

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR

DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo:ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 27

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo Rua Riachuelo,

115, sala 532 – 5o andar – Centro – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3119-9517

esmp_revista@mpsp.mp.br

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Diretora

Tatiana Viggiani Bicudo
Procuradora de Justiça

Chefe de Gabinete

Cynthia Pardo Andrade Amaral
Promotora de Justiça

Assessoria

André Pascoal da Silva
Promotor de Justiça

Fabiana Dal'Mas Rocha Paes
Promotora de Justiça

Editora Responsável

Tatiana Viggiani Bicudo

Coordenador Editorial

André Pascoal da Silva

Arte da Capa

Cintya Eimy Kato



EXPEDIENTE

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Editora Responsável

Dra. Tatiana Viggiani Bicudo, Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Diretora da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP, Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Coordenador Editorial

Dr. André Pascoal da Silva, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Editor

Sr. Renato de Souza Marques Craveiro, Assessor do Ministério Público do Estado de São Paulo; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Conselho Editorial

Antonio André David Medeiros, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS

Antonio Sérgio Cordeiro Piedade, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT)

Bernadette Aubert, Facultá de Droit et Sciences Sociales – Université de Poitiers

Danti Juan Michel, Faculdade de Direito de Poitiers

Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal

Eduardo Augusto Salomão Cambi, Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor da UENP e UNIPAR, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte Pioneiro

Emerson Garcia, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro., Brasil.

Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Doutor em Direito pela PUC - SP. Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo,

Gilberto Giacóia, Universidade do Norte Pioneiro - Paraná

Gregório Assagra de Almeida, Pós-doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Hermes Zaneti Jr, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino (2014); Doutor em Direito pela UFRGS, Professor da UFES

Jean Pradel, Faculdades de Direito de Poitiers e de Montreal - França

Luiz Fernando Kazmierczak, Universidade do Norte Pioneiro - Paraná

Marita Teresa Giménez-Candela, Faculdade de Direito da Universitat Autònoma de Barcelona

Samuel Rodriguez Ferrandéz, Universidad de Murcia - Espanha

Linha Editorial

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo é classificada pela CAPES e está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas.

Os artigos científicos devem abordar preferencialmente o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito. Contudo a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

Possui as seguintes Seções Temáticas: I) Temas Interdisciplinares; II) Ministério Público; III) Ciências Criminais; IV) Tutelas Difusas e Coletivas; V) Teoria Geral do Direito, as quais englobam as linhas de pesquisa definidas pela Escola para o fomento da atividade de pesquisa científica.

A RJESMPSP é semestral, o recebimento de submissões se dá em fluxo contínuo e seu formato é online.

Processo de Avaliação pelos Pares

A avaliação dos trabalhos submetidos é realizada por meio do sistema denominado “double blind peer review”, no qual cada trabalho submetido é avaliado, de forma anônima, por dois pareceristas doutores.

Periodicidade

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público tem periodicidade semestral.

Política de Acesso Livre

Esta revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.

EDITORIAL

Toda publicação científica é, em alguma medida, uma expressão do tempo em que é produzida. Não porque se limite a registrar os acontecimentos de sua época, mas porque reflete as inquietações intelectuais que emergem das transformações sociais, institucionais e tecnológicas que desafiam o Direito e suas instituições. As revistas jurídicas desempenham, nesse contexto, papel que transcende a mera divulgação de pesquisas: constituem espaços de reflexão crítica, de intercâmbio de experiências e de construção coletiva do conhecimento.

A presente edição da Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo insere-se nesse propósito. Os trabalhos aqui reunidos abordam temas diversos, mas convergentes em um ponto fundamental: a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, pelo aperfeiçoamento das instituições públicas e pela constante atualização das categorias jurídicas diante das novas demandas da sociedade contemporânea.

As contribuições selecionadas transitam por temas centrais do debate jurídico atual. Os impactos da inteligência artificial na produção e validação da prova digital, os desafios da justiça penal consensual, os mecanismos de integridade e controle da Administração Pública, a eficiência administrativa, a atuação resolutiva do Ministério Público, a formação de seus membros, os limites constitucionais do exercício do poder punitivo estatal e a proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade revelam a amplitude das questões enfrentadas pelos operadores do Direito no século XXI.

Os estudos desenvolvidos por Edielma Rocha Dutra, Cássia Luize Ferreira da Silva e Greice Patrícia Fuller examinam os desafios decorrentes da incorporação de novas tecnologias aos sistemas de justiça. Thiago Maciel de Aguiar e Alden Mangueira de Oliveira oferecem importante contribuição ao debate sobre governança, integridade e controle da Administração Pública. Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Flávio Eduardo Turessi aprofundam a reflexão acerca dos limites e potencialidades da justiça penal consensual. Lucas Tavares Simão retoma a discussão sobre eficiência administrativa sob uma perspectiva constitucional e econômica.

Na mesma direção, Valter Moura do Carmo e Luciano Cesar Casaroti abordam o fortalecimento de uma atuação ministerial resolutiva e dialógica, enquanto João Gaspar Rodrigues convida à reflexão sobre a formação dos quadros institucionais em uma sociedade

democrática. Renee do Ó Souza examina criticamente a conformidade constitucional e convencional do regime disciplinar diferenciado, e Mariana Ferreira da Cruz Pires e Oswaldo Peregrina Rodrigues reafirmam a centralidade da proteção das pessoas incapazes como expressão concreta do compromisso constitucional com a dignidade humana.

A edição conta, ainda, com relevante contribuição internacional do Promotor de Justiça argentino Sandro Abraldes, que oferece reflexão instigante sobre a relação entre o juiz e a teoria do delito. O estudo propõe uma revisitação de temas clássicos da dogmática penal à luz das exigências contemporâneas de fundamentação das decisões judiciais, reafirmando a importância das construções teóricas como instrumentos de racionalidade, previsibilidade e controle do exercício da jurisdição. Em tempos de crescente complexidade dos sistemas de justiça, o diálogo com experiências estrangeiras mostra-se especialmente valioso para o aprofundamento da reflexão jurídica e para o fortalecimento das instituições democráticas.

Outro aspecto digno de destaque nesta edição é a consolidação do compromisso da Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo com a pluralidade acadêmica e a circulação nacional e internacional do conhecimento jurídico. Além da expressiva participação de autores vinculados ao Ministério Público paulista e a instituições de ensino e pesquisa do Estado de São Paulo, a presente edição reúne contribuições oriundas de diferentes regiões do país, com a participação de autores vinculados ao Tribunal de Contas da União, aos Ministérios Públicos do Amazonas, do Mato Grosso e do Tocantins, bem como à comunidade jurídica argentina, como já mencionado.

Essa diversidade não representa apenas um dado estatístico ou geográfico. Trata-se de uma opção editorial consciente, alinhada às melhores práticas de avaliação científica e ao compromisso institucional de promover a exogenia acadêmica. A circulação de ideias entre diferentes regiões, instituições e tradições jurídicas amplia os horizontes da pesquisa, favorece o intercâmbio de experiências e contribui para a construção de uma produção científica mais plural, crítica e representativa da complexidade da realidade brasileira e latino-americana.

Nesse cenário, a Escola Superior do Ministério Público de São Paulo reafirma sua vocação como espaço de formação, pesquisa e difusão do conhecimento, estimulando a produção científica de qualidade e fomentando o debate jurídico comprometido com os valores constitucionais, democráticos e republicanos que orientam a atuação do Ministério Público.

Mais do que oferecer respostas definitivas, os trabalhos publicados nesta edição cumprem uma das funções mais relevantes da pesquisa jurídica: formular questões relevantes,

problematizar consensos aparentes e contribuir para o aperfeiçoamento contínuo das instituições.

Enfim, reafirmar nosso compromisso com a diversidade, a erudição e a excelência acadêmicas.

São Paulo, junho de 2026.

Editora Responsável

Tatiana Viggiani Bicudo

Coordenador Editorial

André Pascoal da Silva

Organização e Revisão Editorial

Renato de Souza Marques Craveiro

SUMÁRIO

ARTIGOS DE CONVIDADOS

1. NUEVAS NOTAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y LA TEORÍA DEL DELITO.....12

ARTIGOS AVALIADOS

1. DIREITO PENAL, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E TECNOLOGIA: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA OBTENÇÃO E VALIDAÇÃO DE PROVAS DIGITAIS.....24
2. JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL, IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E OS LIMITES DA INGERÊNCIA JUDICIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....52
3. CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....85
4. A INTERVENÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846/13 SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....106
5. O PRINCÍPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA ECONÔMICA.....136
6. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DA PESSOA INCAPAZ.....149
7. RESOLUTIVIDADE EXTRAJUDICIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AGENTE PREVENTIVO E DIALÓGICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....174
8. RECRUTAMENTO, SELEÇÃO E FORMAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA.....203

NUEVAS NOTAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y LA TEORÍA DEL DELITO *

por Sandro Abraldes**

INTRODUCCIÓN

La teoría del delito ha sido, desde hace más de un siglo, el eje estructural del pensamiento penal. Su función original consistió en ofrecer un marco conceptual sistemático para ordenar y dar configuración a los presupuestos de la responsabilidad penal; y auspiciar que, de ese modo, se alcancen niveles satisfactorios de previsibilidad en las decisiones judiciales, con pretensión de eliminación de la arbitrariedad.

Sin embargo, en la práctica cotidiana, la pregunta que inevitablemente surge es: ¿hasta qué punto este entramado dogmático es útil para el juez de un caso?

Esta pregunta especialmente se intensifica cuando se trata de un juicio por jurados (arts. 24, 75 inc. 12 y 118 CN de Argentina).

1. LA TEORÍA DEL DELITO COMO SISTEMA

1.1 Origen y evolución: de la construcción dogmática al instrumento práctico

La teoría del delito surgió a modo de esfuerzo de sistematización dogmática en el siglo XIX. La finalidad era otorgar coherencia interna al derecho penal, un enfoque estratificado de

*Publicación original en español en RubinzalOnLine (<https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2177752/>) Cita 556/2025.

Retomo aquí con algunas consideraciones ya formuladas en dos artículos previos de mi autoría: “El juez y la teoría del delito”, publicado en El Dial.com - DCD64 y en Universidad – Verdad, Revista de la Universidad del Azuay, Cuenca, Ecuador, agosto 2012, pp. 177-190 ; y “El método de casos en la enseñanza en Derecho Penal”, en “Desafíos del sistema penal en tiempos de globalización: Libro homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce”, Ediciones Lerner, Córdoba, 1ª edición, 2017, ISBN 978-987-4041-21-0, pp. 19-25.

** Doctor en Derecho (UNED, Madrid, 2009). Director de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano. Director de la diplomatura “La teoría del delito. Explicada mediante casos” (6ª ed.) de la Universidad de Belgrano. Profesor adjunto regular del Depto. de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal General, por concurso, ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional, titular de la Fiscalía General nro. 29.

análisis racional, y evitar que cada caso se resolviera en función de intuiciones o soluciones casuísticas. Con el tiempo, esta arquitectura conceptual se consolidó en diversos modelos analíticos que, con matices, siguen siendo el lenguaje común de la disciplina.

1.2 Concepto y esencia

La teoría del delito es un conjunto sistematizado¹ de reglas de imputación², cuya esencia comprende la determinación de la pertenencia del comportamiento prohibido que lesiona o pone en peligro el bien jurídico a un sujeto que actúa u omite; y, a su vez, cuándo el resultado producido corresponde a esa acción u omisión. Es también central en ella el juicio de reproche al autor por su acto típico y antijurídico.

¹ Schünemann define al sistema científico como “ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia de que se trate”, y agrega que una “renuncia a toda construcción jurídica sistemática significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma”; Bernd Schünemann, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, introducción, traducción y nota de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31. Por su parte, enseña Hruschka, en la reciente versión castellana de uno de sus múltiples trabajos, que la expresión sistemático tiene dos significados. El primero de ellos indica que el dato le permitirá al investigador desembocar, con su actividad, en una teoría coordinada, articulada y comprensiva. La segunda acepción se refiere a las cualidades que debe revestir una investigación, y será tal (sistemática) si se procede de acuerdo con los métodos generalmente reconocidos y sus resultados son medidos según los criterios generalmente aceptados por la disciplina científica. Considera que la actual doctrina jurídico – penal no dispone de una teoría coordinada, articulada y comprensiva. Sin embargo, más adelante estima que en la doctrina jurídico penal el trabajo sistemático, en el segundo sentido de la expresión, conduce a una investigación sistemática en el primer sentido. Agrega que “construir sistemas de casos y establecer las condiciones de racionalidad de las propuestas de solución de los problemas que siguen en pie –ambas tareas, además, mediante conceptos claros y distintos y observando las reglas de la lógica, algo que debería darse por supuesto-, conducirá finalmente a una teoría coordinada, articulada y comprensiva también en nuestra materia. Es aquí donde resultan eficaces los postulados que no raramente los juristas aborrecen”; Joachim Hruschka, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico – penal?*, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 254 y 269. Para Silva Sánchez, la afirmación de que la dogmática de la teoría del delito emplea un método sistemático admite cuatro concreciones distintas: 1. En el sentido del método filosófico racional de Kant; 2. Como método de interpretación: sistemática; 3. En cuanto guía para la práctica judicial; y 4. Como medio para la enseñanza del Derecho; Jesús María Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, capítulo 8, 34, p. 588. Pawlik alude al fracaso del llamado “modelo clasificatorio”. Se pregunta “¿Pero cómo quiere un método que se contenta con nombrar a los elementos individuales que conjuntamente habrían de caracterizar al delito pensar en la unidad de su objeto?”. Párrafos más adelante señala, a favor de la necesidad de precisar un concepto de delito que “quien afirma que un delito se compone de los elementos 1, 2 y 3 no está realizando en sentido estricto una manifestación sobre el concepto de delito, sino solo sobre sus elementos. Un pensamiento tal puede corresponderse con la teleología del proceso penal, pero no satisface las exigencias de una teoría general del delito sistemáticamente ambiciosa”; Michael Pawlik, *El Injusto del Ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, traducción de Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman y Hernán Orozco López, Universidad Externado de Colombia – Editorial Atelier, Bogotá – Barcelona, 2023, pp. 184-185.

