



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº 1 - Tomo II (M/Y) - jul.-dez. 2017



Elaborado no 1º Semestre 2017





REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº1 - Tomo II (M/Y) - jul.-dez. 2017



Elaborado no 1º Semestre 2017



© 2018 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br



O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILLUMINISTA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: CASOS REPRESENTATIVOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Rafael Frias Cabral de Moraes Reis

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

Resumo – As cortes constitucionais vêm sendo muito demandadas atualmente, tendo em vista o fenômeno da judicialização da vida, que se põe em andamento nas democracias contemporâneas. Com isso, a essência do trabalho é discutir o papel do órgão de cúpula do Poder Judiciário como uma instância concretizadora de direitos fundamentais, tendo por base as suas funções contramajoritária, representativa e iluminista. Busca-se, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Cortes Supremas estrangeiras, demonstrar que é possível a criação de um diálogo institucional apto a qualificar o conceito de prestação jurisdicional, a qual deve ser exercida sem subserviência, mas com parcimônia.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Cortes Constitucionais. Contramajoritário. Representativo. Iluminista. Democracia.

Sumário – Introdução. 1. Função contramajoritária: uma discussão partada na releitura do conceito de democracia e no descolamento entre a vontade do povo e as decisões políticas tomadas pelos poderes eleitos. 2. Função representativa: uma discussão permeada por um diálogo, sem subserviência, entre a corte constitucional e a sociedade civil. 3. Função iluminista: uma contribuição da instância de cúpula do judiciário, a ser usada com parcimônia, para a concretização de direitos das minorias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar as funções desempenhadas pelas Cortes Constitucionais, em especial o Supremo Tribunal Federal, à luz da judicialização da vida, do ativismo judicial e da teoria dos diálogos institucionais entre os poderes. Nesse sentido, busca-se estudar as funções contramajoritária, representativa e iluminista dos órgãos de cúpula do Judiciário.

A título de contextualização, tem-se que, no Brasil, com o advento da CRFB/1988, e, no mundo, com o pós Segunda Guerra, muitos direitos foram positivados em documentos internacionais e nas Constituições de cada país, formando-se o chamado rol de direitos fundamentais do cidadão. A Carta Política, acima de tudo, era um documento analítico e programático. E o Estado, para concretizar todos esses direitos, passou a ter de cumprir inúmeros deveres. Ocorre que, no ordenamento brasileiro, passaram mais de 20 anos da



promulgação do Texto Magno, a sociedade não viu a materialização de nem metade das promessas constitucionais, razão pela qual a vida passou a ser judicializada. Nesse diapasão, problemas cotidianos foram trazidos ao Poder Judiciário e, em especial, ao maior intérprete da CRFB/1988, o Supremo Tribunal Federal, analisar.

No primeiro capítulo, analisa-se se o Supremo Tribunal Federal, como uma última trincheira da concretização constitucional, poderia invalidar uma lei editada pelo Poder Legislativo, com o fito de proteger direitos fundamentais, sem que isso se configure em um malferimento da cláusula de separação de poderes. Partindo do conceito de “dificuldade contramajoritária”, cunhado por Alexander Bickel, a ideia é problematizar o descolamento que existe entre os órgãos legisladores e a vontade do povo.

O segundo capítulo, por sua vez, busca examinar as três faces da legitimação democrática, dentre as quais o voto é apenas uma delas. Pesquisa-se, desse modo, em que medida o ativismo judicial pode ser uma ferramenta para que um corte constitucional concretize direitos que a sociedade inteira deseja e espera, mas que, por alguma razão, não foram positivados pelos poderes representativamente eleitos. Aqui, o conceito de legitimidade discursiva dos magistrados terá enfoque privilegiado.

No último capítulo, pretende-se investigar se as cortes constitucionais podem desempenhar uma última e mais ponderada função, qual seja, a iluminista, que ocorre quando um órgão de cúpula do Judiciário reconhece direitos das minorias, indo contra a vontade da maioria social e do poder legislativo eleito. A ideia é problematizar se, com isso, o Supremo Tribunal Federal conseguiria fazer andar a roda da história, aplicando a Carta da República em prol de todos os cidadãos, incluindo os marginalizados, rechaçados pelos poderes classicamente representativos.

No que tange aos procedimentos metodológicos, o trabalho monográfico é realizado sob o método de abordagem técnico-conceitual e descritivo-interpretativo, mediante a interpretação crítica sobre o fato de uma corte constitucional poder, ou não, desempenhar as funções contramajoritária, representativa e iluminista. Utiliza-se, aqui, o chamado raciocínio tópico entendido como uma *tecnica* do pensamento que se orienta para o problema, sopesando as questões norteadoras já propostas.

O método a ser adotado é de caráter histórico-dogmático. O procedimento investigatório centra-se, assim, na evolução qualitativa das perspectivas doutrinárias e jurisprudencial acerca da tríplice função das cortes constitucionais e nas implicações que o julgado traz na vida da sociedade brasileira.



1. FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA- UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA RELEITURA DO CONCEITO DE DEMOCRACIA E NO DESCOLAMENTO ENTRE A VONTADE DO POVO E AS DECISÕES POLÍTICAS TOMADAS PELOS PODERES ELEITOS

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e tem por função precípua a defesa da Constituição. Uma das formas de defendê-la e de sanear o ordenamento jurídico, tendo-a por base, é o chamado controle de constitucionalidade. Na sociedade atual, tudo chega às mãos de um juiz. A vida foi judicializada, de sorte que as pessoas, atualmente, buscam a concretização dos seus direitos fundamentais, na boa parte das vezes, em fóruns e em salas de audiências. Esse fenômeno, se corriqueiro na primeira instância, com muito maior razão, alcançaria o Supremo Tribunal Federal, sobretudo pela via do controle de constitucionalidade, quando o tema posto em debate fosse de afetação nacional.

Nesse contexto, a academia sempre discutiu o poder que as Cortes Constitucionais possuem em invalidar atos normativos do Congresso Nacional e da Presidência da República, órgãos de chefia dos Poderes da União. O embate acadêmico se calca na estranheza em se constatar que a interpretação da Constituição feita pelo voto de seis ministros do STF não eleitos¹ se sobrepõe à interpretação feita por parlamentares e pelo próprio Presidente da República, agentes políticos investidos de um mandato representativo, legitimado no voto de milhões de brasileiros. A essa circunstância, que desperta uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, Alexander Bickel apelidou de “dificuldade contramajoritária”².

É bem verdade que esta função contramajoritária do controle de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceita. Para Barroso³, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: (1) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política

¹ Seis ministros dentre onze, uma vez que o quórum previsto no art. 10 da Lei n. 9.868/1999 para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é a maioria absoluta. Ver BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1996/leis/9868.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

² BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Justiça constitucional, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitoravn/PKCRBimagine/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.



maioritária; e (ii) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Ocorre que, mesmo sendo incorporado ao ordenamento jurídico de vários países, esta realidade de um poder não eleito conseguir invalidar atos normativos emanados de poderes legitimados pelo voto ainda gera muita discussão na teoria constitucional.

Para descompatibilizar essa controvérsia, dois são os vetores a serem analisados.

O primeiro deles é o fato de que a dificuldade contramajoritária não implica uma burla ao princípio democrático. Aliás, ratifica-o. Democracia, nos dias de hoje, é mais do que o simples governo da maioria (dimensão procedimental). Ela, por definição, é também o respeito ao direito da minoria, que, mesmo tendo perdido nas urnas, continua a existir na vida em sociedade e merece ser respeitada, ouvida e tida em consideração pelos poderes constituídos. Fala-se, então em dimensão substantiva da democracia, que agrega as noções de igualdade, solidariedade e justiça material⁴. Nesta perspectiva conceitual, não é possível dizer que o Estado deixou algum de seus cidadãos para trás.

