vez detentor de informações, dados ou documentos relevantes – em contribuir, ativa e efetivamente, para a realização dos objetivos estabelecidos no termo de colaboração¹⁵. A colaboração premiada demarca-se do arrependimento eficaz precisamente por ficar a sua eficácia subordinada, senão inteiramente, ao menos em boa medida, a condicionantes

interlocutória. Temos, por outro lado, que é falseável a premissa que voga no sentido de que a homologação da avença pelo julgador importa já em juízo de convencimento relativamente à efetiva participação delitiva do coarguido delatado. De igual sorte, não tendo participado das tratativas precedentes ao acordo, não fica comprometida a imparcialidade objetiva do magistrado homologante, o qual poderá receber a acusação formulada pelo Ministério Público, lastreada, apenas, em *elementos indiciários*, quais, as informações objeto do pacto de colaboração premiada.

15 Veja-se excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 26325/03), relatado pelo Ministro Gilson Dip, em que se decidiu que “A delação premiada [...] é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima”. (BRASIL, 2003).

externas ao controle do agente colaborador. Significa dizer que a realização dos objetivos¹⁶ previstos no pacto de colaboração não fica condicionada, apenas, a uma *eficiente* colaboração do imputado, posto que dependerá, complementarmente, da atuação ágil e proativa dos órgãos de controle formal do delito, designadamente Polícia Judiciária e Ministério Público, os quais, eventualmente, podem não diligenciar, *in concreto*, de modo *eficaz*.

Dito em forma de exemplo: o agente colaborador, após firmar pacto de colaboração, revela, detalhada e eficientemente, o local em que os seus comparsas ocultaram a vítima do crime de extorsão mediante sequestro; todavia, por exclusiva falha no planejamento da operação de resgate, tem-se a intercorrência da morte daquela, alvejada por disparo de arma de fogo, deflagrado por integrante do próprio aparato policial. Na hipótese ora versada, não se poderá, de rigor, atribuir a *ineficácia* do acordo à *ineficiência* do colaborador. A modo de síntese: a colaboração premiada deve medir-se “segundo parâmetros de *eficiência* e não de *eficácia*: importa identificar a aptidão das informações prestadas para o atingimento dos resultados pretendidos pela norma delaciona” (GAZOLA, 2009, p. 172 e ss.).

4.1. Ponderação do valor das informações obtidas em colaboração premiada

Faz-se mister perspectivar que o próprio colaborador, designadamente em consequência do compromisso firmado,

16 Afinal cristalizados no ajuste, o qual, e.g., pode estabelecer injunções destinadas à revelação da estrutura hierárquica de organização criminosa; à identificação dos demais coautores e partícipes e das infrações penais por eles praticadas; à recuperação total ou parcial de produto ou de proveito das infrações penais praticadas por seus integrantes, de entre outros fins: v. o Art. 4º, incisos I usque V, da Lei n. 12.850/13. (BRASIL, 2013). Portanto, com rigor, não se limita nem se reduz, o regime de colaboração premiada aqui em análise, à mera delação de comparsa.

poderá comparecer como fonte de prova (TARUFO, 2008, p. 67). A tanto basta que seja possuidor de conhecimentos recondutíveis à realidade dos fatos que constituam objeto de investigação ou de instrução processual. A colaboração de investigado também se predica, quiçá precipuamente, enquanto meio de obtenção de prova, vocacionado a viabilizar, dadas determinadas circunstâncias especiais, uma atuação investigativa minimamente eficaz e funcional pelos órgãos de persecução criminal¹⁷.

O valor das informações advindas de colaboração premiada, se não quisermos emprestar superlativa credibilidade a relato de sujeito pessoalmente interessado em colher benefício diretamente irradiante de acerto previamente ajustado com o *Parquet*, não pode ostentar caráter determinante¹⁸. Em veras, declaração isolada de colaborador não pode sequer reclamar estatuto de prova plena. Categoriza-se, pois, rigorosamente, como prova semiplena, de natureza indiciária¹⁹, bastante ao recebimento da peça vestibular acusatória (denúncia-crime) por juiz ou tribunal.