² Edgardo A. Donna, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*, Astrea, 1995, t. II, p. VII.

Basada en el más elemental principio de Justicia, en el sentido de dar a cada uno lo suyo (lo que en Derecho Penal se proyecta en la aspiración de que cada quien debe responder por lo que es obra propia y no ajena³), procura mediante un sistema de principios -lo más cerrado posible⁴- indicar al Juez cómo resolver, de modo científico y con un satisfactorio estándar de justicia, un caso penal.

Estas reglas de la imputación conforman un sistema de máximas propio, constitutivo de un sistema axiomático deductivo, es decir, trata de una serie de reglas fundamentales (axiomas) de las cuales y mediante deducción va a establecer todo lo demás⁵.

³ Muy enriquecedores son ciertos pasajes del libro de Donna: “Imputar una acción a alguien es atribuirle tal acción como su verdadero autor –por así decirlo- en su cuenta y convertirlo en responsable de ello”; agrega que “se trata de una relación entre la atribución, la acción y su autor. Este poner la acción en su cuenta tiene un significado riquísimo que se nota en los distintos idiomas. La palabra viene del latín *putare, imputare*, que son tributarias de la ‘cuenta’. En alemán la expresión es *Zurechnung*, que se relaciona con hacer responsable al hombre por su acción o por el resultado de su acción, y en el inglés *accountable*, que tiene que ver con ‘responsable’. Esto implica que la palabra ‘imputar’ hace al problema de los méritos y deméritos de las acciones, como un libro contable con dos entradas: crédito y débito, positivo y negativo”; Edgardo A. Donna, *Derecho Penal: parte general. Fundamentos – teoría de la ley penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, t. I, pp. 20-21. La idea de imputar como sinónimo de “cargar en la cuenta” resulta muy útil para explicar la idea de responsabilidad por el hecho propio: así como el comensal en un restaurant espera que sólo le sea cargado en su cuenta lo por él consumido –y no el champagne bebido en la mesa que está a su lado-, la persona –en Derecho penal- debe responder únicamente de por el hecho propio –salvo, claro está, que, por ejemplo, el hecho propio consista en la vigilancia de un hecho ajeno-

⁴ Schünemann plantea que en lugar de un sistema axiomático, que en su opinión no es realizable ni deseable, debe darse un “sistema abierto”, de modo que no se vea obstaculizado el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; agrega que, para ello, se precisa de “materiales elásticos”. Y específicamente alude a la indeterminación del lenguaje ordinario (a través de su porosidad y vaguedad) para ser aprovechada a fin de garantizar la necesaria apertura del sistema, mientras que por otro lado, los elementos del sistema precisados en sentido jurídico se cuidaban de la ordenación y canalización de los puntos de vista valorativos admitidos y del mantenimiento de un contenido jurídico asentado. Por último, explica que la opción por un “sistema abierto del Derecho penal” implica que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento y que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos “por el mismo raser” -es decir, con rigurosa igualdad-, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado; Schünemann, *Introducción al razonamiento ...*, pp. 35, 36 y 37. Hruschka (*¿Puede ...*, p. 254) explica que con la expresión “sistema abierto o flexible” no se indica sólo que nuestras reflexiones e investigaciones no están todavía cerradas, sino que operan más bien sobre la base de que el objeto del saber jurídico cambia sin cesar; y agrega: “mejor dicho: no sólo es que cambie nuestro conocimiento de dicho objeto o la perspectiva desde la que lo contemplamos, sino que el objeto mismo del saber jurídico debe modificarse, porque más o menos imperceptiblemente cambian los sistemas político y social que producen el objeto del saber jurídico, el Derecho”. Pawlik entiende que “la teoría general del delito no puede conformarse con asumir las categorías fundamentales habituales y permitir las innovaciones solo en el marco dadas por ellas. Si se ocupa de la tarea de desdoblar lo que se encuentra comprimido en una compleja fórmula en el concepto de delito, no debe evitar poner aquellas mismas categorías en discusión”; Pawlik, *op. cit.* p. 187.

⁵ Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 106. Schünemann (*Introducción al razonamiento ...*, p. 35) se opone férreamente a la idea de orientar el sistema al modelo axiomático – matemático, según el cual la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales (axiomas) de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados por los medios de la lógica deductiva y que deben cumplir las tres exigencias básicas de *ausencia de contradicción* (ningún axioma puede contradecir a otro), *independencia* (ningún axioma puede ser derivable de otro) y *plenitud* (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas); ello por cuanto estas condiciones no han sido cumplidas hasta ahora por la ciencia jurídica, y ni siquiera pueden serlo, dada la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos útiles a su ordenación.

Las reglas de imputación, a diferencia de las reglas de comportamiento (que se caracterizan por tratarse de prescripciones o prohibiciones dirigidas al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o bien son reglas permisivas que indican al sujeto lo que está permitido hacer o dejar de hacer), sólo poseen una función en la retrospectiva y se dirigen primariamente a la persona que juzga con posterioridad el hecho⁶.

1.3 La teoría del delito: utilidad forense

La teoría del delito suele concebirse como un edificio conceptual de utilidad primordialmente académica. Sin embargo, su verdadero valor se aprecia en el terreno práctico: constituye el andamiaje que permite racionalizar la imputación penal, asegurar la vigencia del principio de legalidad y ofrecer al sistema judicial un método de decisión controlable y comunicable

La labor dogmática permite al Juez contar con un sistema de soluciones jurídicas mucho más coherentes, completas, precisas y adecuadas valorativamente que el material suministrado –en crudo- por el Legislador⁷.

En el Derecho, además del texto legal, quedan comprendidas las reglas de atribución de sentido, de valoración y de imputación, referidas de modo muy general y fragmentario en las propias leyes. Dichas reglas se construyen y elaboran “por la jurisprudencia de los altos tribunales y, sobre todo, por la doctrina académica. Así pues, esta última desempeña un papel fundamental de guía de la actividad judicial en busca de una *lex specialis* justa aplicable al caso”⁸.

Es que la labor de la dogmática jurídico-penal “... hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación.

De otra opinión, Hruschka (*¿Puede ...*, p. 269) , para quien cabe “axiomatizar la doctrina general del delito y expresarla en una doctrina cerrada, libre de contradicciones y que incluya todos sus aspectos parciales, manteniendo los axiomas entre sí lo más independiente que sea posible”.

⁶ Joachim Hruschka, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, traducción de Francisco Baldó Lavilla, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 28-29.

⁷ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, 2ª edición, pp. 326-7 y 338.

⁸ Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 15, p. 449.

Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite”⁹.

Entonces, se contribuye a la elaboración del sistema¹⁰.

Y precisamente como el término “dogmática” se deriva de la palabra “dogma” -por cuanto para el intérprete los preceptos del Derecho positivo son como un dogma al que tiene que ceñirse ineludiblemente¹¹-, resulta indispensable la referencia a la regulación vigente¹².

⁹ Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3ª edición, p. 518.

¹⁰ José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, Tecnos, Madrid, 6ª edición, Madrid, 2004, p. 71.

¹¹ Cerezo Mir, *Obras Completas ...*, vol. 1, p. 92. Cabría preguntarse si, en cuanto los preceptos del derecho positivo se constituyen en “dogmas”, podría adoptarse una postura discrepante a su respecto y, en su caso, qué lugar ocupa la opinión crítica. Un desarrollo profundo y sumamente interesante al respecto puede hallarse en una de las más resonadas investigaciones de Silva Sánchez, quien llega a la conclusión de la dogmática en su actividad de construcción, sobre todo en lo referente a la teoría del delito, es significativamente “libre” respecto de las regulaciones del Derecho positivo; Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1992, pp. 103-122. La parte pertinente destaca muy especialmente que los autores de corriente finalista representan una manifestación anti-positivista, a partir de la consideración de que el positivismo jurídico condena a la ciencia del Derecho penal al “provincianismo” (p. 107). Sin duda fue “Welzel quien acentuó posteriormente que el principio metodológico del finalismo hace posible la creación, en la dogmática del Derecho penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su validez general, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos”, Hans Joachim Hirsch, *Acerca de la crítica al finalismo*, traducción de Eduardo Demetrio Crespo y Daniel R. Pastor, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de modernidad*, Hans Joachim Hirsch – José Cerezo Mir – Edgardo Alberto Donna (directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 132. Comparto con Silva Sánchez que lo decisivo es la elaboración racional del sistema. Silva afirma que “el Derecho positivo conforma tan sólo el marco externo – obligado por el principio de legalidad- de las construcciones dogmáticas, pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de impedir las construcciones de lege lata que desborden el marco de los sentidos posibles de los términos de la ley. Con todo el grado de vinculación de la ley sobre las elaboraciones de la dogmática es sustancialmente diferente en lo relativo a las construcciones de la Parte Especial (dogmática de los delitos en particular) y de la Parte General (teoría general del delito). Así, mientras que en aquéllas las descripciones típicas establecen un marco significativamente estrecho que limita las elaboraciones doctrinales posibles, en la Parte General, y en la obra dogmática por excelencia, la teoría del delito, las cosas son diferentes. El grado de la vinculación ejercida aquí por el Derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas, y criterios argumentativos” (pp. 118-119). Y más adelante concluye: “el objeto central de la dogmática (...) no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino, más bien, un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico – estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexiones lógicas y axiológicas” (p. 121). No obstante, considero que hay decisiones del legislador que conforman una valla infranqueable a la hora de hacer dogmática, por ejemplo, el contenido general de lo prohibido, que debe ser extraído de las disposiciones generales que regulan la tentativa de delito.

¹² Gimbernat Ordeig (*Concepto y método ...*, p. 36) explica que el objeto de la ciencia del Derecho Penal es la ley positiva jurídico penal, es decir, la determinación de cuál es el contenido del Derecho penal; en otras palabras, qué

1.4 Función de la teoría del delito: racionalidad, control y previsibilidad

La teoría del delito cumple al menos tres funciones esenciales:

- **Racionalidad**, porque permite pensar el delito como una estructura ordenada en elementos;
- **Control**, en tanto limita la discrecionalidad de jueces y fiscales¹³; “el recurso por parte del juez a los conceptos y reglas del sistema dogmático resulta decisivo como garantía de seguridad jurídica, imparcialidad e igualdad”¹⁴.
- **Previsibilidad**, al ofrecer un lenguaje compartido que hace más transparente la aplicación de la ley penal.

1.5 Principales críticas: formalismo, rigidez y desconexión con los casos

No obstante, también se le han formulado objeciones. Se le adjudica, en ocasiones, su excesivo formalismo, que corre el riesgo de abstraerse de las particularidades del caso concreto¹⁵.

Asimismo, se advierte que su rigidez podría generar un divorcio entre dogmática y realidad, reproduciendo soluciones poco sensibles a la complejidad de los conflictos sociales. El cierre sobre sí misma de la propia teoría ha llevado a priorizar, en ocasiones, la coherencia por sobre la justicia del caso¹⁶.

Es precisamente Binder quien mejor se ha detenido, recientemente, en algunas observaciones críticas que interpelan a toda la Administración de Justicia e incluso a la

es lo que el Derecho penal dice. Con cita textual de Engisch (*Wahreit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchener Universitätsreden, Neue Folge*, tomo 35, 1963, p. 7), agrega: “La problemática auténtica del “descubrimiento de la verdad” sólo empieza en el pensamiento jurídico cuando de lo que se trata es de la aplicación del Derecho expuesto en los datos positivos prescritos a la multitud de datos de la vida” y concluye que lo que el dogmático tiene que averiguar es si está y en qué modo, regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal; al hacerlo, finaliza, “hace la ciencia del Derecho penal”.

¹³ Rafecas explica que está destinada no sólo al jurista sino especialmente a todos los operadores jurídicos del sistema penal; Daniel Rafecas, *Derecho Penal sobre bases constitucionales*, ediciones Didot, Buenos Aires, 2021, p. 177.

¹⁴ Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 18, p. 450.

¹⁵ Entre otras, se alude a la banalización de la teoría del delito, “que se detiene en problemas inexistentes, en lugar de buscar impactar, como constituye su mejor tradición, en el funcionamiento real de la justicia penal”; Alberto M. Binder, *Derecho Procesal Penal, Ad – Hoc*, Buenos Aires, 2021, t. V, p. 484.

¹⁶ Binder, t. V, pp.. 464 y 468.

Academia, de modo muy consistente¹⁷. Se habla, entonces, de la necesidad de una teoría del delito orientada al litigio¹⁸.

Es que un sistema dogmático que -pese a su racionalidad formal- impida la Justicia del caso, “incumple su vocación decisiva”¹⁹.

1.6 El “caso por caso” de los tribunales

Es frecuente escuchar en los tribunales, sobre todo puertas adentro, que “cada caso es un mundo”, y que “una cosa es la teoría y otra es la práctica”²⁰, y que dicho contexto exige una “solución para cada caso”²¹.

¹⁷ Explica este autor que “lo que es rechazable en la teoría del delito de base alemana no es la precisión de los conceptos, todo lo contrario, es su creencia en que la ordenación secuencial de esos conceptos, y los problemas que ella genera, presentados como problemas de “ubicación sistemática”, son relevantes para que ella cumpla su función práctica”. Más adelante vuelve sobre ello: “no debemos aceptar de un modo completo ninguna de las dos tendencias. No se puede renunciar a la racionalidad (coherencia y consistencia)”; Binder, t. V, pp. 460 y 468. Las consideraciones de Binder trazan, además, una vinculación entre la evolución de versiones de teoría del delito y modelos procesales.

¹⁸ Binder, t. V, p. 471. El autor agrega que “en una visión integrada del sistema de garantías que funcionan como requisito de verificabilidad y que se debe ordenar no en la vieja secuencialidad del procedimiento mixto, sino en el modo más adecuado para fortalecer esa función de garantía en el contexto del litigio adversarial, destacando los momentos analíticos que contiene el mismo litigio” (p.485)

¹⁹ Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 19, p. 450.

Vuelve sobre el punto en páginas siguiente, al afirmar, que “un sistema que no contribuya a una solución más justa de los casos resulta estéril” (capítulo 8, 42, p. 592).