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político não estão desamparados e entregues à própria sorte⁵. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política⁶. Nesse dispação, em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas⁷ é o tribunal constitucional, uma vez que lá é possível se ter um locus qualificado para a ponderação de princípios e para a reflexão mais isonômica das questões jurídicas nacionais. Desse modo, tem-se que a função contramajoritária das cortes constitucionais não é antidemocrática.

O segundo vetor a ser estudado é a suposta congruência permanente entre a vontade dos representantes e representados no processo político. Sim. Isso porque, para se dizer que uma corte constitucional exerce um papel efetivamente contramajoritário, está a se partir da lógica de que os poderes representativos, ao editarem atos normativos, encontram-se em consonância com a maioria do povo, seu eleitor. E, na prática, não é possível aderir a esse

⁴ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 147, p. 12-25, mai. 2012.

⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶ MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia dos processos: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mimeografada, 2014, p. 84: "Os perdedores de cada processo decisório não se converterem em dominados, estendendo o direito fundamental de não serem desqualificados como membros igualmente dignos da comunidade política".

⁷ A expressão consta do título do livro de GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

pressuposto. De acordo com Nagib⁸, o que se vê é que deputados e senadores acabam representando interesses de alguns grupos que têm superior capacidade de organização, normalmente grupos que possuem invejável força econômica, deixando-se em segundo plano, até mesmo, os programas dos partidos políticos a que são filiados.

Neste contexto, o ambiente político passa pela chamada crise de representatividade, na medida em que a sociedade nutre pelos poderes majoritários um efetivo descrédito, ceticismo e insatisfação. Não por outro motivo, em locais nos quais o voto é obrigatório, como no Brasil, o percentual de eleitores que vai às urnas tem sido cada vez menor⁹. Já os que vão, poucos são capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Essa conjuntura é fruto de um sentimento de disfuncionalidade que tem permeado a classe política, muito impactada com as denúncias de corrupção e com os acordos de delação premiada que estampam o noticiário. Cada vez mais se tem indícios de que uma boa parcela dos agentes políticos utilizam a máquina pública para a captura de interesses privados.

Aliás, o fenômeno é, em certa medida, universal. Analisa Barroso¹⁰ que, nos Estados Unidos, cuja política interna tem visibilidade global, os desmandos do financiamento eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários determinaram o debate público e afastaram o cidadão comum. Vicissitudes análogas acometem países da América Latina e da Europa, com populismos de esquerda, em uma, e de direita, em outra. Vive-se situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo.

A consequência disso é o descolamento do sistema representativo em relação à vontade majoritária da população¹¹. Essa crise de legitimidade dos poderes que, em tese, estariam legitimados pelo voto, fez com que existisse uma real expansão do Poder Judiciário e, em último medida, das Cortes Constitucionais¹². No Brasil, por exemplo, diversos temas,

⁸ JOENE NETO, Nágibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 87.

⁹ A título de exemplo, analise-se a eleição para a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro em 2016: Dos 4.898.044 de eleitores cadastrados na justiça eleitoral, o atual prefeito conseguiu ser eleito com 1.700.030 votos. O segundo colocado angariou 1.163.662 votos, número que é inferior ao próprio montante de eleitores faltosos, qual seja, 1.314.950. Os votos em branco somaram 149.886; e os nulos, 589.536. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

¹¹ KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, v. 49, n. 85, p. 33-51, dez. 1996.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 41, set. 2005: “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleito. No geral, o processo político



cuja discussão deveria ser verticalmente empreendida nas instâncias políticas tradicionais, chamaram muito mais atenção da sociedade quando a matéria alcançou as portas do Supremo Tribunal Federal. Cite-se o caso da lei de biossegurança, que é o diploma legal por meio do qual se permitiu as pesquisas com células-tronco embrionárias. Durante a sua tramitação no Congresso, pouco se falou sobre o projeto. Quando a lei foi impugnada no STF, o debate no país se instaurou.

Analisando esses dois vetores, chega-se à conclusão de que as cortes constitucionais possuem legitimidade democrática para invalidar atos normativos do Poder Executivo e Legislativo. E mais: a função contramajoritária, haja vista o *déficit* de representação existentes nos agentes políticos da atualidade, não seria tão contramajoritária assim. Ressalve-se que, no Brasil, essa função da corte constitucional, quantitativamente, não é tão utilizada¹³. De todo modo, uma vez estudado, em tese, esse papel, vamos às ilustrações práticas em que o Supremo Tribunal Federal tenha afastado (definitiva ou temporariamente) do ordenamento jurídico uma lei pensada, editada e promulgada por representantes do povo.

A primeira¹⁴, aquela em que o STF declarou inconstitucional a lei que tratava da participação de sociedades empresárias no financiamento de campanha eleitoral. Alguns ministros sustentaram que o direito de participação política só valia para cidadãos, e não para pessoas jurídicas. A segunda¹⁵, a que o STF asseverou a inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, sob o argumento de incidência do princípio da anterioridade eleitoral, constante no art. 16 da CRFB/1988, o que contrariava fortemente a maioria do anseio popular. A terceira¹⁶, a que o STF declarou inconstitucional a lei que regulamentava a

majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por distorções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação¹⁷.

¹³ De acordo com o levantamento estatístico elaborado pela Secretaria de Gestão Estratégica, do Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar apenas 93 dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais, desde o início de vigência da Constituição de 1988. Um número nada expressivo, diante das 5.379 leis ordinárias federais, somadas às 88 leis complementares. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoIntegracaoInformacaoTecnica>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&tracao=ADIN&origem=AP&recurso=D&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. RECT n. 633.703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=633703&tracao=RECT&origem=JUR&recurso=D&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&tracao=ADIN&origem=AP&recurso=D&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria da corte considerou haver crueldade intrínseca aplicada aos animais.

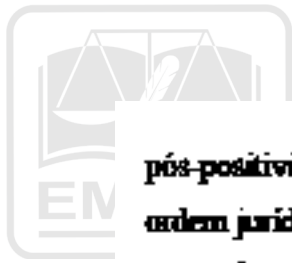
Essa é a função contramajoritária exercida pelas cortes constitucionais. Tendo-a explorado, passa-se à análise da função representativa.

2. FUNÇÃO REPRESENTATIVA: UMA DISCUSSÃO PERMEADA POR UM DIÁLOGO, SEM SUBSERVIÊNCIA, ENTRE A CORTE CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE CIVIL

Uma segunda função desempenhada pelas cortes constitucionais é a representativa, que ocorre quando a cúpula do judiciário (i) promove a completude do ordenamento jurídico, nas hipóteses de omissão inconstitucional do legislador, e (ii) atende aos anseios e demandas sociais não satisfeitos, tempestivamente, pelos parlamentares ou pelo chefe do executivo. Nesse caso, a sociedade como um todo aguarda por uma postura dos representantes eleitos, os quais, quedando-se inertes, abrem uma via de ação para as cortes constitucionais.

Diversos foram os fatores que levaram essa função a se encontrar, atualmente, fortalecida. Alguns, como a crise de representatividade dos poderes majoritários e o descolamento democrático entre esses poderes e o povo, já foram estudados anteriormente. De fato, vive-se em uma época, na qual se confia mais em juizes do que em políticos. Agregue-se a esse contexto que, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 é extremamente analítica, razão pela qual todos os temas nela contidos, se não forem concretizados, acabam sendo levados ao Poder Judiciário. Ademais, o controle de constitucionalidade brasileiro possui diversos legitimados ativos, de modo que, hoje, uma entidade de classe de âmbito nacional ou um confederação sindical podem ter voz no plenário do STF. Por fim, registre-se o grande poder que algumas bancadas, dentro do natural jogo político, possuem dentro Congresso, o que influencia, diretamente, na disposição e na vontade de alguns parlamentares em discutirem certas propostas e engavetarem outras.