Tenha-se presente que, tal qual se passa na confissão *tout court*, ao apreciar, quando do julgamento, a contribuição

17 A colaboração de pessoa investigada criminalmente pode ser perspectivada como instrumento de direito premial útil, senão já indispensável, à remoção do opaco e espesso véu que recobre, por exemplo, organizações racionalmente estruturadas à prática de crimes. Trata-se, aliás, de técnica indicada por organismos internacionais, bem como recomendada em convenções internacionais, tais quais a Convenção de Palermo (art. 26), isto é, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, referendada pelo Decreto Presidencial n. 5.015, de 12 de março de 2004 (BRASIL, 2004) e a Convenção de Mérida (art. 37), *i. e.*, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. (BRASIL, 2006). Especificamente sobre a relevância da colaboração do arguido para o desbaratamento de organizações criminosas, veja-se o item 5, *infra*.

18 Salientando o valor *relativo* da colaboração premiada, por todos, Guilherme Nucci. (2013, p. 46 e ss.).

19 “Mero indício”, segundo Cezar Bittencourt e Roberto Busato. (BITTENCOURT; BUSATO, 2014, p. 137).

do colaborador, caberá ao julgador contrapô-la às “demais provas do processo, verificando se existe entre ela e estas compatibilidade ou concordância.” (ESSADO, 2013, p. 222).

Há, todavia, importante traço distintivo entre a colaboração premiada e a mera confissão, a saber: enquanto nesta não está o confitente pessoalmente comprometido a demonstrar a genuinidade de seu depoimento para eventualmente obter uma atenuação de pena, na colaboração premiada o colaborador deverá, com as suas informações, contribuir dinamicamente para a investigação e para o processo, colocando-se, para tal fim, sempre à disposição das autoridades investigantes.

Não se trata, portanto, de simples contemplação desinteressada ou *epokhé* (εποχή), mas sim de atuação comprometida com a efetividade da persecução criminal. É que as declarações do colaborador, consoante já havíamos acenado, predicam-se enquanto meio de obtenção de prova, a significar que sua efetividade ficará sobremaneira a depender do delineamento de um cenário processual que se apresente lastreado em evidência(s) confirmatória(s) da fidedignidade das informações apresentadas, principalmente porque não poderá haver condenação proferida com fundamento, unicamente, no contributo do agente colaborador²⁰.

Além disso, o negócio premial poderá dar causa à exclusão do processo (*acordo de imunidade*²¹), como também ensejar redução da pena a ser imposta ao colaborador, ou mesmo até extinção da punibilidade.

20 Consoante dispõe, acertadamente, o art. 4º., § 16, da Lei n. 12.850. (BRASIL, 2013).

21 A referida Lei Federal n. 12.850/13 prevê (art. 4º., § 4º) que aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação poderá não ser processado pelo Ministério Público, desde que tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos da citada lei e também não seja o líder da organização criminosa investigada. (BRASIL, 2013).

4.2. Colaboração premiada versus direito ao silêncio e direito à ampla defesa

Advogamos que não há incompatibilidade lógica fundamental entre a garantia *nemo tenetur se detegere* e a colaboração cooperativa e eficiente de arguido. Obrigar-se a dizer a verdade – condição necessária à celebração de avença de colaboração premiada – de modo voluntário e informado, evidentemente, não viola nem transgride a prejacente garantia²².

Também não há, por suposto, obrigação ao silêncio, mas antes vero direito²³. Nenhum réu, colaborador ou não, está obrigado a calar-se, principalmente se o seu silêncio representar risco importante de autoimpor-se onerosa carga processual. Em certas circunstâncias, um monástico “dever de silêncio”, um rígido mutismo de pedra, é que constituirá afronta ao *nemo tenetur*.

O direito ao silêncio poderá, conseqüentemente, ser objeto de transação, assumindo o colaborador obrigação de enunciar a verdade. Ter-se-á, então, sem que haja qualquer menoscabo ao *due process of law*, renúncia àquele direito. Em rigor, tal ato abdicativo não tem origem em uma deliberação coacta do colaborador. Ele devém de límpido exercício, a pleno, do próprio direito de defesa²⁴ – forte quando se estiver diante de panorama probatório que descortine não

22 Timbrando em assinalar, com precisão, que “desde que não haja nenhuma forma de coação para compeli-lo a cooperar e que o acusado seja instruído quanto ao direito ao silêncio”, não haverá afronta ao *nemo tenetur se detegere*, para em seguida asserir que, em tais condições, cabe-lhe decidir, “livre e preferencialmente assistido pela defesa técnica, se colabora ou não”. (QUEIJO, 2012, p. 258).