²⁰ Debe quedar claro, asimismo, que hacer dogmática penal no es equivalente a citar una docena de autores extranjeros en una resolución judicial. También es frecuente encontrar hilos argumentales distintos para fundamentar; como dice Puppe, si ellos no son desarrollados sucesivamente, el entrecruzamiento de unos con otros mediante un enredo de frases sólo puede aspirar a mantener un hilo argumental allí donde el otro resulta frágil, lo que funcionaría muy bien en el caso de una cuerda o de una soga, pero no de una argumentación jurídica; Ingeborg Puppe, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 108. En ocasiones, aparecen citados en resoluciones judiciales, y para una misma conclusión, autores de pensamiento diametralmente opuesto. Ello solo suele venir a justificar conclusiones tomadas intuitiva y previamente. Lo aconsejable es, en mi modesta opinión, el establecimiento de un sistema, de una teoría del delito –que claro está, no tiene que ser de factura propia-, que aplicada al caso, permita extraer soluciones. El procedimiento inverso, de uso habitual, se da del siguiente modo: judicialización del caso – adopción intuitiva de la solución – investigación documental para dotar de ropaje científico a la solución. Esto también aplica a la actividad de las partes litigantes. “Confiar y abandonarse a la intuición y al talento es un error que, por lo general, acaba en una sentencia desfavorable para el abogado que confía en podrá improvisar sobre la marcha”; Binder, t. V, p. 490. Entonces, “el argumento dogmático pretende apelar a la lógica del sistema en términos generales o, de modo más común, a la lógica de una de las categorías del sistema o de una institución dentro de una categoría determinada”. Concluye Silva Sánchez su exposición profunda al afirmar que la dogmática “constituye un contrapeso de la intuiciones que suscita el caso en particular -de la tópica-”; Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 7, 134, p. 566.

²¹ Aguda, y con gran dosis de ironía, es la pregunta que el prof. Donna suele hacer en sus clases ante la respuesta que con frecuencia se deriva del planteo de un problema: “habría que ver caso por caso” o “depende del caso”; “pues bien, ¿qué criterio usará cuando ya le haya llegado el caso?”.

Este enfoque, en parte, recuerda al pensamiento problemático, algo que, por cierto, no es nuevo.

Está muy difundida la posición de Viehweg, quien propuso sustituir el pensar sistemático, por un pensar tópico, técnica del pensamiento problemático²².

El procedimiento de la tóptica consiste en el abordaje de los problemas de la mano de los distintos puntos de vista, que pasan a integrarse en determinados catálogos o listas de *topoi*, una suerte de “repertorios de puntos de vista”²³.

Por mi parte, estoy en desacuerdo con tal metodología. La complejidad de los supuestos que puedan plantearse no debe conducir a la renuncia en la formulación de parámetros dogmáticos que respondan a premisas generales, que obren a su vez de base de la teoría del delito.

Es cierto que en el caso no debe olvidarse la vinculación al “problema”²⁴. Coincido en que es productiva y posible hasta un cierto grado una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático²⁵.

Pero el pensamiento exclusivamente problemático lleva en sí el peligro de perder de vista la conexión sistemática de todo el conocimiento jurídico penal.

En mi opinión, una esencia representativa de la crítica al pensamiento problemático se halla implícitamente en la narración contenida en “Funes el memorioso”, donde se señala que

²² Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez – Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964.

²³ Viehweg, *Tópica ...*, p. 53. Agrega el autor (pp. 129-130) que para ello son necesarios tres presupuestos: “1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla”.

²⁴ Con motivo de la crítica a la tóptica jurisprudencial propuesta por Viehweg, Gimbernat Ordeig toma posición, en lo que estimo resulta un intento por conciliar ambos extremos posibles: “La dogmática jurídica debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente. (...) La tarea del penalista consiste en ir superando las aparentes contradicciones que surgen de las soluciones de los distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema. En un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre como susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas. Lo dicho no significa que las consideraciones sistemáticas carezcan en absoluto de valor, ni mucho menos; pero necesitan constantemente ser confirmadas en el problema; cuando no lo sean, habrá que preguntarse inmediatamente si el fallo no reside en el sistema de impide una solución adecuada al problema jurídico penal”; Gimbernat Ordeig, *Concepto y método*, pp. 106-107.

²⁵ Binder, t. V, p. 462, quien más adelante agrega que “por lo tanto, lo tópico es el litigio y la función práctica de la dogmática penal consiste en construir la mayor cantidad y calidad posible de herramientas limitadoras para cada litigio. Esto también vale para los requisitos de verificabilidad” (p. 469). Silva Sánchez explica que la actividad realizada en el marco de un proceso tiene por objeto un caso concreto, en el que se “advierde la tensión derivada de un conflicto de pretensiones que el juez debe resolver precisamente conforme a Derecho. Por eso, el discurso procesal es distinto del debate académico. Este último puede verse, con todos los matices que se quiera, como un ejemplo de deliberación republicana, esto es, como un diálogo horizontal -sincero, transparente y argumentado- de los participantes”. Jesús María Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, pp. 445-6.

Funes “...no lo olvidemos, era casi incapaz de ideas generales, platónicas. No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico perro abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente) [...] Había aprendido sin esfuerzo el inglés, el francés, el portugués, el latín. Sospecho, sin embargo, que no era muy capaz de pensar. Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos”²⁶.

2. LA TEORÍA DEL DELITO EN EL JUICIO POR JURADOS: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

El juicio por jurados introduce un escenario novedoso para la teoría del delito.

A diferencia de los tribunales técnicos, donde los jueces comparten el bagaje conceptual de la dogmática penal, en el juicio popular la decisión recae en ciudadanos sin formación jurídica.

En el marco del juicio por jurados, la situación se complejiza. El juez, depositario de la dogmática, no decide sobre los hechos, pero debe orientar al jurado lego mediante instrucciones que traduzcan categorías jurídicas de gran densidad teórica en pautas claras de deliberación. La interacción entre teoría del delito, juez y jurado se convierte, entonces, en un campo privilegiado para examinar la utilidad real de la dogmática penal.

El momento decisivo es la redacción y lectura de las instrucciones. Allí, la teoría del delito debe hacerse comprensible sin traicionar su esencia.

El desafío consiste en lograr un lenguaje pedagógico y fiel a la dogmática, que oriente al jurado en su valoración de los hechos sin inducirlo a confusiones ni simplificaciones engañosas.

El juicio por jurados revela, quizá con más nitidez que otros modelos procesales, que la teoría del delito no es un juego intelectual reservado a especialistas. Es un instrumento práctico de racionalidad y garantía, que se activa en el trabajo del juez y se proyecta, mediante las instrucciones, hacia el jurado popular.

²⁶ Jorge Luis Borges, *Funes el memorioso*, en *Ficciones*, Emecé, 57ª impresión, 2000, pp. 171-172. Explica Pawlik que “quien no conoce la estructura interna de conceptos complejos, sus elementos parciales y la relación establecida entre estos, bien mirado, conoce muy poco: sus afirmaciones se basan más en intuiciones que en un conocimiento racionalmente demostrable”; Pawlik, *op. cit.*, p. 183.

En este escenario, la dogmática penal se convierte no solo en una herramienta de análisis, sino también en un recurso pedagógico: permite que la Justicia sea, a la vez, técnicamente correcta y democráticamente comprensible. De allí que la función del juez en cuanto articulador entre la dogmática y el jurado resulte decisiva para la legitimidad del modelo.

El juez debe encontrar un equilibrio didáctico: mantener el núcleo normativo de la teoría del delito, pero expresarlo en un lenguaje claro, ilustrativo y respetuoso de la capacidad de comprensión ciudadana.

II. También se plantea un especial desafío para las partes: preservar la solidez de su teoría del caso y, simultáneamente, comunicarla de manera accesible.

En este contexto, la teoría del delito conserva toda su utilidad, pero exige un plus de ejercicio de conversión y accesibilidad.

Categorías como dolo, culpa, imputación objetiva o estado de necesidad deben ser transformadas en relatos sencillos y ejemplos concretos que el jurado pueda comprender sin deformar el contenido jurídico. La capacidad de las partes para construir narrativas basadas en la dogmática, pero expresadas en lenguaje cotidiano, se vuelve decisiva.

Asimismo, el juicio por jurados potencia la dimensión garantista de la teoría del delito. Al estructurar su posición con base en los elementos típicos, antijurídicos y culpables, las partes deben evitar recurrir a apelaciones meramente emocionales o intuitivas, demostrando que cada pretensión se apoya en razones jurídicas verificables. De este modo, la teoría del delito no sólo guía la estrategia procesal, sino que también contribuye a legitimar el veredicto del jurado, al mostrar que su decisión se funda en criterios de racionalidad jurídica.

III. Por último, el juicio por jurados expone a una exigencia de renovado dinamismo de la teoría del delito. Lejos de ser un esquema abstracto reservado a los manuales y tratados, se convierte en una herramienta viva, que organiza las teorías del caso de las partes y la actividad judicial que prepara al jurado para su veredicto.

La dogmática penal, entonces, no se debilita en este foro popular, sino que adquiere una nueva dimensión práctica: se vuelve el puente entre el conocimiento técnico y la deliberación ciudadana, y contribuye así, de modo muy consistente, a la legitimidad democrática del proceso penal.

Sólo así la dogmática se convierte en verdadero instrumento de Justicia: es garantía frente a los excesos y vehículo de racionalidad en un proceso donde la verdad de la acusación debe ser explicada y corroborada, no sólo afirmada.

²⁷ Rafecas alude, con pertinencia, a la idea de “herramienta conceptual”; Rafecas, *op. cit.*, p.177.

REFERENCIAS

- BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021. t. V.
- BORGES, Jorge Luis. Funes el memorioso. In: BORGES, Jorge Luis. *Ficciones*. 57. reimp. Buenos Aires: Emecé, 2000. p. 171–172.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general I: introducción*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- DONNA, Edgardo A. *Derecho penal: parte general: fundamentos – teoría de la ley penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. t. I.
- DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo. In: CEREZO MIR, José; HIRSCH, Hans Joachim; DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenario de su nacimiento*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 132
- DONNA, Edgardo A. *Teoría del delito y de la pena: imputación delictiva*. Buenos Aires: Astrea, 1995. t. II.
- ENGISCH, Karl. *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*. München: Max Hueber, 1963. (Münchener Universitätsreden, Neue Folge, Heft 35).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al finalismo. Traducción de Eduardo Demetrio Crespo y Daniel R. Pastor. In: CEREZO MIR, José; HIRSCH, Hans Joachim; DONNA, Edgardo Alberto (dir.). **Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad: homenaje en el centenario de su nacimiento**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 132.
- HRUSCHKA, Joachim. ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico penal? Traducción de Pablo Sánchez Ostiz. In: SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo (ed.). *Imputación y Derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005. p. 254–269.
- HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Traducción de Francisco Baldó Lavilla. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (ed.). **Imputación y Derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación**. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005. p. 28–29.
- PAWLIK, Michael. *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito*. Traducción de Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman y Hernán Orozco López. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Barcelona: Atelier, 2023.

PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*. Traducción de Percy García Caverro. Granada: Comares, 2001.

RAFFECAS, Daniel. *Derecho penal sobre bases constitucionales*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (coord.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 31–93.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2025.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.

DIREITO PENAL, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E TECNOLOGIA: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA OBTENÇÃO E VALIDAÇÃO DE PROVAS DIGITAIS

CRIMINAL LAW, INFORMATION SOCIETY AND TECHNOLOGY: ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE ACQUISITION AND VALIDATION OF DIGITAL EVIDENCE

Edielma Rocha Dutra

Pós-graduada em Direito Processual Penal pela Instituto Damásio de Direito/IBMEC, Mestre em Direito da Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas e Oficial de Promotoria no Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP).

edielmadutra@mpsp.mp.br

Cássia Luize Ferreira da Silva

Mestre em Direito da Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas e Advogada.

cassialuize01@gmail.com

Greice Patrícia Fuller

Pós-Doutora em Direito Ambiental pela Universidade de Navarra/Espanha, Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP),

Professora do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e da Graduação das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) e Líder do Projeto de Pesquisa Efetividade jurisdicional estatal certificado pelo CNPq do Programa em Direito da sociedade da informação.

greice.fuller@fmu.br

RESUMO

O presente artigo analisa a intersecção entre o Direito Penal e a Inteligência Artificial (IA) no contexto da Sociedade da Informação. Com o avanço da tecnologia digital, a IA emerge como uma ferramenta valiosa para a obtenção e validação de provas digitais, prometendo aumentar a eficiência do sistema de justiça criminal. No entanto, seu uso também traz desafios éticos e legais, como o viés algorítmico e a proteção dos direitos individuais. A pesquisa aborda diretrizes estabelecidas, como o Regulamento de Inteligência Artificial da União Europeia nº 2024/1689 e a Resolução nº 332/2020 do CNJ e discute a importância da regulamentação e da capacitação dos profissionais do Direito. Para isso, foi adotado o método dedutivo reflexivo-

crítico, que envolveu uma ampla pesquisa bibliográfica, incluindo a análise de artigos acadêmicos, teses, legislação pertinente e a avaliação da jurisprudência relacionada ao tema.

Palavras-chave: Direito Penal - Inteligência Artificial - Sociedade da Informação – Ética - Regulamentação.

ABSTRACT

This article analyzes the intersection between Criminal Law and Artificial Intelligence (AI) within the context of the Information Society. With the advancement of digital technology, AI emerges as a valuable tool for obtaining and validating digital evidence, promising to increase the efficiency of the criminal justice system. However, its use also brings ethical and legal challenges, such as algorithmic bias and the protection of individual rights. The research addresses established guidelines, such as the European Union Artificial Intelligence Regulation No. 2024/1689 and CNJ Resolution No. 332/2020 and discusses the importance of regulation and the training of legal professionals. To achieve this, a reflective-critical deductive method was adopted, involving extensive bibliographic research, including the analysis of academic articles, theses, relevant legislation, and an evaluation of the jurisprudence related to the topic.