Com isso, o Judiciário ficou bem mais próximo dos problemas sociais, sendo mais requisitado a resolver inúmeros tipos de conflitos. Por conta dessa judicialização da vida, a própria Constituição passou a ser mais debatida nos noticiários e nas ruas. Isso porque, com o



pós-positivismo¹⁷, ela conseguiu, efetivamente, ocupar o seu lugar de máxima magnitude na ordem jurídica, configurando-se como um diploma legal que tem força capaz de irradiar seus comandos para todas as áreas do direito. Ela passou a ter como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana¹⁸. Desse modo, a interpretação constitucional obrigou-se a ver o destinatário do seu processo hermenêutico como um cidadão digno, que merece ser ouvido pelo Estado e ser respeitado nessa dinâmica de prestação jurisdicional.

Nesse contexto, o judiciário começou a se entender como um poder também apto a interpretar o sentimento majoritário e as demandas da população como um todo. Eis algumas das razões para este fenômeno. Primeira, o concurso público é uma forma de recrutamento bastante heterogênea, na medida em que candidatos de diferentes origens¹⁹ podem alcançar a aprovação, desde que sejam advogados e estudem perseverantemente²⁰.

Isto traz à magistratura um conjunto de visões distintas e de histórias de vida peculiares, de sorte que a aplicação do direito tem mais chance de acontecer menos elitizadamente. Segunda, os juizes gozam das garantias da imovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, de sorte que conseguem se blindar contra o tráfico de influências que poderiam sofrer. Assim, o prestador jurisdicional poderia levar em conta apenas a lei e sentimento social, sem que existissem pressões de quaisquer outros poderes. Terceira, os juizes não estão sujeitos às circunstâncias da política eleitoral de curto e médio prazo, já que seus cargos públicos são estáveis. Deste modo, o político que deseja barganhar com o magistrado para obter qualquer vantagem não possuiria guarda.

¹⁷ Entenda-se pós-positivismo como uma doutrina que se inspira na "revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura esprender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma, incluem-se a reorientação dos valores na interpretação jurídica; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma ressignificação entre o Direito e a ética". BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 249-250.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica das princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁹ Sobretudo após a inclusão das ações afirmativas nos testes para juiz, ao que cerne aos candidatos negros, índios e deficientes físicos. No concurso para ingresso na carreira da magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a previsão de reserva de vagas corria desde o edital do 46º certame. Edital disponível em: <<http://www.tjuj.jus.br/concursos/magistratura/ativ>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

²⁰ De outra forma, o recrutamento ao Poder Legislativo, que se dá por meio da captação de votos, exige um custo financeiro alto do candidato, que o obriga, quase que necessariamente, a buscar financiamentos e alianças com diferentes atores empresariais. Essa circunstância faz com que existam parcerias, aptas a, quem sabe, maliciar a independência do futuro parlamentar.

Quarta, e a principal delas: o Judiciário tem como se comunicar com o seu auditório por meio de decisões fortemente motivadas. Isso faz com que a população deixe de associar a função jurisdicional a um ato de voluntarismo ou arbitrariedade²¹. As decisões precisam ser calcadas em razões. Os argumentos judiciais publicados na sentença fazem com que venha à tona a lógica, o raciocínio e o poder de convencimento do julgador²². Aqui, é possível resgatar a noção de democracia deliberativa. O juiz, quando interpreta o sentimento da população, exerce um papel democrático. Esse papel é fulcrado, sobretudo, na chamada legitimidade discursiva. Pessoas racionais são aptas a concordar com argumentos sólidos. E são esses argumentos que fazem com que os juizes, mais do que agentes puramente especializados, sejam servidores que dialogam com o meio social.

Foi nesse diapasão que o próprio Supremo Tribunal Federal²³ passou a se enxergar como um órgão que poderia dizer o direito, prestando contas da sua função à sociedade. Não é que os ministros precisem se transformar em políticos. Ocorre que, de acordo com Mendonça e Barroso²⁴, em uma democracia, todo poder (mesmo aquele composto por agentes não eleitos) precisa ser exercido no interesse e em nome do povo. Assim, o STF criou uma percepção de si mesmo como órgão também representante da soberania popular. Em realidade, como representante das opções soberanamente materializadas na Constituição de 1988 e não implementadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, razão pela qual, em algumas oportunidades, a Corte passou a ser mais permeável à opinião pública.

Permeável, sem ser subserviente. Não é deletério que juizes e ministros olhem para as ruas, antes de proferirem suas decisões. Magistrados, como qualquer servidor público, não são seres encapsulados, insensíveis às demandas sociais. Não por outro motivo, a própria sociedade projeta no Judiciário uma visão muito menos alinhada a um poder técnico e

²¹ Ao estabelecer um diálogo entre as áreas do conhecimento jurídico, pode-se dizer que esse ideal de fundamentação expositiva foi, inclusive, positivado no Novo Código de Processo Civil de 2015. Em seu art. 489, § 1º, encontra-se previsto as balizas de uma decisão bem fundamentada, não se considerando como tal o pronunciamento judicial que (i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²² MOURIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Técnicas do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

²³ Robert Alexy se refere à corte constitucional como "representante argumentativo da sociedade". ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 572, p. 578, jan. 2005.

²⁴ MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luis Roberto. *STF entre seus papéis constitucionais e representativos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-constitucionais-representativos>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



especializado nos conflitos jurídicos, e muito mais coadunada com a de um poder capaz de escutar os anseios do povo. Na atualidade, o Judiciário acabou por se transformar na última trincheira de luta pela concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

De todo modo, não se está aqui a defender uma juristocracia. De acordo com Mendonça e Barroso²⁵, em inúmeras ocasiões, a decisão justa e acertada não é a mais popular. E, nesses casos, a corte constitucional necessita de ousadia para desagradar as ruas. Não se pode aceitar que o Judiciário se converta em mais um canal da política majoritária, sempre adublado da opinião pública e das pressões midiáticas. Certamente, o populismo judicial é tão devastador para o equilíbrio dos poderes quanto qualquer outro. Contudo, a autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. E uma forma de se angariar essa confiança é, no mínimo, escutar o que a sociedade clama. Escutar, que é diferente de sempre ouvir.

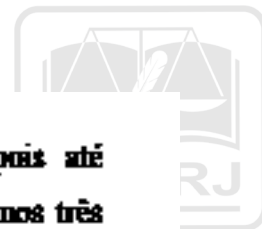
Aliás, essa prática de ouvir o maior número possível de atores sociais é desempenhada, conseqüentemente, pela corte quando os ministros, por exemplo, (i) admitem a intervenção de um *amicus curiae* nos processos em curso²⁶; ou (ii) convocam audiências públicas, nos casos em que a complexidade e os desdobramentos do tema assim o exigem²⁷. Esses mecanismos aumentam o capital político²⁸ de que a corte dispõe. E, se analisarmos a jurisprudência do STF, veremos que inúmeros foram os casos em que a corte constitucional brasileira, num contexto de paralisia dos poderes eleitos, teve de prestar a jurisdição escutando a voz que vinha das ruas e concretizando anseios do povo tutelados pela Constituição de 1988.

²⁵ Idem. *STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-03/nostrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

²⁶ A figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte, é prevista no art. 4º, § 2º da lei n. 9.868/1999. Segundo o dispositivo, o ministro relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de órgãos ou entidades, que não compareçam o polo ativo ou passivo da ação de controle. Isso com a intenção de problematizar e verticalizar a análise da questão sob julgamento. Ver BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

²⁷ Desde a Resolução Regimental n. 29/2009, que regulamentou as audiências públicas no âmbito do STF, esse mecanismo de democratização da jurisdição constitucional já foi utilizada dezenove vezes pelos ministros. Dentre as audiências públicas mais divulgadas, cite-se aquelas em que se discutiu: (i) as políticas de ação afirmativa para acesso ao ensino superior; (ii) a proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias; (iii) a interrupção de gravidez nas hipóteses de feto anencefálico; (iv) a publicação de livros que continham biografias não autorizadas; e (v) o ensino religioso em escolas públicas.