23 Consoante dispõe o art. 4º., § 14º da Lei n. 12.850/13, *in litteris*: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. (BRASIL, 2013).

24 Não se faz lícito desconhecer que o direito ao silêncio é projeção do direito à ampla defesa.

risível probabilidade de condenação do defendente. Trata-se, portanto, de instituto plenamente capacitado a harmonizar-se à(s) estratégia(s) a cargo da defesa²⁵, aspecto que alguma doutrina, destacadamente hipergarantista²⁶, parece preordenada a ignorar.

O modelo normativo de colaboração premiada ora analisado expande os horizontes da defesa do imputado, o qual poderá optar, de modo informado e voluntário, em romper, estrategicamente, o *selo do silêncio* – não raro um *diktat* de ordem externa –, e assim fazer jus aos benefícios negociados no pacto de colaboração livremente consensuado com o Ministério Público. Com efeito, o que não se pode é exigir do incriminado o sacrifício da autoimolação desinteressada ou “o heroísmo de dizer a verdade autoincriminadora” (NEVES apud ANDRADE, 2006, p. 121).

25 Sustenta David Azevedo cuidar-se a *colaboração premiada* de “medida eficaz de política criminal”, capacitada a “prestigiar as finalidades do direito punitivo num contexto do Estado Democrático de Direito e, finalmente, consagrar e garantir um excelente meio e um modo eficaz – *muita vez o único* – de exercício do direito de defesa, a ser com muita sensibilidade e extremo critério posicionado estrategicamente pelo advogado”. (AZEVEDO, 2014, p. 4-5, grifo nosso).

26 Afincadamente empenhada em vergastar o instituto em comentário, taxando-o de instrumento imoral, fundado em insidiosa traição, descarnadamente utilitário e ainda contrário à configuração ética do Estado. Ora, numa vertente doutrinária que vocaliza tal compreensão do papel do colaborador, fácil é flagrar-se um *quantum* de *subjetivismo ético* – que remonta a HUME –, subjetivismo repudiado, aliás, com ênfase, pelos ensinamentos de *filosofia moral*, posto ter lastro em sentimentos – e não na razão. Ocorre que a natureza da eticidade, se a quisermos realmente capturar, “é na razão que devemos focar”. (RACHELS, 1986, p. 35). A outro tanto, nem à razão prática nem à razão teórica repugnam a colaboração capacitada não apenas a reorientar a investigação para fatos e autores que ela desconhecia, como também a permitir a alforria do comparsa escravizado pelos grilhões do *silêncio heteroimposto*. Contudo, uma visão puritanista e ao mesmo tempo monocular do fenômeno do crime, parece arvorar-se em consciência moral da sociedade, para assim fazer *tabula rasa* das bondades processuais e elucidativas da colaboração premiada, considerá-la ato eticamente repreensível, e, no limite, quebrar, ainda que implicitamente, lança por uma *ética de subcultura delinquente*. Cumpre registrar que Guilherme Câmara esgrime acutilante crítica à edulcorada idealização de um direito penal “clássico”, o qual, a rigor, revela-se eficaz apenas ao enfrentamento da “clientela tradicional” do direito penal. (CÂMARA, 2016, p. 136 e ss.).

De outra mirada, admoestar, por sistema, a concessão de qualquer prêmio ou benefício ao colaborador, importa já em pugnar-se por um retribuicionismo de raiz extramundana: *punitur quia peccatum*.

Do compromissário do negócio jurídico processual de colaboração premiada também se não poderá exigir ato de contrição ou arrependimento²⁷; tão somente efetivo concurso colaborativo. De fato, firmado o pacto de colaboração, Tício deverá cooperar de maneira útil e eficiente para a desopacificação da tramada teia que, *e.g.*, obscurece os hierarquizados escalões da organização criminosa a que pertencia; mas a ele, Tício, não se poderá impor, para o efeito de obtenção do prêmio livremente ajustado, nem a construção de uma nova pessoa, nem *transformação espiritual*²⁸ ou *metanoia*.

As informações que o colaborador de justiça se obrigará a revelar cumprem ser genuínas, verdadeiras, fidedignas, plenas de utilidade, ou seja, hábeis a, uma vez validadas por evidências corroborantes²⁹, refratar iluminadora luz sobre a superfície cinzenta do delito. Sem embargo, do agente colaborador não se exigirá nem atos confirmadores de interna censurabilidade, nem *sophrosyne* (σωφροσύνη). Enfim, a

27 Embora possa prestar-se – e esta não é para nós a sua finalidade cardeal nem lateral –, episodicamente, de estímulo à contrição ou ao arrependimento sincero. Fundamental é observar que, “para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator”. (BITTENCOURT; BUSATO, 2014, p. 117).