Keywords: Criminal Law - Artificial Intelligence - Information Society – Ethics – Regulation.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a Sociedade da Informação transformou radicalmente a forma como os dados são gerados, armazenados e processados. Essa revolução tecnológica não apenas alterou dinâmicas sociais e econômicas, mas também impactou profundamente os sistemas de justiça, em especial o Direito Penal. A crescente digitalização do cotidiano traz à tona novos desafios e oportunidades, uma vez que a tecnologia é cada vez mais utilizada como ferramenta para a investigação e a prova de delitos. Nesse contexto, a Inteligência Artificial (IA) se destaca como um recurso promissor para a coleta e análise de provas digitais, oferecendo soluções que prometem aumentar a eficiência e a precisão nas ações judiciais.

A utilização da IA no Direito Penal é respaldada por diretrizes éticas e legais que buscam assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a transparência nos processos judiciais. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 332/2020, estabelece parâmetros para o uso responsável da IA no Judiciário, enfatizando a importância da supervisão humana e da explicabilidade dos sistemas. Contudo, a implementação da IA no sistema de justiça não é isenta de controvérsias, justificando a análise do tema sobre obtenção

e validação das provas digitais. Questões como o viés algorítmico, a proteção da privacidade e a responsabilidade em decisões automatizadas levantam preocupações sobre o impacto da tecnologia na equidade e na justiça, desafiando a integridade do sistema penal.

Diante desse cenário, o objetivo deste artigo é explorar as interações entre a IA e o Direito Penal, examinando não apenas as vantagens e inovações que essa tecnologia pode trazer, mas também os riscos e desafios que devem ser enfrentados. Ao analisar como a IA pode ser utilizada na obtenção e validação de provas digitais, bem como as implicações éticas de sua aplicação, busca-se contribuir para o entendimento das tendências atuais e futuras no campo do Direito, promovendo um debate necessário sobre a utilização responsável da tecnologia no sistema de justiça. Assim, é fundamental que profissionais do Direito, legisladores e a sociedade em geral estejam preparados para lidar com as complexidades introduzidas pela IA, assegurando que os avanços tecnológicos sirvam para fortalecer, e não para fragilizar, os princípios fundamentais da justiça.

Pretende-se responder o seguinte problema de pesquisa: quais são os principais desafios éticos e legais associados à utilização da Inteligência Artificial na obtenção e validação de provas digitais no Direito Penal? Este questionamento é crucial, uma vez que a crescente adoção de tecnologias de IA no sistema de justiça levanta preocupações sobre a transparência, a responsabilidade e a proteção dos direitos individuais. À medida que algoritmos e sistemas automatizados se tornam ferramentas cada vez mais presentes em investigações criminais, é fundamental analisar como esses avanços podem afetar a imparcialidade e a legitimidade das decisões judiciais, além de garantir que os princípios fundamentais da justiça sejam respeitados.

Para abordar essa questão, foi utilizado o método dedutivo reflexivo-crítico, que envolveu uma ampla pesquisa bibliográfica, envolvendo a análise analítica de artigos acadêmicos, teses, legislação pertinente, bem como a avaliação de jurisprudência relacionada ao tema.

O artigo foi dividido em três seções, quais sejam: 1) Introdução à inteligência artificial no Direito Penal; 2) Métodos de obtenção e validação de provas digitais; e 3) Implicações e desafios da integração da IA na obtenção e validação de provas digitais.

1. INTRODUÇÃO À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PENAL

1.1. Tipos de inteligência artificial e o marco regulatório europeu

A doutrina mais atualizada aponta diversos tipos de Inteligência Artificial (IA), classificadas de acordo com seu nível de sofisticação, capacidade e usos. No entanto, apontam-se como principais as seguintes: Inteligência Artificial Estreita (ANI), Inteligência Geral Artificial (AGI) e Superinteligência Artificial (ASI).

A Inteligência Artificial Estreita (ANI), também conhecida como IA fraca, é projetada para executar tarefas específicas, não sendo capaz de aprender além das suas capacidades programadas. Exemplos: Alexa da Amazon e Siri da Apple, que usam reconhecimento de fala; Netflix e outras plataformas de *streaming*, que usam dados do usuário para fornecer recomendações personalizadas; etc. Também é utilizada em vários setores profissionais (saúde, finanças, fábricas, atendimento ao cliente e segurança). A Inteligência Artificial Super (ASI) opera além do nível de inteligência humana, sendo capaz de superar os seres humanos em potencialmente todos os campos do conhecimento e atividade. No entanto, atualmente é um conceito hipotético, pois nenhum sistema ainda alcançou a ASI. Apesar disso, é um tópico de muita discussão e debate no campo da IA. A Inteligência Artificial Geral (AGI), também conhecida como IA forte, tem como objetivo realizar tarefas intelectuais da mesma forma que um ser humano pode. Assim, visa a aprender e a se adaptar a novas situações, assim como uma pessoa faria, e não se limita a uma tarefa ou área específica, podendo ser aplicada em diversos campos. Por fim, a Inteligência Artificial Super (ASI) opera além do nível de inteligência humana, sendo capaz de superar os seres humanos em potencialmente todos os campos do conhecimento e atividade. No entanto, atualmente é um conceito hipotético, pois nenhum sistema ainda alcançou a ASI. Apesar disso, é um tópico de muita discussão e debate no campo da IA.¹

Ademais, o Regulamento de Inteligência Artificial da União Europeia (Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024), que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial, é o primeiro ato legislativo do mundo em matéria de inteligência artificial. Visa a garantir que os sistemas de IA são seguros, éticos e

¹ UNIVERSITY OF WOLVERHAMPTON. *What are the different types of artificial intelligence?* 2023. Disponível em: <https://online.wlv.ac.uk/>. Acesso em: 11 out. 2024.

confiáveis. As regras impõem obrigações aos fornecedores e aos responsáveis pela implantação de tecnologias de IA e regulam a autorização de sistemas de inteligência artificial no mercado único da UE.

O Regulamento de IA da UE classifica os sistemas de inteligência artificial em quatro níveis de risco: risco mínimo ou nulo, onde a maioria dos sistemas, como jogos baseados em IA e filtros de *spam*, não são regulamentados; risco limitado, que inclui sistemas como chatbots e geradores de conteúdo, exigindo transparência para informar os usuários sobre a origem gerada por IA; risco elevado, que abrange sistemas usados em diagnósticos médicos, condução autônoma e identificação biométrica, necessitando de testes rigorosos, transparência e supervisão humana para operar no mercado da UE; e risco inaceitável, que proíbe sistemas que ameaçam a segurança ou direitos humanos, como manipulação cognitivo-comportamental e reconhecimento facial em tempo real por autoridades, exceto em casos específicos. Além disso, modelos de IA de finalidade geral, que podem executar diversas tarefas, estão sujeitos a requisitos de transparência se não apresentarem riscos sistêmicos, enquanto aqueles que apresentam tais riscos devem seguir regras mais rigorosas.²

Enquanto primeiro ato legislativo do mundo que regula a IA, as regras da UE poderão estabelecer uma referência mundial na regulamentação da IA, tal como aconteceu com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) para a privacidade dos dados, promovendo uma inteligência artificial ética, segura e fiável em todo o mundo.

1.2. Intersecção da sociedade da informação e a criminalidade

A introdução da Inteligência Artificial (IA) representa um avanço significativo, mas também traz consigo um cenário repleto de incertezas. Essa tecnologia, ainda em sua fase inicial de aplicação na justiça, oferece ferramentas inovadoras para a análise de evidências e a investigação criminal. A capacidade da IA de processar grandes volumes de dados pode potencialmente aumentar a eficiência das investigações, permitindo a identificação de padrões que, de outra forma, poderiam passar despercebidos. No entanto, a natureza emergente dessa

² COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/>. Acesso em: 12 out. 2024.

tecnologia ressalta a necessidade de cautela, especialmente considerando a escassez de regulamentações que orientem seu uso ético e responsável.

Além disso, a ausência de diretrizes claras levanta questões importantes sobre a responsabilidade e a supervisão nas decisões influenciadas pela IA. A possibilidade de decisões judiciais serem moldadas por algoritmos, que podem operar com dados enviesados ou incompletos, gera preocupações sobre a equidade e a justiça no tratamento dos indivíduos. O desenvolvimento de normas que garantam a transparência nos processos algorítmicos e a supervisão humana efetiva se tornam, portanto, imprescindíveis.

Diante desses aspectos, é fundamental iniciar a análise da Inteligência Artificial no Direito Penal com uma breve contextualização da sociedade da informação. Essa nova era, caracterizada pela produção e circulação massiva de dados, transforma a maneira como a informação é gerada, compartilhada e utilizada.

A sociedade da informação é um conceito que emergiu nas últimas décadas, caracterizando uma transformação profunda nas dinâmicas sociais, econômicas e culturais, impulsionada pelo avanço das tecnologias digitais. Nesse novo paradigma, a informação se torna o principal recurso econômico, moldando a forma como indivíduos, organizações e governos interagem e tomam decisões. A era da informação é marcada pela ubiquidade da internet, que proporciona acesso instantâneo a vastos volumes de dados e facilita a comunicação em tempo real entre diversas partes, transcendendo fronteiras geográficas e temporais.

Fujita e Barreto Junior³ afirmam que a era contemporânea atravessa um novo estágio de desenvolvimento econômico, cultural, social e político, que se convencionou chamar de sociedade da informação. Essa mudança provoca uma série de novos desafios e paradoxos para a seara jurídica.

Castells, em sua análise, apresenta a sociedade da informação e destaca o surgimento simultâneo de atividades criminosas nesse ambiente. Ele observa:

Vários acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário social da vida humana. Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado. Economias por todo o mundo passaram a manter interdependência global, apresentando uma nova forma de relação entre a economia, o Estado e a sociedade em um sistema de geometria variável. [...] Simultaneamente, as atividades criminosas e organizações ao

³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. O direito ao esquecimento e a liberdade de informar na sociedade da informação. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, n. 2, p. 5-27, maio/ago. 2020, p. 7.

estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando os meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana.⁴

Nesse sentido, Fuller⁵ ressalta que, à medida que novas tecnologias se expandem, surgem situações fáticas complexas e dinâmicas que carecem de regulamentação jurídica, especialmente no campo do Direito Penal.

A emergência de novos crimes, com configurações típicas e *modus operandi* específicos, é uma consequência direta da evolução tecnológica acelerada. Crimes digitais, que vão desde fraudes eletrônicas até invasões de sistemas, entre outros, surgem de forma exponencial, refletindo a criatividade e a adaptação dos criminosos a um ambiente em constante mudança.

Em contrapartida, a implementação de ferramentas tecnológicas para a prevenção e repressão dessas atividades ilícitas ocorre de maneira significativamente mais lenta. Essa disparidade não apenas compromete a eficácia das investigações e ações penais, mas também expõe a necessidade urgente de um esforço coordenado para desenvolver e adaptar regulamentações que acompanhem o ritmo das transformações sociais e tecnológicas, garantindo que o sistema de justiça permaneça relevante e eficaz na proteção dos direitos fundamentais e na manutenção da ordem pública.

1.3. A inteligência artificial no sistema de justiça criminal

A integração da tecnologia no Direito Penal não é um fenômeno recente. Desde a introdução das primeiras técnicas de identificação, como a impressão digital no final do século XIX, até o uso de DNA na década de 1980, a tecnologia tem desempenhado um papel crucial na evolução das investigações criminais. Conforme exemplifica Simon Andrew Cole⁶, a impressão digital foi introduzida pela primeira vez como método de identificação em 1892 por Juan Vucetich, revolucionando a forma como os criminosos eram identificados e processados.

⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 39-40.

⁵ FULLER, Greice Patrícia. Os delitos e as novas tecnologias em face da relação dialógica com os direitos humanos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (org.). *Direitos humanos e fundamentais na era da informação*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, p. 217.

⁶ COLE, Simon Andrew. *Suspect identities: a history of fingerprinting and criminal identification*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 128.

Da mesma forma, a análise de DNA, utilizada em investigações desde a década de 1980, tem se mostrado uma ferramenta poderosa para a identificação de suspeitos e a exoneração de inocentes, como apontam Michael Lynch et al..⁷

Neste contexto, a Inteligência Artificial (IA) representa a próxima grande evolução na aplicação da tecnologia ao Direito Penal. Definida como a capacidade de uma máquina de imitar funções cognitivas humanas, como aprendizado e resolução de problemas, a IA pode analisar grandes volumes de dados, identificar padrões e prever comportamentos, podendo vir a tornar-se uma ferramenta essencial para investigações criminais.

Segundo Stuart Jonathan Russell e Peter Norvig⁸, a IA abrange uma variedade de tecnologias, incluindo aprendizado de máquina, processamento de linguagem natural e redes neurais, que podem ser aplicadas em diversas áreas do Direito Penal. Não obstante, a introdução da IA no Direito Penal traz tanto oportunidades quanto desafios. Se, por um lado, a IA pode aumentar a eficiência e a precisão das investigações, por outro, levanta questões éticas e legais significativas, como a privacidade, a transparência e o viés algorítmico.

Pedro Domingos⁹ observa que a IA tem a capacidade de processar e analisar dados em uma velocidade que supera a capacidade humana, identificando padrões e conexões que poderiam passar despercebidos em análises tradicionais.

Ferramentas de IA podem analisar dados de diversas fontes, como redes sociais, registros telefônicos, e-mails e transações financeiras, para identificar padrões e conexões relevantes para uma investigação criminal. Viktor Mayer-Schönberger e Kenneth Cukier¹⁰ ressaltam que a habilidade da IA em lidar com *big data* permite que investigadores processem rapidamente informações massivas.

Exemplos práticos incluem ferramentas como IBM Watson e Palantir Gotham, que são utilizadas por agências de segurança para analisar dados e identificar possíveis ameaças ou

⁷ LYNCH, Michael; COLE, Simon Andrew; McNALLY, Ruth; JORDAN, Kathleen. *Truth machine: the contentious history of DNA fingerprinting*. Chicago: University of Chicago Press, 2008, p. 121.

⁸ RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial: uma abordagem moderna*. 4. ed. São Paulo: LTC, 2022, p. 36.

⁹ DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world*. New York: Basic Books, 2015, p. 78.