²⁸ A expressão é de Pierre Bourdieu, que discutiu sobre o tema em 1986. BOURDIEU, Pierre. *The Forms of Capital*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/fr/bourdieu-forms-capital.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



Como primeiro exemplo²⁹, pode-se mencionar a decisão do STF, depois até sedimentada na súmula vinculante n. 13, que asseverou a proibição do nepotismo nos três poderes. Pelo conhecimento convencional, seriam exigíveis lei federal e leis estaduais para impor esse tipo de restrição. Contudo, após um longo aguardo da sociedade civil, as leis não vinham, tendo a corte constitucional que implementar tal vedação, sob o argumento de que o nepotismo violava o princípio da impessoalidade e moralidade administrativa. Um segundo exemplo³⁰ poderia ser aquele atinente à fidelidade partidária, em que o STF determinou a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido, uma vez que a troca implicaria burla ao princípio democrático. Tal acórdão veio ao encontro da sanatória de uma das grandes queixas da sociedade, qual seja, a mudança constante de parlamentares de um partido para outro. Embora existente as reclamações, o parlamento não aprovava lei restringindo essa conduta.

Um terceiro exemplo³¹ seria aquele em que o STF consignou a competência concorrente entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e as corregedorias dos tribunais estaduais para instaurar processos disciplinares contra magistrados, oportunidade em que atendeu ao anseio social pela reforma do Judiciário, malgrado a resistência de setores da magistratura. Como quarto exemplo³², cite-se o julgamento no qual o STF, depois de vinte anos de omissão inconstitucional, declarou a possibilidade de servidores públicos entrarem em greve, tendo por base uma analogia da lei de greve do setor privado. Por fim, como quinto exemplo³³, ressalte-se o caso no qual o STF exigiu a criação de vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos em unidade próximas de suas residências, sob pena de multa diária. Isso com base no princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.

Essa é a função representativa empreendida pelas cortes constitucionais. Tendo-a analisado, passa-se ao estudo da função iluminista.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.261. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1612358>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26.604. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2514122>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.638. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4125637>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³² Idem. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2244628>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³³ Idem. Supremo Tribunal Federal. AREXT n. 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



3. FUNÇÃO ILUMINISTA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA INSTÂNCIA DE CÚPULA DO JUDICIÁRIO, A SER USADA COM PARCIMÔNIA, PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS DAS MINORIAS

A melhor forma de se entender esta última função é analisando-a, em paralelo, com a função representativa. Nesta, o que se tem é, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerceando-se como uma instância de poder apta a interpretar os anseios sociais em que, num panorama de lacuna do legislativo e executivo, acaba concretizando direitos fundamentais presentes na Constituição – direitos esses ansiados por toda a população (não apenas pela maioria). O povo, como um todo, deseja uma determinada postura do Congresso e/ou da Presidência, pede por ela, aguarda-a, mas ela não vem.

Já na função iluminista, o Supremo Tribunal Federal continua se entendendo como um intérprete da vontade popular. No entanto, e com grande parcimônia, a Corte, encarregada de empurrar a história, assegura em seus pronunciamentos os direitos das minorias, agindo de forma contrária à opinião pública majoritária. Aqui, o STF não contraria o silêncio dos poderes eleitos para ir em prol de toda a população, mas sim (e apenas) para fazer com que as minorias também se vejam como sujeitos de direitos.

O fundamento dessa última função se aloja no fato de que, no ambiente tradicional do debate público, qual seja, o parlamento, a minoria (pela razão mesma de se constituir como minoria, isto é, com um menor número de deputados e senadores) não conseguiria fazer frente às decisões políticas, que ostentem seus direitos. E não se está aqui a falar sobre as discussões parlamentares legítimas, em que, naturalmente, um quantitativo perderá seu desagrado com o resultado de uma votação. É normal que o *locus* político seja uma arena na qual, diariamente, se façam vencedores e vencidos quanto aos temas em pauta. Não é esse o ponto sob análise. Até porque, se as cortes constitucionais agissem, de forma corriqueira, a desconstituir uma votação legislativa majoritária, apenas e tão somente para aguardar uma minoria social, o que se teria, em última análise, é o fim da separação de poderes, com a instituição de um poder hegemônico, o judiciário.

O estudo, aqui, recai sobre as situações em que uma minoria parlamentar (de que, lembre-se, representa um minoria social) é calada, é diminuída, é obstada de ver concretizado seus direitos fundamentais, também insculpidos na Constituição de 1988. A constituição veio para todos. E, com o fim de fazer andar com a roda da história, cabe, por vezes, às cortes constitucionais assegurarem o direito fundamental à isonomia das minorias,

de sorte que estas sejam tratadas de forma igual pelo restante da sociedade. Isso pelo simples fato de que, malgrado se configurarem como minoria, também são pessoas humanas e, por conseguinte, detentoras de dignidade. A lógica desta função, mais do que se calcar num ideal de justiça, é a promoção de alguns avanços civilizatórios, com base em valores racionais; é a superação de preconceitos e discriminações.

Se observarmos o plano internacional, foi a Corte Constitucional da África do Sul³⁴, no julgamento *State v. Makwanyane*, que proibiu a pena de morte em seu ordenamento jurídico, protegendo a minoria social composta pelos condenados criminais. De igual modo, foi a Suprema Corte Norte-Americana³⁵ que, no caso *Brown v. Board of Education*, deslegitimou a discriminação racial nas escolas públicas, tutelando, portanto, os direitos dos negros. Na mesma linha, pontua-se o julgamento ocorrido na Suprema Corte de Israel³⁶, em que o órgão de cúpula determinou a proibição da tortura, ainda que se tratasse de interrogatório de suspeitos de atividade terrorista. Por fim, cite-se o caso ocorrido na Alemanha³⁷, no qual o Tribunal Constitucional Federal chancelou a negação do holocausto como sendo uma conduta criminosa, resguardando, com isso, o direito à memória do povo judeu.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também teve seus momentos de ousadia, como na oportunidade em que equiparou o regime jurídico das uniões homoafetivas ao das uniões estáveis convencionais³⁸, tutelando, pois, o direito das minorias gays e lésbicas. Se se olhasse para a sociedade civil, talvez este não fosse um desejo majoritário. No congresso, algumas bancadas conservadoras também obstavam a tramitação da PEC que alteraria a Constituição de 1988, no sentido de que o casamento não apenas pode se dar entre o homem e mulher. Contudo, cuida-se de um direito fundamental à igualdade, razão pela qual a situação encontrava-se legitimada. Outro exemplo³⁹ seria aquele em que o STF concordou com a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol de forma contínua, sob o

³⁴ ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. CCT n. 3. Relator: Ministro Arthur Chaskalson. Disponível em: <<http://www.saffli.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Estados Unidos. US n. 483. Relator: Ministro Earl Warren. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~reading/Brown1.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁶ ISRAEL. Suprema Corte de Israel. HCI n. 5.100. Relator: Ministro A. Barak. Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁷ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE n. 241. Relator: Ministro Duke. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁹ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. PET n. 3388. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



fundamento de que, muito embora obstasse a produção de alguns autozeiros, seria o melhor para a proteção da cultura indígena, entendida esta como minoria social.

Já no que tange à proteção dos direitos das mulheres – grupo que, malgrado seja maioria populacional, configura-se como minoria jurídica – cite-se como exemplo⁴⁰ o julgamento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a possibilidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de feto anencefálico. A interpretação do artigo que criminaliza o aborto, no sentido de inserir o caso sob julgamento como uma hipótese de excludente do delito foi muito criticada por diversos setores da sociedade. Contudo, entendeu a Corte que o que estava em jogo não era a vida ou a morte do feto, já que este morreria logo após seu nascimento, mas sim o direito de escolha da gestante de não levar ao final uma gestação que estava fadada ao insucesso estranhero.