28 Contudo, entendemos, e Paul Savey-Casard segue essa mesma linha de compreensão, que na medida em que o colaborador não pode ser equiparado ao agente infiltrado, não deverá fazer jus ao benefício todo aquele que, após celebrar acordo de colaboração, permanecer ativo na organização criminosa. (SAVEY-CASARD, 1972, p. 515 ss.).

29 De assinalar que a presunção de inocência dos delatados não pode ser superada por singela declaração de coautor. É necessário, vale *reforçar*, que as declarações do colaborador sejam corroboradas por outra(s) evidência(s). Veja-se, a propósito, a nota n. 20, *supra*.

alma do pecador não será julgada, a menos que se queira expulsar, junto com os demônios que eventualmente a atormentam, a laicidade sem condicionantes que ao direito penal moderno cumpre reverenciar.

Com efeito, o instituto panoramizado não faz promoção de fins moralizantes, tampouco se presta a realizar controvertida ortopedia penal. De outra margem, opostamente à prática de ocultação metódica de crimes, bem própria de organizações criminosas empresarialmente estruturadas, também não farpeia o *ethos* comunitário.

5. Colaboração premiada: ferramental indispensável ao enfrentamento estratégico da criminalidade organizada

Se a gênese mais recente – a partir dos anos 1970 – dos distintos modelos continentais de colaboração investigativa, estruturados em concessão de recompensas, encontra fundamento, mormente em Itália³⁰, em imperativos de prevenção, controle e repressão ao crime de terrorismo, militam boas razões para consentir-se que sua mais recente expansão deve-se às profundas transformações sociais e culturais de nosso tempo histórico, que, afinal, condicionaram o ingresso de novos tipos de ilícito no subsistema penal; e à correlata necessidade de realizar-se o adequado enfrentamento das condutas a eles subjacentes.

Também estimamos que *o recurso à premialidade* com vista à viabilização da colaboração de investigado ou corréu, ainda que não se pretenda aqui sustentar inultrapassável exclusividade – antes com intencionalidade de estabelecer necessário dique de contenção³¹, em face de sua prenun-

30 Ver, por todos, Enzo Musco (1998, p. 35-47).

31 Entendemos que o instituto em estudo, ao render ensejo, mediante transação

ciada disseminação metastática³² no sistema de justiça penal – deveria quedar-se circunscrito, idealmente, ao enfrentamento da poliédrica e proteiforme figura criminológica em epígrafe, notadamente quando se tem presente tratar-se o crime organizado de insinuante fenômeno da criminalidade hodierna, tendente à globalização³³, vincado pela nota de danosidade social e concebido em um modelo organizacional caracterizado pela existência de estrutura normativa paralela. É dizer, organizações criminosas dispõem de estatuto próprio, “que vem a ser verdadeira Constituição” do ente delitivo (GRECO FILHO, 2014, p. 26), que se presta, deste feito, a instaurar nada menos que um “antiordenamento jurídico” (CHIAVARIO, 1994, p. 26).

Nessa ordem de ideias, o recurso à colaboração premiada constitui lídimo instrumento de defesa³⁴ do próprio Estado Democrático de Direito – a mais acabada forma de organização social, cultural e política – que se vê continuamente desafiado, fragilizado e até inerciado, desde o seu próprio

entre o Estado e o investigado, à renúncia total ou parcial ao *jus puniendi*, não deve ser banalizado ou prodigalizado. Há, pois, de delimitar-se a sua intercorrência a figuras delitivas não apenas de intensa danosidade social, como, igualmente, de ínvia prospeção probatória pelos meios investigativos tradicionais.

32 Há mais de 30 anos Franco Bricola alertava para o caráter expansivo das figuras premiais. (BRICOLA, 1993, p. 962).

33 Para uma compreensiva visão da refração do fenômeno “globalização” sobre o “território” do direito penal, consultar Faria Costa, autor que esgrime que a criminalidade globalizada (transnacional) “tem a qualidade ou característica de não ter *locus delicti*, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local do crime.” (COSTA, 2001, p. 14). De outro giro, Anabela Rodrigues sustenta, e bem, que o crime, designadamente a criminalidade organizada globalizada que caracteriza a sociedade atual, aproveita-se de uma notável intransparência, pois já não é “um comportamento previamente identificável [...]. O crime é cada vez menos um acto e cada vez mais um conjunto de actos imperceptíveis como ilícitos e só a reconstrução do todo revela os traços de cada uma das partes”. (RODRIGUES, 2008, p. 94).