¹⁰ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: a revolution that will transform how we live, work, and think*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013, p. 126.

atividades criminosas, como destacado por Yuval Noah Harari.¹¹ Essas tecnologias não apenas facilitam a coleta de informações, mas também ajudam na priorização de recursos e na tomada de decisões estratégicas em tempo real.

Outras tecnologias de IA que têm sido amplamente adotadas em investigações criminais incluem o reconhecimento facial e de voz. Essas tecnologias permitem a identificação de suspeitos por meio de imagens de câmeras de segurança e gravações de áudio.

Ademais, os algoritmos de reconhecimento facial podem comparar imagens de suspeitos com bancos de dados fotográficos, sendo amplamente utilizados em aeroportos, eventos públicos e investigações de crimes.¹² Quanto ao reconhecimento de voz, Daniel Jurafsky e James Howard Martin¹³ afirmam que essas tecnologias podem analisar gravações de áudio para identificar falantes específicos, contribuindo em investigações de crimes como sequestros e extorsões.

Além disso, a IA é utilizada para monitorar e rastrear atividades suspeitas na internet e nas redes sociais. Algoritmos analisam postagens, mensagens e interações online para identificar comportamentos que possam indicar atividades criminosas. Destaque-se que as ferramentas de IA podem identificar ameaças, discursos de ódio e atividades terroristas nas plataformas digitais. Adicionalmente, Eric Wai Ting Ngai e seus coautores explicam que algoritmos de IA podem monitorar transações financeiras para detectar padrões de lavagem de dinheiro e financiamento de atividades ilícitas.¹⁴

1.4. A inteligência artificial no cenário brasileiro

No Brasil, os Ministérios Públicos também estão se preparando para deixar de utilizar ferramentas analógicas. É o que aponta o último relatório “Levantamento de Iniciativas de IA

¹¹ HARARI, Yuval Noah. *21 lessons for the 21st century*. London: Penguin Random House, 2018, p. 28.

¹² SANTO DIGITAL. Reconhecimento facial: como funciona e benefícios para prevenção a fraudes. 2024. Disponível em: <https://santodigital.com.br/>.

¹³ JURAFSKY, Daniel; MARTIN, James Howard. *Speech and language processing*. 3. ed. Stanford: Stanford University, 2024, p. 333.

¹⁴ NGAI, Eric Wai Ting; HU, Yong; WONG, You-hing; CHEN, Yijun; SUN, Xin. The application of data mining techniques in financial fraud detection: a classification framework and an academic review of literature. *Decision Support Systems*, v. 50, n. 3, p. 559-569, fev. 2011, p. 559-569.

no Ministério Público”, realizado pela Comissão de Planejamento Estratégico (Estratégia Nacional do MP Digital), publicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2023.¹⁵

Conforme informações apresentadas no relatório “Levantamento de Iniciativas de IA no Ministério Público”, inúmeros sistemas que possuem estrutura de inteligência artificial ou que utilizam inteligência artificial estão em desenvolvimento e alguns já estão em utilização.

- **Ministério Público Federal**

O Ministério Público Federal apresenta alguns sistemas em desenvolvimento. Entre eles, destacamos o sistema TRIA (Triagem em Habeas Corpus) que utiliza Inteligência Artificial (IA) para automatizar a extração de informações das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Habeas Corpus (HC). A ferramenta compara essas decisões com os pareceres emitidos pelo MPF nos mesmos processos, identificando se a decisão foi favorável ou contrária à manifestação do membro do MPF ou se ocorreu sem a manifestação prévia do órgão. Esse mecanismo facilita a triagem dos HCs nos gabinetes criminais da Procuradoria-Geral da República (PGR), otimizando o trabalho dos procuradores ao dar uma visão clara sobre o alinhamento das decisões judiciais com as posições do MPF.

Com uma base de dados composta por 15 mil decisões/acórdãos do STJ e cerca de 48 mil pareceres do MPF, o TRIA emprega um modelo de aprendizado supervisionado, utilizando o algoritmo Random Forest, e apresenta uma acurácia de 94,80%. Esse nível de precisão indica uma ferramenta robusta, que já está em produção e integra informações diretamente no sistema de tramitação processual do MPF, o Sistema Único, potencializando a eficiência da análise de casos.

O sistema de Resultados de Julgamentos é outra iniciativa do MPF que emprega IA para automatizar a extração de dados das sentenças em ações penais, ajudando servidores dos gabinetes de primeira instância a preencher informações sobre o resultado dos julgamentos no Sistema Único. A ferramenta captura informações detalhadas como réu, resultado do julgamento, fundamentação jurídica, base normativa, pena, multa, data da sentença e juiz responsável. Com uma base de treinamento composta por 3797 sentenças, a tecnologia emprega um modelo de Reconhecimento de Entidade Nomeada (NER) desenvolvido com a biblioteca Spacy e técnicas de Transformers, resultando em uma acurácia de 88,21%. A implementação

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Levantamento de iniciativas de IA no Ministério Público*. 2023. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/>. Acesso em: 25 set. 2024.

em produção mostrou variações na precisão dependendo da entidade extraída, com algumas alcançando mais de 90% de precisão, enquanto outras ainda apresentam acurácia inferior a 80%. Esse sistema proporciona um avanço significativo na automação e padronização do registro de informações processuais, facilitando o trabalho dos servidores.

A Triagem de Inquéritos Policiais é outra iniciativa em desenvolvimento pelo MPF que utiliza IA para identificar automaticamente o motivo da entrada de inquéritos policiais, como dilação de prazo ou relatório final, a partir da análise das peças processuais. A ferramenta visa a simplificar a triagem desses inquéritos nos gabinetes criminais, agilizando a gestão dos casos. Com uma base de dados inicial de cerca de 12 mil peças processuais, o sistema aplicará técnicas de Processamento de Linguagem Natural (PLN) para classificar os documentos. A expectativa é de que, ao entrar em produção, a ferramenta se torne um suporte essencial para os servidores, reduzindo o tempo e o esforço necessário para organizar e gerenciar inquéritos, promovendo uma triagem mais eficiente e assertiva.

- **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

O PEPSI (Sistema de Apoio às Promotorias de Execução Penal), desenvolvido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), é uma ferramenta que integra diversas fontes de dados relevantes para a execução penal, como o PJE (SEEU), BNMP e SIAPEN. Utilizando *Support Vector Machine* (SVM) e *Tesseract*, o sistema organiza informações para auxiliar na tomada de decisão, sugerindo manifestações baseadas em casos similares. Apesar dos desafios relacionados à extração de dados dos processos do PJE e à formação de equipes multidisciplinares, o PEPSI visa a reduzir o tempo necessário para coleta e exame de material, otimizando o fluxo de trabalho das promotorias de execução penal. Com a visualização integrada e sugestões automatizadas, o PEPSI tem potencial para melhorar a eficiência e a qualidade das manifestações processuais, contribuindo para um sistema de justiça mais ágil e eficiente.

- **Ministério Público do Estado da Bahia**

O Fratria é uma ferramenta desenvolvida pelo Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA) que aplica técnicas de IA para a automação de tarefas relacionadas a procedimentos extrajudiciais, como inquéritos policiais. Utilizando modelos de linguagem de grande escala (LLM) e outras tecnologias, o sistema sugere decisões aos membros do MPBA, como a proposição de denúncias, arquivamentos ou outras diligências, e até mesmo pré-minuta as peças

processuais correspondentes. O sistema enfrenta desafios como a organização e digitalização dos inquéritos, dificuldades de contratação e questões de conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Mesmo assim, a iniciativa mostra-se promissora para aumentar a eficiência e a eficácia das promotorias, reduzindo a carga de trabalho manual e permitindo um foco maior na análise crítica dos casos.

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

O Áquila é uma iniciativa do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) que utiliza IA para reconhecimento de pessoas e objetos em imagens e vídeos, auxiliando na investigação e detecção de crimes. A ferramenta aplica técnicas de visão computacional para identificação de pessoas por meio de características faciais e biométricas, como tatuagens, e de objetos de interesse, como veículos e armas. Com base em *datasets* públicos e criados internamente, o Áquila visa a aprimorar as operações de reconhecimento e busca automática em bases de dados visuais, retornando informações relevantes para os investigadores. Esse sistema tem potencial para se tornar uma ferramenta poderosa para o MPMG, ampliando a capacidade de identificação e monitoramento em investigações criminais e contribuindo para uma atuação mais efetiva do Ministério Público na segurança pública.

O desenvolvimento do Áquila já foi concluído, e, com o objetivo e escopo definidos, metas claras foram traçadas para o desenvolvimento do sistema. O principal desafio foi, dentro dos limites e fronteiras estabelecidos, utilizar ferramentas que o tornassem mais robusto, tendo em vista as situações reais nas quais o sistema será utilizado. Como solução para esse problema, o Áquila foi preparado para receber novos dados constantemente e, dessa forma, aprender novas características sempre que possível. Isso permite que o aprendizado do sistema seja atualizado continuamente, garantindo que ele se mantenha eficaz diante de novas circunstâncias e desafios.

Assim, inúmeras são as ferramentas de inteligência artificial que estão em fase de teste e implementação, que podem apresentar resultados positivos significativos no auxílio das investigações criminais.

Além dos Ministérios Públicos, a Secretaria de Segurança Pública de Alagoas está implementando um programa de inteligência artificial para otimizar o policiamento preditivo, visando a reduzir a criminalidade em até 26%. Desenvolvido pela empresa japonesa Singular Perturbations, o sistema utiliza algoritmos avançados para cruzar dados criminais e prever incidentes em áreas específicas, permitindo ações preventivas mais eficazes. A tecnologia será

testada por três meses e, se bem-sucedida, aplicada por dois anos. O programa promete melhorar a gestão de recursos e estratégias de segurança, baseando-se em uma análise detalhada dos padrões criminais e suas variáveis.¹⁶

Ainda, segundo o Canal de Ciências Criminais¹⁷:

a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e a Polícia Federal (PF) também estão adotando esta abordagem tecnológica. Desde janeiro de 2021, ambas trabalham juntas em um projeto que emprega a inteligência artificial para o desenvolvimento de imagens de suspeitos a partir de amostras de DNA.

Em resumo, no Brasil, diversos projetos estão em desenvolvimento e alguns já estão em utilização, evidenciando o potencial da Inteligência Artificial e outras tecnologias na investigação criminal e na condução de processos. Essas inovações prometem aumentar a eficiência e a precisão do sistema de justiça, facilitando a análise de grandes volumes de dados e a identificação de padrões relevantes. No entanto, essa transformação também traz à tona questões éticas e legais que necessitam de uma avaliação cuidadosa. É fundamental que se estabeleçam diretrizes claras e regulamentações adequadas para garantir que a implementação dessas tecnologias respeite os direitos individuais e promova a justiça, evitando riscos como o viés algorítmico e a violação da privacidade.

2. MÉTODOS DE OBTENÇÃO E VALIDAÇÃO DE PROVAS DIGITAIS

2.1. Provas digitais

A era da informação provocou uma mudança profunda tanto na maneira como os crimes são praticados quanto na forma como são investigados. O surgimento das tecnologias de informação e comunicação resultou em um crescimento expressivo no volume e na diversidade de dados digitais. Informações como e-mails, mensagens instantâneas, registros de chamadas, dados de localização, arquivos armazenados em nuvem, *logs* de sistemas, vídeos e imagens digitais tornaram-se peças-chave nas investigações criminais, configurando-se como autênticas provas digitais.

¹⁶ ALAGOAS. Governo do Estado. Programa de inteligência artificial da SSP estima reduzir criminalidade em até 26%. 2024. Disponível em: <https://alagoas.al.gov.br/>. Acesso em: 25 set. 2024.

¹⁷ CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. Descubra como a inteligência artificial pode auxiliar no combate ao crime no Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.mpmt.mp.br/>. Acesso em: 25 set. 2024.

Lucien explora como a prova digital pode ser definida ou descrita¹⁸:

prova digital não é nada mais nada menos que todo e qualquer dado que esteja armazenado ou que seja transmitido via computador e sirva para apoiar ou para rejeitar alguma teoria sobre como um crime específico aconteceu e que contenha elementos críticos desse crime, como intenção ou álibi.

Da mesma forma, Alexandre Morais da Rosa descreve a prova digital¹⁹:

Prova Digital (*e-evidence*). A prova digital (espécie da prova eletrônica) é a obtida e/ou produzida em ambiente eletrônico digital, em que os dados (de base, de tráfego e de conteúdo), em geral vulneráveis, intangíveis e frágeis, devem ser extraídos e tratados em observância às normas técnicas, observada a cadeia de custódia digital, sob pena de ineficácia probatória. A tendência contemporânea é a do uso futuro da tecnologia *blockchain*. Definição de "e-evidence". A definição de "e-evidence" orienta-se pela: (a) relevância (meio de prova adequado ao fim que se destina); (b) confiabilidade (equivalência entre o verificado e o representado); e, (c) suficiência (deve congregiar os elementos necessários de superação aos testes de verificação).

Ademais, Rosa salienta que a materialidade é essencial em crimes que deixam rastros, conforme estipulado no artigo 158 do Código de Processo Penal. Nos delitos cometidos por meios digitais ou eletrônicos, é necessário seguir normas técnicas que garantam a existência, validade e eficácia das provas. A evidência digital, ou *e-evidence*, requer que os dados sejam obtidos de maneira válida, indo além da simples captura da imagem ou aparência visível. Este é um dos desafios contemporâneos enfrentados no contexto das provas digitais.

Acerca da natureza das provas digitais, Fernandes e Montes²⁰ destacam que esses arquivos são essencialmente documentos em formato eletrônico. Ao contrário dos documentos físicos, nos quais as informações são inscritas em papel e são, portanto, tangíveis, os documentos eletrônicos são intangíveis. Embora documentos físicos possam ser digitalizados por meio de fotografias ou escaneamentos, seu processo original de produção permanece físico. Em contraste, documentos eletrônicos estão desvinculados de uma única plataforma de armazenamento físico. Esses arquivos digitais podem transitar entre diversos dispositivos,

¹⁸ LUCIEN, Rocha. *Acreditação e admissibilidade de evidências digitais de crimes cibernéticos praticados em computação de nuvem*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2023, p. 39-40.

¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Limite penal: o "print screen" é insuficiente à materialidade nos crimes digitais. *Consultor Jurídico*, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 12 out. 2024.

²⁰ FERNANDES, André Luís; MONTES, Rodrigo Henrique de Oliveira. Meta-evidência digital: a dualidade na cadeia de custódia envolvendo dispositivos eletrônicos e evidências digitais. *Revista Eletrônica Direito & TI*, Porto Alegre, v. 1, n. 14, dez. 2022, p. 60-61.

como DVDs, pen-drives, HDs ou plataformas de armazenamento remoto (cloud storage), o que significa que o documento digital não está restrito a um meio físico específico.

Diferentes tipos de evidências digitais possuem particularidades próprias que influenciam diretamente os métodos de coleta e preservação dessas informações.

2.2. Cadeia de custódia das provas digitais

É crucial destacar que a coleta de provas digitais, assim como as provas físicas, deve seguir rigorosamente a cadeia de custódia, para que as evidências sejam consideradas legítimas e válidas.

A cadeia de custódia é o conjunto de procedimentos que garantem a preservação, autenticidade e integridade das provas desde o momento de sua coleta até a sua apresentação em juízo. No Brasil, a cadeia de custódia foi normatizada com a promulgação da Lei n.º 13.964 de 2019, conhecida como 'Pacote Anticrime'. Essa lei introduziu modificações significativas no Código de Processo Penal, incluindo a formalização da cadeia de custódia, que, até então, não possuía regulamentação específica.

Com a alteração realizada no Código de Processo Penal, os procedimentos relacionados com a cadeia de custódia passaram a ser previstos a partir do art. 158-A, em que são estabelecidos controles rigorosos que devem ser seguidos sobre a evidência coletada, desde o momento em que ela é obtida até sua apresentação em tribunal. Esse controle inclui a documentação de cada etapa do processo, como quem teve acesso à evidência, quando, e sob que circunstâncias, garantindo que ela permaneça inalterada. A manutenção da integridade da prova é crucial para que ela possa ser considerada válida, uma vez que qualquer adulteração ou contaminação pode torná-la inadmissível.

No caso de provas digitais, esse cuidado torna-se ainda mais complexo, dado o caráter volátil e facilmente modificável dos dados eletrônicos. Acerca da diferença de manuseio para extração de dados de dispositivos digitais, por exemplo, Simão e outros apontam²¹:

²¹ SIMÃO, A. M. L.; SÍCOLI, F. C.; MELO, L. P.; DEUS, F. E. D.; SOUSA JÚNIOR, R. T. Aquisição de evidências digitais em smartphones Android. 2011, p. 93. DOI: <http://dx.doi.org/10.5769/C2011009>.

Diferentemente da abordagem de aquisição de dados em ambientes computacionais, em que geralmente os dados podem ser extraídos no estado em que foram encontrados e ficam preservados a partir do momento da sua apreensão, a extração de dados de telefones celulares e smartphones normalmente exige a execução de alguma intervenção no dispositivo. Além disso, tendo em vista que utilizam memórias embutidas, cujo acesso, sendo direto ao hardware, é delicado e complexo, é preciso instalar aplicativos ou utilizar ferramentas diretamente no dispositivo para que se proceda à aquisição dos dados armazenados e consequentes evidências.

A exigência de assegurar a autenticidade e integridade dos documentos digitais é comparável à proteção demandada para documentos físicos, conforme ressaltado por Fernandes e Montes²²:

assim como ocorre com os documentos físicos em papéis, através de assinaturas e certidões que garantem a sua autenticidade e a sua integridade, aos documentos digitais não é diferente. Surge então a necessidade de garantir aos documentos digitais as mesmas garantias de veracidade da prova que existem nos documentos físicos.

Embora o legislador tenha delineado a cadeia de custódia para as provas físicas, deixando uma lacuna no que diz respeito às provas digitais, é essencial que a observância da cadeia de custódia prevaleça também sobre as evidências digitais. A ideia de cadeia de custódia e preservação da prova já existia antes da positivação desse conceito. É imprescindível que a noção de “prova” inclua a manutenção de sua autenticidade, integridade, rastreabilidade e confiabilidade, atributos fundamentais para garantir a validade e a licitude das evidências.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reafirmado a importância da preservação da cadeia de custódia, incluindo casos que envolvem provas digitais. No Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 828054/RN, sob relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 23 de abril de 2024, o STJ entendeu que a integridade e confiabilidade das fontes de prova são ônus do Estado, e a falta de procedimentos adequados, como a adoção de técnicas de *hash* e softwares auditáveis, configura uma quebra na cadeia de custódia, tornando as provas inadmissíveis. De acordo com o julgado:

Diante da volatilidade dos dados telemáticos e da maior suscetibilidade a alterações, imprescindível se faz a adoção de mecanismos que assegurem a preservação integral dos vestígios probatórios, de forma que seja possível a constatação de eventuais alterações, intencionais ou não, dos elementos inicialmente coletados, demonstrando-se a higidez do caminho percorrido pelo material. A auditabilidade, a repetibilidade,

²² FERNANDES, André Luis; MONTES, Rodrigo Henrique de Oliveira. Meta-evidência digital: a dualidade na cadeia de custódia envolvendo dispositivos eletrônicos e evidências digitais. *Revista Eletrônica Direito & TI*, Porto Alegre, v. 1, n. 14, dez. 2022, p. 61.

a reprodutibilidade e a justificabilidade são quatro aspectos essenciais das evidências digitais, os quais buscam ser garantidos pela utilização de metodologias e procedimentos certificados, como, e.g., os recomendados pela ABNT. A observação do princípio da mesmidade visa a assegurar a confiabilidade da prova, a fim de que seja possível se verificar a correspondência entre aquilo que foi colhido e o que resultou de todo o processo de extração da prova de seu substrato digital. Uma forma de se garantir a mesmidade dos elementos digitais é a utilização da técnica de algoritmo *hash*, a qual deve vir acompanhada da utilização de um software confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital. [...] Neste caso, não houve a adoção de procedimentos que assegurassem a idoneidade e a integridade dos elementos obtidos pela extração dos dados do celular apreendido. Logo, evidentes o prejuízo causado pela quebra da cadeia de custódia e a imprestabilidade da prova digital. Agravo regimental provido a fim de conceder a ordem de ofício para que sejam declaradas inadmissíveis as provas decorrentes da extração de dados do celular do corrêu, bem como as delas decorrentes.²³

Aury Lopes Jr., ressalta a importância da cadeia de custódia como um elemento essencial para garantir a validade das provas. Em sua obra *Direito Processual Penal*, o autor afirma que a preservação das fontes de prova, por meio da manutenção da cadeia de custódia, requer a realização de uma série de atos, estabelecendo um verdadeiro protocolo de custódia que é delineado pelo art. 158-B e seguintes. Ele continua²⁴:

Todo esse cuidado é necessário e justificado: quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou “bondade e lisura” do agente estatal.

Aury Lopes Jr.²⁵ também reforça a necessidade de que, no caso de provas digitais, padrões técnicos e procedimentos formais sejam seguidos rigorosamente, como a utilização de ferramentas auditáveis para coleta e análise e a preservação dos metadados, que são fundamentais para comprovar a autenticidade e integridade da evidência.

Questão recorrente nas interceptações telefônicas está na violação da “mesmidade” e, por via de consequência, do direito da defesa de ter acesso à integralidade da prova na sua originalidade (manifestação do contraditório=direito a informação e paridade de

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 828054/RN. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23 abr. 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/>. Acesso em: 12 out. 2024.

²⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2023, p. 195.

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, p. 196.

armas), na medida em que a prova é “filtrada” pela autoridade policial ou órgão acusador, que traz para o processo (e submete ao contraditório diferido) apenas o que lhe interessa. Não é “a mesma” prova colhida, mas apenas aquela que interessa ao acusador, subtraindo o acesso da defesa. A manipulação (e aqui se emprega no sentido físico do vocábulo, sem juízo de desvalor ou atribuição de má-fé ao “manipulador”) é feita durante a custódia e viola exatamente as regras de preservação da idoneidade. Já a “Desconfiança” (decorrência salutar em democracia, onde se desconfia do poder, que precisa ser legitimado sempre) consiste na exigência de que a prova (documentos, DNA, áudios etc.) deva ser “acreditada”, submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser. Como explica PRADO, o tema de provas exige a intervenção de regras de “acreditação”, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório há que ser “acreditado”, legitimado, valorado desde sua coleta até a produção em juízo para ter valor probatório. A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico.

Aury Lopes Jr.²⁶ enfatiza que a quebra da cadeia de custódia não é apenas um desvio técnico, mas uma violação do devido processo penal que pode levar à ilicitude das provas. Ele argumenta que, apesar da ausência de uma definição legal clara sobre as consequências dessa quebra, deve-se considerá-la uma ofensa às garantias fundamentais, refletindo o descumprimento de normas que são essenciais para a validade probatória. Assim, a violação da cadeia de custódia deve resultar na inadmissibilidade da prova, conforme o que prescreve o art. 157 do Código de Processo Penal, ressaltando que, quando já incorporada ao processo, deve ser desentranhada e considerada sem valor probatório.

2.3. Possibilidade de utilização da IA na coleta e validação de provas digitais

No campo dinâmico e inovador da coleta de provas digitais, existem compreensões crescentes de que a Inteligência Artificial (IA) pode ser empregada para automatizar e otimizar a obtenção de evidências de diversas fontes, incluindo dispositivos móveis, redes sociais, e-mails e sistemas de vigilância. Como destaca Eoghan Casey²⁷, as ferramentas de IA são capazes de automatizar a coleta de grandes volumes de dados, diminuindo o tempo e o esforço necessários para reunir provas digitais. Da mesma forma, os autores Emilio Ferrara, Onur Varol, Clayton Davis, Filippo Menczer e Alessandro Flammini²⁸ afirmam que algoritmos de IA

²⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, p. 197.

²⁷ CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers, and the internet*. 3. ed. Baltimore: Academic Press, 2011, p. 502.

²⁸ FERRARA, Emilio; VAROL, Onur; DAVIS, Clayton; MENCZER, Filippo; FLAMMINI, Alessandro. The rise of social bots. *Communications of the ACM*, v. 59, n. 7, p. 96-104, jul. 2016, p. 96-104.

podem analisar atividades em redes sociais para identificar padrões de comportamento e potenciais evidências de atividades criminosas.

Uma das possíveis aplicações da IA na validação de provas digitais seria a análise da autenticidade de documentos eletrônicos. Algoritmos de aprendizado de máquina podem ser treinados para reconhecer padrões e características específicas de documentos genuínos, como a presença de metadados consistentes, conformidade com padrões de formatação e ausência de anomalias. Esses algoritmos são úteis para detectar falsificações e alterações em documentos digitais, aumentando a confiabilidade das provas apresentadas.

Outra possível aplicação significativa é apontada pelos autores Anderson Rocha, Walter Scheirer, Terrance Boulton e Siome Goldenstein²⁹, que mencionam a análise da integridade de arquivos de mídia, como imagens e vídeos. A IA pode ser utilizada para identificar manipulações e edições em arquivos de mídia, detectando inconsistências nos metadados, padrões de pixels e outros indicadores de alteração. Essas técnicas são particularmente valiosas em casos de pornografia infantil, *deepfakes* e outras formas de manipulação de mídia.

A IA pode atuar em diversas etapas da validação de provas, desde a coleta e análise de dados até a autenticação e verificação de evidências digitais. Eoghan Casey³⁰ exemplifica que algoritmos de IA podem ser empregados para coletar e analisar grandes volumes de dados, identificando padrões e correlações que podem ser relevantes para um caso penal.

Os benefícios da utilização da IA na validação de provas incluem a melhoria da precisão, a redução do tempo de análise e a minimização de erros humanos. Quanto à precisão, os algoritmos de IA têm a capacidade de analisar grandes volumes de dados com alta acurácia, identificando detalhes que podem passar despercebidos por analistas humanos, conforme aponta Eoghan Casey³¹. No que diz respeito à redução do tempo de análise, Angus McKenzie Marshall³² observa que a IA pode processar e analisar dados de forma significativamente mais rápida do que os métodos tradicionais, acelerando o processo de investigação e julgamento. Os

²⁹ ROCHA, Anderson; SCHEIRER, Walter; BOULT, Terrance; GOLDENSTEIN, Siome. Vision of the unseen: current trends and challenges in digital image and video forensics. *ACM Computing Surveys*, v. 43, n. 4, p. 1-42, 2011, p. 1-42.

³⁰ CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime*, p. 467.

³¹ CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime*, p. 467.

³² MARSHALL, Angus McKenzie. *Digital forensics: digital evidence in criminal investigations*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2009, p. 105.

mesmos autores afirmam que a utilização da IA pode ajudar a minimizar erros humanos na análise de provas, aumentando a confiabilidade das evidências apresentadas.

Para que essas inovações sejam plenamente eficazes e juridicamente válidas, conforme discutido no tópico acima, é essencial que o uso da IA na coleta de provas respeite rigorosamente os procedimentos relativos à cadeia de custódia. Essa observância é fundamental para garantir a integridade, legitimidade e autenticidade de qualquer evidência digital coletada. A cadeia de custódia, como bem sabemos, é um mecanismo necessário para assegurar que as provas digitais sejam preservadas de maneira inalterada, de modo que, ao longo de todo o processo, possam ser rastreadas e verificadas.

Assim, embora a IA traga enormes benefícios para a coleta e validação de provas, também há desafios éticos e riscos importantes. A confiabilidade e a transparência dos algoritmos de IA, bem como a necessidade de profissionais tecnicamente qualificados, são fatores de extrema importância. A proteção da integridade, autenticidade e licitude das provas é a espinha dorsal de qualquer processo justo, e a IA, se bem implementada, pode ser uma poderosa aliada nesse objetivo.