Por ser uma função polêmica das cortes constitucionais, que vai em defesa de uma minoria rechaçada e contraria o sentimento majoritário das ruas e do congresso, o Parlamento, por vezes, chega a editar um novo diploma legal que contraria a decisão de natureza iluminista tomada pelo órgão de cúpula do judiciário. No Brasil, deu-se a isto o nome de “superação ou reação legislativa”⁴¹. Como exemplo desse fenômeno⁴², cite-se o caso em que o STF, no julgamento das ADIs 4.430⁴³ e 4.795⁴⁴ deu interpretação conforme a um preceito da Lei das Eleições, no intuito de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Contudo, pouco meses depois da sessão Plenária, o Congresso editou a lei n. 12.875/2013⁴⁵, retirando das novas legendas o acesso ao direito de antena.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

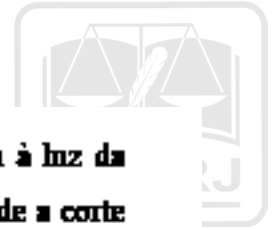
⁴¹ Nos Estados Unidos, esse fenômeno recebe o nome de *backlash*. Resulta-se como um dos casos emblemáticos de reação legislativa aquele que incide contra o julgamento de *Furman versus Georgia*, em 1972, no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação. Em 1976, entretanto, a maioria dos Estados tinham aprovada novas leis sobre pena de morte, contrariando o quanto decidido pela Suprema Corte. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=backlashes>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 5.105. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴³ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.430. Relator: Ministro Dias Toffini. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903848>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.795. Relator: Ministro Dias Toffini. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=4257995>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴⁵ Idem. Lei n. 12.875, de 30 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.



Discute-se, aqui, em que medida a reação do poder legislativo é legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional de poderes (*checks and balances*)⁴⁶. Entende a corte constitucional brasileira que, num contexto de diálogo constitucional, é o Supremo Tribunal Federal quem detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito. Contudo, o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atinge o legislador, razão pela qual o espaço de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado ato injurioso a qualquer Tribunal Constitucional. Até porque o poder legislativo é também intérprete autêntico da Constituição.

Neste contexto, a conclusão que se alcançou é a de que o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, a invalidação somente poderá ocorrer, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição de 1988 (limites formais, circunstanciais e materiais), sobretudo no que cerne às cláusulas pétreas. Se, porém, a reversão jurisprudencial for introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da corte nasce com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar que a correção do precedente se afigura legítima. Deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem⁴⁷.

De todo modo, a função iluminista não é utilizada com frequência pelas cortes constitucionais, devendo ser empregada com parcimônia, de modo que exista um necessário equilíbrio entre a ousadia e a autocontenção dos órgãos de cúpula do judiciário. Por esse motivo, as reações legislativas, muito embora aconteçam, não são a regra.

CONCLUSÃO

Após a análise de todo o objeto da pesquisa, pôde-se perceber que o Judiciário, atualmente, é um poder em larga expansão, para o qual toda a sociedade direciona grandes expectativas. O pós-positivismo fez com que as Constituições ganhassem uma efetiva

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. *Comparative Administrative Law*, Michigan, v. 27, n. 11, p. 52-70, set. 2010.

⁴⁷ Essa questão de trazer argumentos novos não se configura, em si, como um problema para o diálogo institucional entre os poderes, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o Barroso, "quando, por ato normativo próprio, procura-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional". BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2010, p. 167.



normatividade. As Constituições passaram a ser mais abrangentes, com um rol de direitos fundamentais bem delimitado. E os direitos fundamentais não concretizados pelos poderes Legislativo e Executivo permitiram que o cidadão buscasse as cortes constitucionais, como uma última trincheira de lutas.

Essa conjuntura remodelou o papel dos órgãos de cúpula do judiciário. As demandas sociais eram muitas e todas tinham de ser solucionadas com pressa. Por mais de duas décadas o Texto Maior, já promulgado, aguardava ser normatizado, ao passo que população também não suportava mais uma espera para a efetivação do seu status de sujeito de direitos. Os poderes majoritariamente eleitos permaneciam em paralisia, momento em que a suprema corte passou a se empenhar como uma instância apta a interpretar os anseios sociais, seja de toda a população, seja apenas dos grupos minoritários. Essa é a maior conclusão do estudo.

É preciso, entretanto, fazer a ressalva de que a atividade judicial, malgrado venha sendo exercida sem subserviência, deve também se calcar na parcimônia e na autocontenção. Isso porque, dentro da teoria dos diálogos institucionais, a tripartição deve ser preservada. Não é admissível que exista um superpoder, o qual sempre proclame a última palavra nas pautas em debate. O juiz não é um político. O político não é um juiz. Ainda que, como visto na pesquisa, haja interseções entre ambas as funções, é preciso sempre manter o equilíbrio. O essencial é que, dentro dos limites da missão institucional de cada poder, procure-se dar concretude aos direitos fundamentais. Esse deve ser o norte para a conduta de qualquer dos poderes nas democracias contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquien. *Comparative Administrative Law*, Michigan, v. 27, n. 11, p. 52-70, set. 2010.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 572, p. 578, jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofianca.br/direitonovo/FKCEImagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 41, set. 2005.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOURDIEU, Pierre. *The Forms of Capital*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/fr/bourdieu-forms-capital.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

JORNE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, v. 49, n. 85, p. 33-51, dez. 1996.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 147, p. 12-25, mai. 2012.

_____, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mimeografada, 2014.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luis Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. *STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-fui-permeavel-opinio-publica-subserviente>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: parte I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Kaziane Galiza Marcolino dos Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Município. Advogada.

Resumo – a complexidade dos crimes está cada vez maior, a dificuldade de promover uma ação penal com um resultado satisfatório só aumenta e o prejuízo estatal só se agrava, nesse ambiente se desenvolve e cresce o instituto da delação premiada, colocando em cheque princípios até então essenciais e trazendo com isso uma incerteza sobre o futuro de sua utilização. A essência do trabalho é abordar de maneira clara as possíveis consequências de uma utilização desenfreada de um instituto recém introduzido no ordenamento brasileiro, afastando por ora a imagem lúdica de sua criação.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Princípios. Ministério Público. Delação Premiada. Manobras investigativas.

Sumário – Introdução. 1. Breves explanações sobre o princípio da obrigatoriedade do Ministério Público e conceito de delação premiada. 2. Controvérsias sobre a restrição da condução investigativa pelo Ministério Público em face do princípio da obrigatoriedade. 3. Do instituto da delação premiada como manobra de vingança e sua banalização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a esclarecer o eventual conflito entre o instituto da delação premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Isso porque o desenvolvimento da política criminal em busca de soluções para frear o crescimento das práticas criminosas levou à implementação do instituto da delação premiada no Brasil.

Um instituto que funciona como mecanismo de premiação do agente envolvido na prática criminosa, chamado de delator, que fornece informações valiosas para a condução das investigações em troca de redução da pena ou até mesmo de extinção da punibilidade, através do perdão judicial, concedido em algumas legislações específicas.

No entanto, tal instituto, em um primeiro momento, mitiga o princípio processual da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual determina que o Ministério Público é obrigado a denunciar o agente que praticou o crime.

O que evidenciaria uma contrariedade entre os objetivos do instituto na esteira e a norma principiológica.

Sendo assim, no primeiro capítulo, pretende-se conceituar e abordar o princípio da obrigatoriedade, de maneira a apurar possível influência e limitação deste princípio nas políticas criminais. Assim como realizar a análise da relativização deste princípio processual frente aos interesses públicos em voga, como a segurança pública.

Já no segundo capítulo, será dado o enfoque sobre a real obrigação do Ministério Público de denunciar. Observando se tal princípio restringe de alguma maneira a atuação investigativa do *parquet*.