34 Interferido no âmbito do *direito à segurança*, que tem como um de seus “consectários lógicos”, o direito a uma “eficiente persecução penal por parte dos órgãos estatais”. (LIMA, 2010, p. 318 e ss.). O autor também pondera, de modo irrepreensível, que a colaboração premiada “não apenas auxilia as investigações (fase pré-processual), mas também permite uma substancial melhora da prova (judicial) produzida no processo penal, viabilizadora de profunda cognição.” (LIMA, 2010, p. 322).

ventre, devido à “textura diversa” do crime organizado³⁵. A via premial é modo não convencional de incursão no campo da prova, mercê do qual busca-se pavimentar, de modo informado e consensual, estratégia que permita ao Estado abandonar uma posição de singular impasse ou bloqueio investigativo³⁶.

Nesse diapasão, fim cardeal do acordo de colaboração premiada reside em – ao rasgar³⁷ o densamente opacificado manto que recobre as atividades quer ilícitas, quer lícitas³⁸, desenvolvidas por entidades delitivas normativamente estruturadas – arrojar luz sobre o que podemos aqui denominar de evidência silenciosa³⁹, em ordem a neutralizar-se o

35 Alberto Silva Franco (1995, p. 75) destaca, todavia sem alinhar-se à técnica da *colaboração premiada*, que o crime organizado não apenas “provoca danosidade social de alto vulto”, como também “é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado”.

36 Merece sublinhado que o desvendamento de delitos perpetrados no horizonte de atuação da criminalidade organizada ganha peculiar complexidade devido ao recurso usual a novas tecnologias informacionais, expediente possibilitado pelo impressivo poder econômico que estes entes, por norma, logram alcançar. Dito com outras palavras, a potestade econômica, não raro, também se põe a serviço de um sistemático, profissionalizado, por vezes *sofisticado ocultamento de provas*. Deveras, objetivando realizar esse fim instrumental, estruturas criminosas podem atingir o requinte de contratar auditorias, que se encarregarão de “supervisionar eventuais rastros de ajustes ilícitos” que tenham celebrado. (LEMOS; OLIVEIRA, 2014, p. 39 e ss.).

37 Para Cezar Bittencourt e Paulo Busato, “[...] com esta medida (delação premiada), o Estado confessa abertamente sua incapacidade de exercício do controle social do intolerável e convoca em seu auxílio o próprio criminoso”. (BITTENCOURT; BUSATO, 2014, p. 116). Interpolamos. Para nós, há de se abandonar a visão (datada) de onipotência e omnisciência do Estado. O Estado Democrático de Direito não é nenhum panóptico, nem tampouco um “big brother” orwelliano: com capacidade de alcançar *total visibilidade* da vida social e privada dos homens. Por outro lado, ele necessita atuar com alguma eficácia, nomeadamente com o desiderato de reduzir a macrocriminalidade a níveis não anômicos. Assinale-se, em adminículo, que a colaboração premiada consiste em meio (bem) menos invasivo e insidioso que a “interceptação de comunicação telefônica” e o recurso ao chamado “agente infiltrado”. De um jato: um Estado que tivesse total visibilidade do fenômeno criminal, e que em vista disso pudesse prescindir, às inteiras, do recurso à colaboração de comparsas, seria já um *Estado totalitário*.

38 Evidentemente que “a coexistência de atividades lícitas e ilícitas, estas como financiadoras daquelas, incrementa a aludida complexidade de obtenção de prova, porquanto é preciso identificar os canais de conexão entre as práticas de economia formal e a fonte geradora de produtos e proveitos de atividade criminosa”. (GAZOLA, 2009, p. 164).