3. IMPLICAÇÕES E DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO DA IA NA OBTENÇÃO E VALIDAÇÃO DE PROVAS DIGITAIS

Paralelamente aos avanços, emergem inquietações relevantes acerca dos efeitos sociais e éticos da Inteligência Artificial. Em resposta a isso, a legislação europeia³³ ressalta a importância de criar e implementar sistemas de IA em harmonia com os princípios essenciais e os direitos humanos estabelecidos nos acordos e na Declaração de Direitos Fundamentais da União Europeia. Essa questão traz à tona a necessidade de se ponderar sobre a experiência da UE, considerando que o cenário global compartilha desafios cruciais relacionados à necessidade de normatizar o emprego da IA e o interesse em estabelecer fronteiras legais para as permissões e restrições.

³³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 12 out. 2024.

Essa recente e significativa normatização sobre a IA, bem como as diretrizes jurídicas que circunscrevem sua utilização legítima na União Europeia, reforça a necessidade de prevenir aplicações nocivas ou discriminatórias. Além disso, é crucial refletir sobre o impacto dessa regulamentação no sistema judiciário. Um exemplo relevante é o artigo 5º do Regulamento, que aborda as práticas de IA proibidas ("Prohibited AI practices"), destacando os limites impostos para garantir a segurança, a ética e a equidade na utilização da tecnologia.

A expansão do uso da Inteligência Artificial (IA) no sistema judiciário apresenta o desafio da opacidade algorítmica, que se refere à dificuldade de compreender completamente como os algoritmos tomam decisões. Isso é particularmente problemático no contexto judicial, onde a transparência e a fundamentação lógica são cruciais para a validade das decisões. Isso porque a opacidade algorítmica pode obscurecer os critérios de tomada de decisão, complicando a conciliação do uso de IA com princípios fundamentais como o devido processo legal.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) já utiliza IA para agrupar processos por temas e verificar se recursos abordam questões já consolidadas em temas de repercussão geral. Futuramente, planeja-se aprofundar o uso de IA na identificação e respeito aos precedentes vinculantes, além de desenvolver sistemas para resumir processos, sempre sob supervisão de um magistrado. A questão central levantada é a preocupação com a falta de clareza nos processos algorítmicos da Inteligência Artificial (IA) ao condensar um caso jurídico em um resumo de cinco páginas para um ministro do Supremo Tribunal. É crucial reconhecer que este compêndio gerado pela IA provavelmente terá um impacto significativo na compreensão do caso pelo juiz e, conseqüentemente, na formação de sua decisão ao elaborar a sentença.

Considerando que este resumo se torna parte integrante dos procedimentos judiciais, ele deve estar em conformidade com os princípios do devido processo legal. Isso implica na necessidade de transparência quanto aos métodos utilizados pelo magistrado para chegar às suas conclusões sobre os pontos controversos e relevantes para a discussão jurídica em questão. A opacidade do funcionamento da IA na produção destes resumos levanta questões sobre como garantir que o processo decisório judicial permaneça justo, transparente e em conformidade com os princípios legais estabelecidos, especialmente quando uma ferramenta tecnológica assume um papel tão crucial na apresentação das informações aos juízes.

Ademais, a regulamentação da União Europeia aponta outro desafio crucial: o risco de uma excessiva padronização nas decisões judiciais. Em casos criminais, por exemplo, a determinação da sentença ideal deve considerar não apenas a natureza do delito, mas também o histórico do acusado, as possibilidades de reabilitação e outros fatores humanos que um

algoritmo pode não captar adequadamente. Além disso, existe o perigo de que, devido ao viés presente nos dados utilizados para treinar a IA, ocorra um reforço dos estigmas sociais contra grupos vulneráveis já marginalizados pelo direito. Nesse cenário, a IA pode intensificar violências simbólicas ao perpetuar estereótipos e preconceitos existentes na sociedade.

Outro ponto é que o Regulamento nº 2024/1689 do Parlamento Europeu evidencia que o uso não regulamentado de sistemas de IA no âmbito judicial pode aumentar o risco de violações dos direitos fundamentais e de discriminação. Sistemas de IA, se não forem meticulosamente concebidos e supervisionados, têm o potencial de reproduzir e até mesmo amplificar preconceitos já existentes na sociedade.

É importante verificar que as novas normativas quanto à IA devem observar a ética digital. Nesse ínterim, Luciano Floridi³⁴ esclarece que a ética digital é uma vertente especializada da ética que se dedica ao estudo e avaliação de questões morais no contexto digital, abrangendo três áreas principais: a gestão de dados e informações (desde sua geração até seu uso final), as tecnologias algorítmicas (como IA, sistemas autônomos, aprendizado de máquina e robótica), e as práticas e infraestruturas tecnológicas (incluindo inovação responsável, desenvolvimento de *software*, *hacking*, códigos de ética profissional e padrões técnicos). Explica, também, que seu objetivo central é desenvolver e promover soluções moralmente íntegras para os desafios éticos emergentes no ambiente digital, definindo condutas apropriadas e fomentando valores éticos no contexto tecnológico. Salienta, ademais, que a ética digital desempenha um papel crucial na formação de políticas e regulamentações digitais, servindo como base para avaliar o que é socialmente aceitável ou desejável no domínio digital. Isso orienta a criação de leis, regulamentos e estruturas de governança para o ecossistema tecnológico, buscando um equilíbrio entre inovação e responsabilidade social. Em suma, a ética digital atua como um guia moral essencial para navegar pelos complexos desafios éticos que surgem com o avanço da tecnologia, moldando a forma como a sociedade interage com e regula o mundo digital, e promovendo uma abordagem ética e responsável no desenvolvimento e uso de tecnologias digitais.

Luciano Floridi, ainda, faz um alerta sobre a ética digital:

Porque no mesmo contexto em que as pessoas reclamam sobre a velocidade da inovação digital e a tarefa impossível de persegui-la com algum marco normativo, também se encontra igual certeza sobre a seriedade do risco representado pela legislação equivocada. Uma legislação ruim poderia matar

³⁴ FLORIDI, Luciano. *The ethics of artificial intelligence: principles, challenges, and opportunities*. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 81.

completamente a inovação digital ou destruir setores e desenvolvimentos tecnológicos inteiros.”³⁵

Nesse contexto, a utilização de provas digitais demanda que elas atendam, no mínimo, a dois princípios fundamentais: a autenticidade, que assegura que os fatos apresentados correspondem à realidade do evento jurídico ocorrido e foram gerados pelos seus respectivos autores; e a integridade, que garante que a evidência permaneceu inalterada desde sua coleta.³⁶

Assim, a utilização da inteligência artificial na coleta e validação de provas digitais levanta questões preocupantes em relação à autenticidade e integridade das evidências. À medida que essas tecnologias se tornam mais integradas aos processos investigativos, é fundamental abordar as complexidades e os desafios que surgem.

A IA, ao automatizar a coleta de dados de diversas fontes, pode gerar informações que não necessariamente correspondem à realidade dos fatos. A manipulação de algoritmos, seja intencional ou acidental, pode comprometer a autenticidade das provas coletadas. Por exemplo, uma falha em um sistema de IA pode levar à inclusão de dados falsos ou à exclusão de informações relevantes, tornando a evidência apresentada uma representação distorcida da realidade.

A integridade das provas digitais é crítica, pois qualquer alteração nos dados pode prejudicar a confiança que o juiz ou as partes têm nas evidências apresentadas. Os sistemas de IA precisam de controles rigorosos para garantir que as evidências não sejam adulteradas durante o processo de coleta e análise. Isso implica a implementação de métodos de rastreabilidade, onde cada passo no manuseio dos dados é documentado e auditável.

Nesse diapasão, surge outro desafio, que é a questão da responsabilidade. Conforme explica Ugo Pagallo³⁷, é um desafio significativo determinar quem é responsável por erros ou injustiças decorrentes da utilização de IA na validação de provas.

A responsabilidade pode recair sobre os desenvolvedores, os operadores ou os usuários finais dos sistemas de IA. Dessa forma, é necessário considerar o impacto dessas tecnologias nos direitos fundamentais do acusado, como o direito à privacidade, à proteção de dados pessoais, à ampla defesa e ao contraditório. Além disso, é preciso estabelecer

³⁵ FLORIDI, Luciano. *The ethics of artificial intelligence*, p. 78.

³⁶ LUCIEN, Rocha. *Acreditação e admissibilidade de evidências digitais*, p. 41.

³⁷ PAGALLO, Ugo. *The laws of robots: crimes, contracts, and torts*. Torino: Springer, 2013, p. 16.

responsabilidades civis e penais pelo uso indevido da IA na obtenção e validação de provas digitais, bem como regulamentar de forma específica a utilização dessas tecnologias no âmbito do Direito Penal.

Lucien³⁸ destaca que, em razão dos atributos necessários às provas digitais (autenticidade e integridade):

ratifica-se a importância da presença de especialistas que detenham densos conhecimentos nas áreas de Direito Digital e perícia forense digital em casos dessa natureza, com vistas a evitar a contaminação ou a anulação da prova coletada

Nessa ótica, é fundamental que os profissionais envolvidos na validação de provas digitais tenham conhecimentos técnicos e jurídicos adequados para utilizar e interpretar corretamente as ferramentas de IA. Isso inclui compreensão dos algoritmos utilizados, bem como das possíveis falhas e limitações associadas a esses sistemas.

Eoghan Casey³⁹ acredita que investir em educação e treinamento para juízes, advogados e outros profissionais do Direito é essencial para garantir que eles compreendam as implicações da utilização de IA e possam tomar decisões informadas.

Tem-se, ainda, a problemática apontada por.⁴⁰ Para eles, a falta de transparência nos algoritmos de IA podem dificultar a compreensão e a contestação das decisões automatizadas, comprometendo a justiça e a equidade do sistema judicial. Assim, a necessidade de se garantir que a utilização de IA no Direito Penal seja justa e equitativa é um desafio ético significativo.

Veja-se, ademais, que os algoritmos de IA podem perpetuar ou amplificar vieses existentes nos dados de treinamento, levando a decisões injustas. Dessa forma, é essencial que os desenvolvedores de IA implementem medidas para identificar e mitigar esses vieses, como colocam Jeff Larson, Mattu Surya, Lauren Kirchner e Julia Angwin.⁴¹

³⁸ LUCIEN, Rocha. *Acreditação e admissibilidade de evidências digitais*, p. 41.

³⁹ CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime*, p. 685.

⁴⁰ SELBST, Andrew David; BAROCAS, Solon. The intuitive appeal of explainable machines. *Fordham Law Review*, v. 87, n. 3, 2018, p. 5.

⁴¹ LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren; ANGWIN, Julia. How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm. ProPublica, 23 maio 2016, p. 3. Disponível em: <https://www.propublica.org/>. Acesso em: 29 set. 2024.

Diante de todos esses aspectos, para que a IA seja utilizada de forma responsável na coleta e validação de provas digitais, é imprescindível que haja uma regulamentação clara. É necessário desenvolver *frameworks* legais e éticos que orientem o desenvolvimento, a implementação e o uso dessas tecnologias, garantindo o respeito aos direitos fundamentais e a promoção da justiça. Iniciativas como a proposta de regulamentação da IA na União Europeia⁴² e a Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça no Brasil⁴³ são passos importantes nessa direção, mas ainda há muito trabalho a ser feito.

A ausência de regulamentação adequada, pode impedir a utilização eficaz da inteligência artificial na coleta e validação de provas digitais. A validade dessas evidências requer a observância de procedimentos rigorosos, que se iniciam com a coleta de dados em um ambiente forense controlado. Cada fase do processo, desde a coleta até a análise e o armazenamento, deve ser meticulosamente documentada. A manutenção de registros detalhados que indiquem quem acessou as evidências, em que momento e por qual motivo, é fundamental para assegurar que não ocorra contaminação ou adulteração dos dados. Essa documentação é vital para a integridade do processo, garantindo que as provas digitais sejam consideradas confiáveis e admissíveis em juízo:

No âmbito digital, a simples coleta de evidências sem utilização de técnica adequada pode eliminar todas as chances do litígio judicial, devido à contaminação do local do crime. Da mesma forma, ocorre com a coleta sem o emprego de manutenção e de registro histórico cronológico das evidências (cadeia de custódia), haja vista a possibilidade de a parte contrária argumentar sobre as evidências terem sofrido adulterações durante seu manuseio.⁴⁴

Em suma, embora a inteligência artificial tenha o potencial de revolucionar a forma como as provas digitais são coletadas e validadas, sua aplicação requer um esforço contínuo de pesquisa, regulamentação, capacitação e colaboração interdisciplinar. Somente assim será possível construir um sistema de justiça criminal mais eficiente, justo e adaptado às demandas do século XXI.

⁴² COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a regulation on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). Bruxelas: European Commission, 2021, p. 1-108. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 29 set. 2024.

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/>. Acesso em: 29 set. 2024, p. 1-11.

⁴⁴ LUCIEN, Rocha. *Acreditação e admissibilidade de evidências digitais*, p. 41.

CONCLUSÃO

A intersecção entre o Direito Penal e a Inteligência Artificial no contexto da Sociedade da Informação apresenta um cenário promissor, mas também repleto de desafios. A utilização de IA para a obtenção e validação de provas digitais tem o potencial de revolucionar o sistema de justiça criminal, oferecendo maior eficiência, precisão e celeridade nos processos investigativos e decisórios. A automação na coleta de grandes volumes de dados, a análise de padrões complexos e a verificação de autenticidade de documentos e arquivos são exemplos concretos de como a tecnologia pode auxiliar na busca pela verdade.

Contudo, à medida que a IA se torna uma ferramenta indispensável, surgem questões éticas e legais que não podem ser ignoradas. O viés algorítmico, a falta de transparência, a confiabilidade dos algoritmos e a rastreabilidade das evidências são fatores que precisam ser rigorosamente regulados. A conformidade com princípios essenciais, como autenticidade e integridade das provas, bem como o cumprimento de normas regulamentadoras, são cruciais para garantir que as evidências digitais sejam admissíveis em juízo e que os direitos fundamentais dos envolvidos sejam respeitados.