E no terceiro e último capítulo, abordar-se-á se a delação premiada pode ser usada pelo acusado como mecanismo de vingança contra os seus antigos comparsas, tornando-se um traidor e, ao mesmo tempo, o legitimando a utilizar de instrumento estatal em sua empreitada pessoal. De modo a tornar o instituto banalizado e, conseqüentemente, carecedor de credibilidade social.

Contudo, o assunto ao qual se busca aprofundar não é muito batido na doutrina, o que dificulta a análise sobre diversos ângulos do instituto. De maneira que se torna um tema instigante e de uma busca necessária pelo esclarecimento.

Intenta-se, através do método argumentativo e descritivo, utilizar os poucos livros existentes sobre assunto, assim como os diversos artigos científicos publicados para tentar alcançar uma solução, ou melhor, um esclarecimento sobre a temática, ainda tão obscura.

A análise de julgados, doutrina e legislações também serão meios que a presente pesquisa se buscará para fundamentar e sustentar o presente trabalho.

1. BREVES EXPLANAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONCEITO DE DELAÇÃO PREMIADA

De acordo com Pacelli¹, o princípio da obrigatoriedade tem origem no dever estatal da persecução penal, ou seja, tendo sido cometido um ilícito penal, o Ministério Público tem a obrigatoriedade de promover a ação penal.

Não cabe ao *parquet* qualquer juízo de mérito, análise de conveniência ou oportunidade, no momento da propositura da demanda. O mencionado autor² explica que “a

¹ Oliveira, Rogério Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 128.

² *Ibid*.

obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.”

No entanto, com a evolução deste trabalho se verificará que não é exatamente isso que acontece na prática, isso porque tal princípio dito obrigatório sofre mitigações, que o descaracterizam por completo e até o afastam do ordenamento jurídico.

A Lei n. 9.099/95³ prevê, por exemplo, o instituto da transação penal, primeiro mecanismo que admite legalmente o afastamento do princípio. Assim como no disposto nas Leis n. 12.529/2011⁴ e n. 12.850/2013⁵, onde consta o instituto da colaboração/premiação premiada.

Convém esclarecer, em síntese, que transação penal é uma proposta de aplicação de pena alternativa à prisão, inclusive, como forma de evitar o oferecimento da denúncia, e conseqüentemente, impedir a ação penal propriamente dita. Sendo, portanto, considerada uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, porque permite ao Ministério Público, ainda que dispondo de indícios da autoria e prova de uma infração penal, abrir mão da peça acusatória e transacionar com o autor do fato.

Além disso, a Lei n. 12.529/2011⁶ prevê expressamente a mitigação do princípio em estado, em seu art. 86, ao estabelecer que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica.

Importa explicitar que o acordo de leniência é uma proposta feita ao acusado, que ao aceitar colaborar com as investigações, informando os outros agentes envolvidos na empreitada criminosa ou admitindo a sua culpa, o mesmo terá direito a alguns benefícios, como a não aplicação de prisões e multas.

³Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 1/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem

³BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁵_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁶BRASIL, *op cit*, nota 4.

⁷Ibid.



econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O artigo seguinte ao citado estabelece a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Com o cumprimento do dito acordo, ocorre a extinção automática da possibilidade.

Com isso, criou-se uma nova causa de suspensão do prazo prescricional, pois o prazo para oferecimento de denúncia no andamento processual, relativo ao colaborador, ficará suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração.

Por fim, a Lei n. 12.850/2013⁸, que versa sobre a organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, estabelece que o magistrado possui a faculdade de conceder, por exemplo, pena judicial ou 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 o acusado cumpra com os seguintes requisitos:

⁸Art. 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 advenda 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. [...]

Devendo-se, em qualquer caso, levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, para a concessão do benefício.

Diante disso, o Ministério Público poderá⁹ deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se for o primeiro a prestar efetiva

⁸ BRASIL, *op cit.*, nota 5

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Poder-dever



colaboração, o que revela uma drástica evolução da mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Isso porque, não faz nenhum sentido denunciar alguém quando se sabe de antemão que será, na sentença final, beneficiado pelo perdão judicial e, conseqüentemente, com a extinção da punibilidade. Logo, faltaria ao Ministério Público uma das condições para o exercício da ação penal - o interesse de agir, sob o aspecto da utilidade.

Nesse ponto, nota-se que o princípio, ora em análise, conflita diretamente com os propósitos da política criminal, pois inviabilizaria a instituição da delação premiada, mecanismo encontrado como forma de frear o avanço criminal mais complexo.

Cabe ressaltar ainda que se a colaboração for posterior à sentença, a lei dispõe que "a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos." Logo, até na fase do processo de execução penal, poderá o delator ser beneficiado, ao menos com a progressão de regime.

Isso em busca de uma processo penal mais efetivo e eficiente.

Alguns aspectos formais devem ser observados, tais como: 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, não participará o Juiz das negociações realizadas, caso contrário incidiria o instituto da prevenção disposto no art. 83, do Código de Processo Penal¹¹.

A lei afirma, ainda, que se as partes se retratarem do acordo, as provas produzidas em razão do colaborador tornam-se inutilizáveis, pois o acordo poderá ser utilizado contra o delator, fere ao princípio da não autoincriminação, previsto no art. 8º, do Pacto de São José da Costa Rica¹².

Outro ponto a ser analisado no instituto da delação/ colaboração premiada é que a mesma será feita de modo sigiloso, de maneira a não identificar o colaborador e o objeto da negociação, a fim de garantir o êxito nas investigações. E o acordo de colaboração premiada apenas deixará de ser sigiloso quando a denúncia for recebida.

Destaca-se que a sentença condenatória não poderá ser fundamentada apenas com as declarações do delator, devendo haver provas que coadunam com o depoimento do delator e

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Delei3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹² AMERICANOS, Organização dos Estados. Pacto de San José de Costa Rica, de 23 de novembro de 1969. San José: Organização dos Estados Americanos Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicas/portugues/c.convencao_americanas.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

formem, então, o juízo de certeza do magistrado. Caso contrário, o depoimento do acusado se dará apenas como um mero ato investigativo, sem força ou valor probatório.

Diante disso, a delação premiada passa a ser um mero mecanismo de investigação, não sendo um elemento puro e neutro, de modo que carece de outros elementos probatórios para justificar uma condenação criminal.

Dessa maneira, considerando que o próprio Ministério Público poderá propor o acordo de delação premiada, começou-se a indagar se o *parquet* teria poderes de investigação direta, se teria atribuição para tanto.

2. CONTROVÉRSIAS SOBRE A RESTRIÇÃO DA CONDUÇÃO INVESTIGATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Baseado nas indagações explicitadas anteriormente, passa-se a analisar os limites investigativos do Ministério Público.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil¹³, o Ministério Público exerce algumas das funções essenciais à justiça, dentre elas a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”¹⁴.

Entende-se como ação penal pública o instrumento utilizado pelo Ministério Público para postular ao Estado a aplicação de uma sanção decorrente de uma infração penal. Contudo, para imputar uma infração penal a alguém é necessário que se saiba se existiu o fato penalmente relevante, assim como quem praticou os atos que configuraram o crime. E para essa apuração há a necessidade de investigar o crime.

A investigação, então, irá verificar as circunstâncias em que ocorreram o crime, quem o praticou, contra quem foi praticado e as consequências lógicas resultantes.

De acordo com a Constituição Federal¹⁵ e com o Código de Processo Penal¹⁶, cabe à polícia judiciária, através de suas autoridades policiais, apurar as infrações penais e sua autoria. Portanto, inicialmente, tem-se que cabe aos delegados de polícia conduzir as investigações, motivo pelo qual se questionou se era possível a condução investigativa pelo membro do Ministério Público de forma autônoma e direta.

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹⁴ Artigo 127 combinado com art. 129, inciso I da CRFB/88, vide nota 13.