39 Oposto simétrico a um flagrante *smoking gun*. Evidência silenciosa ou oculta cujo rastro ou fumaça costuma se dissipar em razão, e.g., do emprego de técnicas de branqueamento de valores.

potencial lesivo e profundamente antidemocrático⁴⁰ destes entes. Um tal encaminhamento não se afasta de uma generosa ideia de garantismo penal, que entendemos como garantismo penal compassivo, isto é, perspectivado para além de uma visão monocular e incapaz de aceitar que, consoante adverte Mario Chiavario:

[...] hoje é a própria criminalidade organizada a dar corpo – especialmente em algumas das suas mais sofisticadas formas multinacionais [...] – às mais formidáveis ameaças aos direitos mais elementares da pessoa humana a começar por aquele à vida e a segurança individual e coletiva [...]. (CHIAVARIO, 1994, p. 27).

Em síntese, “[...] os direitos da pessoa podem sofrer seja por causa dos limites demasiadamente brandos, seja pelos limites demasiadamente estreitos dos poderes estatais.” (CHIAVARIO, 1994, p. 27).

A colaboração premiada constitui instrumento de política criminal que se harmoniza à ideia de tutela ampla de direitos fundamentais, agora na vertente de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)⁴¹, inerente ao próprio Estado de Direito, uma vez que é missão do Estado atuar não apenas para assegurar liberdade, como de igual modo para impor-lhe limites, nomeadamente por meio de equilibrada tutela penal de bens jurídicos⁴², sem a qual, aliás, imperaria a lei do mais forte⁴³.

40 Evidenciado pela existência de uma “norma fundamental” não escrita, apócrifa e autoritária.

41 Lenio Streck (2004), como se sabe, fala em *garantismo positivo*.

42 Com efeito, podemos dizer, com Costa Andrade, e este com esteio em von Liszt, que é missão do direito penal precatar bens jurídicos, fazendo-o pela via aparentemente paradoxal “do sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade.” (ANDRADE, 1986, p. 103).

43 A renúncia ao recurso da colaboração premiada corresponderia a uma verdadeira

Finalmente, a colaboração premiada, e não simples “delação” de corrêu⁴⁴, desnuda-se enquanto meio de obtenção de prova, por vezes indispensável⁴⁵, que não representa, se correta e lididamente utilizado, qualquer afronta às garantias fundamentais do acusado, cuidando-se de estratégia de aprofundamento cognitivo, de que o Estado poderá valer-se para o efeito de penetrar a couraça anti-iluminista de impositivo segredo⁴⁶ que garante o crime organizado.

6. Conclusões

A colaboração premiada é instituto de natureza mista, penal e processual penal, que se presta a reforçar a prospecção investigativa a cargo dos órgãos de persecução criminal, designadamente na obtenção de evidências de ilícitos fortemente necessitados de elucidação probatória, em que o colaborador, de modo voluntário e informado, ao comprometer-se

recompensa ao crime organizado, cujos integrantes “sem a menor ética, ofendem *bens jurídicos preciosos*, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria *moralmente* aceitável”. (NUCCI, 2013, p. 49 e ss., grifo nosso).

⁴⁴ Consoante demonstrado na nota n. 16, *supra*.

⁴⁵ Mormente porque, via de regra, as únicas *pessoas* capazes de contribuir eficientemente à construção de um acervo probatório minimamente útil à formação do convencimento do tribunal, são precisamente aquelas coenvolvidas na trama da atividade delituosa empresarialmente estruturada. Guilherme Nucci também sustenta não ser possível enfrentar o crime organizado de modo *eficiente* se houver desprezo à “colaboração dos conhecedores do esquema.”. (NUCCI, 2013, p. 50). Destaque-se que, frequentemente, o agente colaborador será o sujeito que atuou no processo de lavagem de valores ilícitamente obtidos pela organização criminoso. Chama a atenção para este aspecto: SANCTIS, 2015, p. 27.

⁴⁶ É que o crime organizado notabiliza-se não apenas por privilegiar uma *cultura de promiscuidade*, notadamente com agentes públicos, como por igual impõe uma *cultura de silêncio*, melhor ainda, instala uma “cultura de supressão da prova”, que se vem a materializar, consoante assinala Elvio Fassone, em atos de eliminação de quaisquer vestígios, destruição de documentos, limitação temporal de diálogos telefônicos, intimidação de eventuais testemunhas, restrição de informação no interior do grupo criminoso, entre outros. Isso exige, bem é de ver, que os meios de investigação, assim como igualmente as categorias dogmáticas da ciência jurídica penal, empenhem-se em evoluir para poder fazer frente a tais insidiosas manifestações contraculturais (FASSONE, 1997, 419).

em contribuir, eficientemente, para o êxito da persecução criminal, poderá fazer jus a benefícios de natureza penal.

No modelo de colaboração premiada analisado no presente texto, não há imperativo de penitência, tampouco imposição de renúncia ao devido processo legal. A colaboração premiada não integra o chamado direito penal de emergência, posto volver-se, fundamentalmente, ao reforço de uma racionalidade prática, *rectius*, ao robustecimento da *persecutio criminis* em uma zona da criminalidade já aderente à realidade empírico-normativa de nosso tempo histórico.

As informações fornecidas por colaborador de justiça, desde que robustecidas por outras evidências, atendidas a pleno as garantias processuais, devem ser objeto de valoração pelo julgador e servir à formação de seu convencimento motivado. Dito com outra ênfase: o contributo colaborativo há de ser amparado por evidências corroborantes, *i.e.*, aquelas que se desnudem suficientemente confirmatórias de sua autenticidade e valor probante. Confiabilidade do colaborador, fidedignidade da declaração e coerência da informação com as demais provas coligidas aos autos, compõem o quadro de requisitos necessitados de cautelosa ponderação de valor pelo julgador.

O substrato axiológico que fecunda e modela as Cartas Fundamentais em que se assenta a nossa *Rechtskultur*, autoriza, evidenciada a natureza especialmente grave de certos ilícitos, o recurso à colaboração de arguido, primordialmente com o objetivo de, em determinadas situações-limite, quando se esteja realmente em presença de um inultrapassável impasse investigativo, aumentar, objetivando a tutela ótima de bens jurídicos de dimensão social, a capacidade de rendimento do sistema penal.

Mas isso não é tudo. Trata-se de salvaguardar, em última instância, o próprio Estado Democrático de Direito, e não um qualquer *ethos* delinquencial de natureza entrópica. Em um límpido e lídimo Estado de Direito, a solidariedade criminosa não é um valor a reverenciar. Muito ao contrário. Cuidasse, com rigor, de um nítido desvalor que incumbe tanto à racionalidade prática quanto à racionalidade ético-valorativa, coletivamente assumidas como culturalmente prevalentes, enfrentar com sabedoria e também com determinação⁴⁷.

7. Referências

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa. Direito Penal e modernas técnicas biomédicas. *Revista de Direito Econômico*, ano 12, p. 99-127, 1986.

ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike. 4. ed. *The criminal process.* New York: Oxford University Press, 2010.

AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 265, p. 4-5, dez/2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal.* 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

⁴⁷ O presente texto, ressalvadas alterações pontuais, de natureza estritamente formal, integra os *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Costa Andrade*, em vias de publicação, em Portugal.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>. Acesso em: 15 abr 2017.

BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 15 abr 2017.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Lei de Enfrentamento às Organizações Criminosas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L12850.htm>>. Acesso em: 10 nov 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 26325, Rel.: Ministro Gilson Dip, Brasília, DF, 24 de junho de 2003. *DJ*, 25 agosto 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=habeas+corpus+e+dela%E7%E3o+premiada+e+liberta%E7%E3o+e+v%ED-tima&processo=26325&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 set 2017.

BRICOLA, Franco. El arrepentimiento del terrorista, el perdón alevador y los silencios de la ley n. 646 del 1982. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 51, p. 961-965, 1993.

CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito cumulativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 25-36, jan./mar., 1994.

COSTA, José Francisco de Faria. O fenómeno da globalização e o Direito Penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 9-25, abr/jun, 2001.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 203-227, mar/abr, 2013.

FASSONE, Elvio. La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 48, p. 417-463, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. *O crime organizado e a legislação brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GAZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: Rogério Sanches Cunha et al (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147-183.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno et al (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 302-331.
LEMONS Jr., Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Crime organizado e a lei n. 12.850/13*. São Paulo: Verbatim, 2014.

MUSCO, Enzo. Los colaboradores de la justicia entre el penitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. *Revista Penal*, Valencia, n. 2, p. 35-47, jul. 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. 5.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RACHELS, James. *The elements of moral philosophy*. New York: Random House, 1986.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Criminalidade Organizada: que política criminal?. In: SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 87-106.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAVEY-CASARD, Paul. Le repentir actif en droit pénal français. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 515-536, jul/set, 1972.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.

TARUFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jori Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Artigo recebido em: 04/12/2017.

Artigo aprovado em: 30/01/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180008