¹⁵ BRASIL, op cit, nota 13

¹⁶ BRASIL, op cit, nota 11. Art.144, § 1º, incisos I combinado com parágrafo 4º, da CRFB e Art. 4º, do CPP

O julgamento do Recurso Extraordinário 593.727/ MG¹⁷, julgado em 08 de setembro de 2015, estabeleceu que também cabe ao Ministério Público conduzir de maneira direta e autônoma as investigações criminais. Isso porque, compreendeu-se que se o parquet tem atribuição para promover a ação penal pública, pela teoria dos poderes implícitos, mais razão teria em conduzir diretamente as investigações.

Além disso, destacou-se que a própria Constituição Federal afirmou que o parquet poderia exercer outras funções compatíveis com sua finalidade, o que tornou muito abrangente a sua atuação. Tem-se que o caráter investigativo das polícias judiciárias não é exclusivo, nem mesmo privativo, motivo pelo qual não seria acertado dar interpretação diversa para o art.144 da CRFB¹⁸, que apenas delimitou as atribuições das polícias a fim de demarcar a área de atribuição de cada uma - polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária, polícia civil, dentre outras.

Portanto, não há que se falar em impossibilidade de condução investigativa pelo Ministério Público.

Esclarecido isso, convém saber como esse poder investigatório irá se compatibilizar com o princípio da obrigatoriedade, tratado no capítulo 1 do presente artigo.

Como posto anteriormente, o princípio da obrigatoriedade afirma que o Ministério Público é obrigado a denunciar ao tomar conhecimento de uma infração penal. Contudo, tal princípio foi mitigado por diversos institutos, inclusive pelo próprio instituto da delação premiada, em razão do interesse público envolvido.

A política criminal brasileira, lastreada por movimentos adotados no direito comparado¹⁹, optou por adotar o instituto da delação premiada e, por sua vez, mitigar o princípio da obrigatoriedade. Tal movimento se mostrou necessário diante da crescente e desordenada impunidade de determinados crimes, pois a instrução probatória era insatisfatória e originava uma denúncia ineficaz no combate ao crime.

E em razão dessa ineficácia, por vezes generalizada, uma vez que em algumas situações a verificação da autoria era praticamente impossível, o Ministério Público deixava de oferecer denúncia e requeria o arquivamento do inquérito policial diante da autoria desconhecida e sem perspectiva de solução. O que só fazia aumentar a sensação de impunidade e o fortalecimento de práticas criminosas cada vez mais complexas.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593.727. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cons/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=137088>> Acesso em: 06 mar 2017.

¹⁸ BRASIL, *op cit.*, nota 13

¹⁹ Notadamente nos Estados Unidos e na Itália

Diante disso, ou seja, da ausência de elementos probatórios robustos e esboçados de uma condenação devida, o Ministério Público deixou de funcionar como mero espectador da produção das provas e passou a integrar o procedimento prévio, com incisões mais diretas e incisivas, ao ponto de o próprio membro do *parquet* ser o responsável não só pela ação penal, mas também pela própria condução do procedimento investigativo.

Tal mudança de posição gerou conflitos, inclusive com a própria polícia, pois a instituição policial compreende a figura do promotor como condutor das investigações preliminares como uma afronta à Constituição e uma verdadeira invasão de atribuição.

No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal²⁰ se posicionou no ano de 2015 para conceder ao Ministério Público o poder de conduzir diretamente as investigações, nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cesar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffioli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheceriam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade de sempre presente no Estado democrático de Direito de permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelas membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Assente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenária, 14.05.2015.

O que solucionou a controvérsia existente sobre a restrição da condução investigativa pelo Ministério Público e deu ao princípio da obrigatoriedade mais eficiência. Quer-se dizer, diante do conhecimento de uma infração penal, o *parquet* obrigado a oferecer denúncia, oferece-a, porém de forma mais embasada e concreta, pois a prova, por ele diretamente produzida, possibilita uma prestação jurisdicional eficiente e produtora. E não mais uma perspectiva frustrada de solução penal.

A condução investigativa direta pelo *parquet* é fundamental para a adoção do instituto da delação premiada no ordenamento brasileiro, pois através da atuação direta daquele que

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593.727. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>> Acesso em: 06 mar 2017.



possui legitimidade para propor a ação penal pública viabiliza a realização de acordos²¹ e permite a punição concreta dos reais envolvidos no esquema criminoso, possibilitando o alcance das principais mentes criminosas das organizações criminosas.

Além disso, permite uma aplicação eficiente do princípio da obrigatoriedade, ao sustentar o pedido condenatório, embora ocorra uma mitigação do mesmo no bojo da prática investigativa para se chegar a um resultado mais amplo e benéfico a todos.

3. DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA COMO MANOBRA DE VINGANÇA E SUA BANALIZAÇÃO

Além de todo o exposto, é possível inferir que a delação premiada pode ser usada pelo acusado como forma de vingança contra os seus antigos comparsas, tornando-se um traidor e, ainda, um legitimado a utilizar de instrumento estatal em sua empreitada pessoal.

Confirme-se extrai do art. 4º, parágrafo 4º, da Lei 12.850/2013²², o Ministério Público apenas poderá deixar de oferecer denúncia, em razão da proposta da delação premiada, se o agente não for o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos moldes do caput do artigo mencionado e conforme explicado anteriormente.

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 advinha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. [...]

Ou seja, havendo uma efetiva colaboração por parte do acusado, o parquet estará autorizado a não denunciar, e conforme visto, uma expressa mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Contudo, tal prática, tão privilegiada pelo legislador e pela opinião pública, em geral, merece uma melhor análise.

²¹ Como o acordo de leniência.

²²BRASIL. BRASIL, *op cit.*, nota 5



O estudo crítico do instituto revela uma manobra investigatória que expõe, antes de tudo, uma ineficiência administrativa declarada por parte dos órgãos responsáveis pela investigação²³. Isso porque se “impõe” ao outro o dever de cooperar e facilitar o trabalho investigatório, quando, na verdade, a elucidação dos crimes, por mais complexos que sejam, caberia apenas e somente aos entes estatais.

Trata-se de um atalho, de um caminho mais fácil e menos oneroso para a máquina estatal, que, por sua vez, justifica sua atuação em prol da solução de grandes esquemas criminosos. Mas se revela um erro notório.

O caminho “mais fácil” pode, contudo, mostrar-se mais oneroso a longo prazo.

Na realidade, institucionalizar a fraqueza do acusado pode se voltar contra o Estado, na medida em que grandes esquemas poderão ser traçados justamente para violar o instituto e usá-lo em benefício do delator e da organização criminosa.

A delação premiada nada mais é do que a institucionalização e legitimação da traição.

É, no mínimo, contraditório com todo o sistema processual penal. De acordo com a base do estado do processo penal e, consequência do sistema acusatório, o Ministério Público deve zelar pelo princípio da indivisibilidade²⁴, ou seja, a ação penal é indivisível.

Quer-se dizer, o Ministério Público não pode escolher processar um autor do fato e não processar o outro, quando os dois agem em concurso. Estando os dois envolvidos na prática do crime, os dois deverão ser denunciados por esses crimes. Tal princípio tem o objetivo de justamente impedir a utilização da ação penal como forma de vingança ou manobra política, garantindo uma justiça isonômica e respeitável.

E cabe ressaltar que há divergência doutrinária sobre o caráter divisível da ação penal pública incondicionada, pois alguns autores defendem pelos motivos expostos acima, que não há discricionariedade, o Ministério Público não pode escolher quem deseja denunciar (Renato Brasileiro, Fernando da Costa Turinho Filho, Aury Lopes Jr. e outros). Enquanto, outra corrente defende que haveria uma divisibilidade da ação penal pública, pois enquanto não tivesse notícia de todos os envolvidos na prática criminosa, o Ministério Público poderia oferecer denúncia apenas contra os que possui conhecimento, podendo aditar a denúncia e momento posterior, durante o curso processual (é a posição que prevalece no STJ²⁵ e STF²⁶).

²³ Seja o Ministério Público, seja a Polícia Judiciária.

²⁴ BRASIL, *op cit.*, nota 11. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processamento de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REC n. 34.233-SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em:

<<https://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externa/informativo/?acao=pesquisar&livre=@caso=73714778637>>

Acesso em: 06 mar 2017.

Mas ao adotar como base a linha de defesa da primeira corrente, tem-se que com o advento da colaboração premiada, o que se vê é justamente a contramão dos princípios basilares do sistema processual penal.

Ocorre uma verdadeira ruptura com a ética dentro do Estado Democrático de Direito, pois o Estado se utiliza de meios, até então empregados pelos criminosos, para legitimar sua condução processual.

Com o sucesso de prisões importantes e desarticulação de esquemas vultosos, a delação premiada é vista como um “achado”, um meio inovável, mas não “exergam” as consequências dessa prática, não criam um sistema mais imparcial e fechado, a fim de evitar a utilização desenfreada do instituto.

Uma quadrilha capaz de desviar milhões de reais das contas públicas durante décadas sem desconfiança e com o envolvimento de autoridades será capaz também de firmar planos para desarticular esse método de tração premiada. Ou ainda, utilizá-la a seu favor.

É completamente possível que grupos criminosos combinem entre si quem será o denunciado da vez, em troca de resguardar interesses maiores, com um benefício mais vantajoso para o “delator”, como proteção integral e privilégio para a família.

Pois o presente instituto, enquanto legal, se revela um perigo, inclusive, para o próprio delator, pois é uma violação ética até mesmo no mundo do crime. E se o Estado não tem capacidade de resolver os “seus” problemas, com os “seus” agentes e meios, tendo a necessidade de contar com a ajuda do criminoso para realizar o seu trabalho, o que dizer da competência para proteger e garantir a segurança pessoal do delator e de sua família.

O Estado acaba justificando os meios para alcançar o fim²⁷ a qualquer custo. O bem jurídico protegido pela delação - a segurança pública - justificaria a sua utilização, ou seja, o fim legitimaria o meio. Combate-se um exagero - no caso da violência desenfreada - com um absurdo - a delação premiada.

Além disso, a cultura contemporânea do imediatismo, da emergência desenfreada e sem limites ganhou um forte aliado com o surgimento da delação premiada, porque se abriu uma gama de possibilidade de atos atentatórios à real prática da justiça. Torna-se possível o manejo de interesses pessoais na condução da investigação, transforma o Estado em refém dos interesses dos criminosos, por vezes sequer percebida durante o encaminhamento da solução e trato penal.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REC 95141-RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5407091/recurso-em-habeas-corpus-rhc-95141-rj>>. Acesso em 06 mar 2017.

²⁷ “Os fins justificam os meios”

Em última análise, premiar o delator seria o mesmo que premiar o crime.

Essas e outras críticas merecem uma especial atenção, uma reflexão, uma vez que deixando a hipocrisia de lado e assumindo - e confessando - a sua ineficiência, será possível traçar novas rotas e encontrar meios mais seguros que viabilizem a atuação estatal, sem a sua deslegitimação perante a sociedade a longo prazo.

O tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética inerita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito, ou pelas questões relativas ao seu valor probatório, até sua natureza jurídico-penal, sua função processual penal e as implicações daí decorrentes para o postulado do devido processo legal no direito positivo brasileiro.

Surgem dúvidas basilares, como por exemplo, se ao premiar a delação, o Estado não elevaria ao grau de virtude a traição? Poderia o Estado ter meios éticos do que os cidadãos que ele encarcera? Pode o Estado barganhar vantagens para o preso em troca de atitudes que o degradam, que o violentam, e alcançam, de súbito, a autoridade estatal? E como evitar que o instituto seja manejado pela organização criminosa?

É certo que em outras legislações, inclusive em países desenvolvidos economicamente, a figura da *delatio* já existe há algum tempo, como ocorre nos Estados Unidos *bargain*, e na Itália, *patteggiamento*, entre outros países. Contudo, são exemplos que não deveriam ser seguidos, pois desprovidos de qualquer caráter moral ou ético.

CONCLUSÃO

An longo do desenvolvimento do presente trabalho foi possível conceituar, esclarecer e demarcar o conflito existente entre o instituto da delação premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Constatou-se uma tendência da mitigação do princípio da obrigatoriedade a fim de fortalecer a independência do Ministério Público na condução do procedimento investigativo de maneira a permitir o desenvolvimento eficiente da política criminal, gerando soluções para frear o crescimento de práticas criminosas.

E graças a essa mitigação, o instituto da delação premiada pode ser aplicado sem viciar o sistema acusatório, além de reduzir a sensação de impunidade tão difundida nos dias atuais.

Contudo, o mencionado instituto, que até então surgiu como uma saída eficaz para crimes de difíceis elucidações, com pouca produção probatória, passou a ser analisado sob a perspectiva crítica, sob o aspecto das suas consequências negativas.

A ideia de premiação para aquele que “entrega” o esquema ao delatar os seus companheiros deve ser observado com cuidado e desconfiança.

Afinal, o Ministério Público que antes não podia fazer distinção entre os agentes envolvidos na prática criminosa para denunciá-los, passa a ter uma liberdade, ainda que “assistida”, para escolher quem irá denunciar, tendo autonomia para fazer acordos segundo seu critério discricionário de decisão, embora tecnicamente seja vinculado aos ditames e regramentos da lei.

Constata-se uma preponderância da segurança pública face aos direitos fundamentais do agente transgressor, admite-se que o mesmo produza prova contra si mesmo, sem que com isso o Estado seja representado frente às Organizações Internacionais, sem que se caracterize, por exemplo, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda, da dignidade do preso.

O Ministério Público tem sua legitimidade para a condução investigativa direta reconhecida e exaltada ao seu extremo.

Precisa-se apostar, ainda, uma especial atenção à utilização do instituto a fim de evitar que o mesmo seja usado como manobra dos próprios delinquentes, pois o nível de organização das associações criminosas é alto e inteligente, de modo que não deve ser subestimado, uma vez que seria possível criar esquemas para induzir a aplicação do instituto da delação premiada, porém sob o controle e a ética dos próprios investigados, viciando a condução investigativa e a própria resposta penal ao ilícito.

Ainda, verificou-se a possibilidade de utilização da delação premiada como mecanismo de vingança do agente contra os seus antigos companheiros, assim como a institucionalização da traição pelo Estado. E, por fim, a certificação da ineficiência dada pelo próprio Estado em cumprir com suas obrigações inerentes de investigação, processamento e julgamento.

Conclui-se a análise com um alerta de se observar a aplicação do instituto de maneira a evitar a sua banalização ou o induzimento ao erro das autoridades públicas e, consequentemente, a redução da legitimidade representativa do Estado-juiz.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.nas.org/basicos/portugues/c.convencao_americaa.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoempilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em 15 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593.727. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>> Acesso em: 06 mar 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 95141-RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5407091/recurso-em-habeas-corpus-rhc-95141-rj>> Acesso em: 06 mar 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 34.233-SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@not-%2714718%27>>. Acesso em: 06 mar 2017.

CARDOSO, Fábio Fettercia. *A delegação premiada na legislação brasileira*. Disponível em: <<https://fabiofettercia.jusbrasil.com.br/artigos/174959721/a-delegacao-premiada-na-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A regra da obrigatoriedade da ação penal pública e as suas exceções no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 20 dez. 2016.



MOSSIN, Heráclito Antônio; Mossim, Júlio César O. G. *Delegação Processual – Aspectos jurídicos*. 2. ed. rev. e atual. Leme/SP: JH Mizuno, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Cursos de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Frederico Valvez. *Delegação Processual – Legitimidade e Procedimento*. 3. ed. Paraná: Jurua, 2016.