Portanto, enquanto o futuro aponta para uma crescente adoção da IA no campo jurídico, é imperativo que a regulamentação e a capacitação dos profissionais do Direito acompanhem essa evolução. Somente assim será possível assegurar que os benefícios da tecnologia sejam plenamente aproveitados, sem comprometer a integridade do processo penal e a proteção dos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

- ALAGOAS (Estado). Programa de inteligência artificial da SSP estima reduzir criminalidade em até 26%. 2024. Disponível em: <https://alagoas.al.gov.br/>. Acesso em: 25 set. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 828054/RN. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23 abr. 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/>. Acesso em: 12 out. 2024.
- CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. Descubra como a inteligência artificial pode auxiliar no combate ao crime no Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.mpmt.mp.br/>. Acesso em: 25 set. 2024.
- CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers, and the internet*. 3. ed. Baltimore: Academic Press, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COLE, Simon Andrew. *Suspect identities: a history of fingerprinting and criminal identification*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/>. Acesso em: 12 out. 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposal for a regulation on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). Bruxelas: European Commission, 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 29 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/>. Acesso em: 29 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Levantamento de iniciativas de IA no Ministério Público*. 2023. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/>. Acesso em: 25 set. 2024.

DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world*. New York: Basic Books, 2015.

FERNANDES, André Luis; MONTES, Rodrigo Henrique de Oliveira. Meta-evidência digital: a dualidade na cadeia de custódia envolvendo dispositivos eletrônicos e evidências digitais. *Revista Eletrônica Direito & TI*, Porto Alegre, v. 1, n. 14, dez. 2022.

FERRARA, Emilio et al. The rise of social bots. *Communications of the ACM*, v. 59, n. 7, p. 96-104, jul. 2016. Disponível em: <https://cacm.acm.org/>. Acesso em: 29 set. 2024.

FLORIDI, Luciano. *The ethics of artificial intelligence: principles, challenges, and opportunities*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. O direito ao esquecimento e a liberdade de informar na sociedade da informação. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, n. 2, p. 5-27, maio/ago. 2020.

FULLER, Greice Patrícia. Os delitos e as novas tecnologias em face da relação dialógica com os direitos humanos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (org.). *Direitos humanos e fundamentais na era da informação*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

HARARI, Yuval Noah. *21 lessons for the 21st century*. London: Penguin Random House, 2018.

JURAFSKY, Daniel; MARTIN, James Howard. *Speech and language processing*. 3. ed. Stanford: Stanford University, 2024. Disponível em: <https://web.stanford.edu/>. Acesso em: 29 set. 2024.

LARSON, Jeff et al. How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm. *ProPublica*, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/>. Acesso em: 29 set. 2024.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/>. Acesso em: 12 out. 2024.

- LUCIEN, Rocha. *Acreditação e admissibilidade de evidências digitais de crimes cibernéticos praticados em computação de nuvem*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2023.
- LYNCH, Michael et al. *Truth machine: the contentious history of DNA fingerprinting*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.
- MARSHALL, Angus McKenzie. *Digital forensics: digital evidence in criminal investigations*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2009.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: a revolution that will transform how we live, work, and think*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013.
- NASSIF, Lilian Noronha. Desafios da coleta de dados e evidências digitais. *O Alferes*, Belo Horizonte, v. 29, n. 74, p. 89-107, jan./jun. 2019.
- NGAI, Eric Wai Ting et al. The application of data mining techniques in financial fraud detection. *Decision Support Systems*, v. 50, n. 3, p. 559-569, fev. 2011. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/>. Acesso em: 29 set. 2024.
- PAGALLO, Ugo. *The laws of robots: crimes, contracts, and torts*. Torino: Springer, 2013.
- ROCHA, Anderson et al. Vision of the unseen: current trends and challenges in digital image and video forensics. *ACM Computing Surveys*, v. 43, n. 4, p. 1-42, 2011. Disponível em: <https://dl.acm.org/>. Acesso em: 29 set. 2024.
- ROSA, Alexandre Morais da. Limite penal: o “print screen” é insuficiente à materialidade nos crimes digitais. *Consultor Jurídico*, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 12 out. 2024.
- RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial: uma abordagem moderna*. 4. ed. São Paulo: LTC, 2022.
- SANTO DIGITAL. Reconhecimento facial: como funciona e benefícios para prevenção a fraudes. 2024. Disponível em: <https://santodigital.com.br/>.
- SELBST, Andrew D.; BAROCAS, Solon. The intuitive appeal of explainable machines. *Fordham Law Review*, v. 87, n. 3, 2018. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/>. Acesso em: 29 set. 2024.
- SIMÃO, A. M. L. et al. Aquisição de evidências digitais em smartphones Android. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.5769/C2011009>.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 12 out. 2024.
- UNIVERSITY OF WOLVERHAMPTON. What are the different types of artificial intelligence? 2023. Disponível em: <https://online.wlv.ac.uk/>. Acesso em: 11 out. 2024.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL, IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E OS LIMITES DA INGERÊNCIA JUDICIAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE, JUDICIAL IMPARTIALITY, AND THE LIMITS OF JUDICIAL INTERFERENCE IN THE NON-PROSECUTION AGREEMENT

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Doutor, Mestre e Professor de Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP).

aram.mp@gmail.com

Flávio Eduardo Turessi

Pós-Doutor em Ciências Jurídicas e Direito Público pela Universidade Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC/Espanha), Doutor em Direito Econômico Pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Professor de Direito Penal e Processo Penal nos programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP).

feturessi@terra.com.br

RESUMO

A partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação, pelo método lógico-indutivo e com apoio na doutrina e na jurisprudência das Cortes Superiores, o presente estudo tem por objetivo analisar o desenvolvimento e os contornos do moderno sistema acusatório constitucionalmente consagrado no processo penal brasileiro e a compatibilidade desse modelo legal de tradição romano-germânica (*Civil Law*), orientado pelo postulado da legalidade em sentido amplo, com a crescente abertura da via consensual na resolução das demandas penais, expressão característica dos sistemas legais de origem anglo-saxão (*Common Law*), com especial destaque para o papel do Poder Judiciário no desenvolvimento válido do acordo de não persecução penal, apontando a necessidade de distanciamento do julgador da mesa de negociações e concluindo pela ingerência judicial indevida em questões não afetas à voluntariedade e à legalidade do negócio jurídico de partes introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, sob pena de afronta à garantia da imparcialidade.

Palavras-Chave: Sistema acusatório - Justiça penal consensual - Acordo de não persecução penal - Limites da ingerência judicial.

ABSTRACT

Based on a legal-theoretical research of legislation, using the logical-inductive method and supported by the doctrine and jurisprudence of the Superior Courts, this study aims to analyze the development and contours of the modern accusatory system constitutionally enshrined in the Brazilian criminal process and the compatibility of this legal model of Roman-Germanic tradition (Civil Law) guided by the postulate of legality in a broad sense, with the growing openness of the consensual route in the resolution of criminal lawsuits, a characteristic expression of legal systems of Anglo-Saxon origin (Common Law), with special emphasis on the role of the Judiciary in the valid development of the non-prosecution agreement, pointing out the need for the judge to distance himself from the negotiating table and concluding that there is undue judicial interference in matters not affecting the voluntariness and legality of the legal transaction of the parties introduced into the Code of Criminal Procedure by Law nº 13.964/2019, under penalty of violating the guarantee of impartiality.

Keywords: Adversarial system - Consensual criminal justice - Non-prosecution agreement - Limits of judicial interference.

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade e a sociedade pós-industrial, líquida e tecnológica, são retratos da sociedade da era dos riscos: o futuro incerto e aberto demanda constante interação social, aperfeiçoamentos e versatilidade própria de um mundo em constante transformação.

Nesse contexto de constante mutação social e tecnológica, marcado por exigências de eficiência e racionalidade, o direito processual penal se vê desafiado a repensar suas formas tradicionais de resolução de conflitos.

Bem por isso, todo o ocidente passou a incorporar mecanismos de justiça penal consensual e, no caso brasileiro, a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de colaboração criminosa e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal, revelam uma transformação silenciosa, porém profunda nas estruturas do processo penal tradicional.

Esses instrumentos, inspirados em experiências estrangeiras e legitimados por demandas internas de celeridade e racionalização, configuram um novo paradigma de atuação estatal no campo penal, no qual o consenso passa a ocupar lugar de destaque, desafiando os fundamentos clássicos do sistema acusatório garantista.

Nesse novo cenário, marcado pela flexibilização de institutos historicamente associados à rigidez do devido processo legal, surgem inevitáveis tensões dogmáticas, especialmente no que se refere à preservação da imparcialidade do juiz.

Se, por um lado, o modelo negocial busca atender à eficiência da resposta penal e à seletividade inteligente da persecução criminal, por outro, demanda redobrada vigilância quanto à conformidade constitucional dessas práticas, sobretudo diante da crescente atuação do magistrado em etapas preliminares e decisivas da dinâmica consensual.

O envolvimento judicial na condução ou homologação dos acordos pode comprometer sua posição institucional de neutralidade, acarretando prejuízos concretos à legitimidade da própria jurisdição penal.

A presente reflexão propõe, assim, uma análise crítica das implicações teóricas e práticas da justiça penal consensual, com ênfase nas suas interfaces com o princípio da imparcialidade do julgador.

Parte-se de uma revisão histórico-comparada sobre a gênese e a evolução dos mecanismos de consenso no processo penal, com destaque para a transição do modelo da obrigatoriedade da ação penal para formas mais flexíveis de discricionariedade regrada.

Em seguida, explora-se a institucionalização desses mecanismos no Brasil, com especial atenção ao papel do Ministério Público como protagonista da negociação penal e à função do juiz como garantidor dos direitos fundamentais, mas também como ator que, por vezes, participa do processo de composição em termos que desafiam a ortodoxia acusatória.

Ao longo do presente artigo, busca-se problematizar a naturalização da eficiência como valor central da justiça penal e suas consequências sobre o equilíbrio entre partes e o controle judicial da legalidade dos acordos.

A análise recorre à doutrina nacional e estrangeira, bem como à jurisprudência recente, para avaliar em que medida a adesão brasileira aos instrumentos de justiça penal negocial tem respeitado os marcos constitucionais do devido processo legal, da separação de funções e da imparcialidade judicial, pilares indispensáveis à legitimidade democrática do sistema punitivo.

Mais do que rejeitar ou endossar o modelo consensual, o objetivo é refletir sobre seus limites, seus riscos e suas potencialidades dentro de uma concepção substancial de processo penal, no qual a função do juiz permanece vinculada, antes de tudo, à proteção dos direitos fundamentais e à preservação da confiança no exercício da jurisdição, em consonância ao novo sistema acusatório agora previsto explicitamente na lei.

1. SISTEMA ACUSATÓRIO E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

O desenvolvimento dos sistemas processuais penais ocidentais ao longo dos séculos, desde a Antiguidade até os dias atuais, desnuda um movimento contínuo de superação e aprimoramento de dois grandes modelos de Justiça Penal: o *sistema inquisitivo* e o *sistema acusatório*.

Na Grécia antiga dos séculos VI a IV a.C., o processo penal correspondia ao modelo acusatório puro, já que qualquer cidadão podia deduzir a sua pretensão acusatória perante a autoridade competente, revelando um sistema de indisfarçável acusação popular.¹

Cuidava-se de um processo penal marcadamente privado, regido pelo *princípio dispositivo*, no qual cabia ao próprio ofendido deduzir sua acusação e, ao acusado, sustentar sua defesa, sem a intervenção ou controle de órgãos públicos oficiais no proceder das partes no desenvolvimento daquele conflito.

Na Roma antiga, as transformações políticas operadas em seu sistema organizacional - *monarquia, república e império* - também impactaram diretamente no desenvolvimento dos sistemas de justiça criminal no ocidente.

O antigo Direito Romano distinguia os delitos capitais (*percidium e perduellio*) dos demais delitos, ditos ordinários: para os delitos capitais, diante do interesse público no desenvolvimento da persecução penal, promovia-se um processo de instrução oficial, denominada *inquisitio*, conduzido pelo *questor*, um funcionário nomeado pelo cônsul para o caso concreto; já para os delitos ordinários, a acusação era privada (*accusatio*), deduzida pelo cidadão e julgada por uma assembleia popular, denominada *iudicium populum*.²

Ocorre que, ao longo dos anos, esse modelo de acusação privada trouxe consigo o extraordinário crescimento de acusações infundadas, motivadas pelo sentimento de vingança pessoal, disfunção sistêmica que conduziu a mudanças paradigmáticas no modelo de Justiça Penal daquele período.

Em esboço histórico, Maier lembra que

El golpe de gracia para un sistema de injuiciamiento y persecución penal como la *accusatio*, tan puro teóricamente y conseqüente com las ideas políticas de las que partía, lo asestó la aparición de funcionarios oficiales encargados de velar por la

¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125-126.

² AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11-12.

seguridad pública y, por tanto, de perseguir penalmente los hechos punibles que caían bajo su conocimiento. Nació el sistema de persecução penal pública que llega hasta nuestros días, después de haber sido receptado como pilar fundamental de la Inquisición.³

Com a queda do Império Romano e a invasão dos povos germânicos no séc. V, tem início a Idade Média, com a formação de feudos descentralizados e pulverizados sob múltiplas formas de governo, e o cristianismo se consolida como doutrina hegemônica naquela época.

O Direito aplicado no período medieval, marcadamente consuetudinário, é moldado pelos costumes e restrito às relações dos senhores feudais com seus respectivos vassallos.

A Alta Idade Média (séculos V a XI) é caracterizada por indisfarçável imbricamento entre o Direito Germânico e o Direito Romano, com diversas regras regionalizadas, não sendo dado distinguir-se causas cíveis de criminais.⁴ A Baixa Idade Média (séculos XII a XIII) assiste ao fortalecimento do poder da Igreja e da Inquisição na organização do poder político daquele período.

Sob o papado de Inocência III (1161-1216) inaugura-se, no Direito Canônico do século XIII, o processo inquisitivo *stricto sensu*, distinto do processo canônico anterior, ao deixar de exigir a “queixa de um particular” e contentar-se, doravante, com uma delação ou rumor publicamente divulgado de má fama para que fosse provocada a atuação oficial persecutória com vistas à busca da verdade material.⁵

Nesse período, devidamente autorizado pela Bula do Papa Inocência IV, em 1252, o recurso à tortura para se obter a confissão contra atos de bruxaria desponta como método recorrente para trazer o herege à verdadeira fé.

E, como era esperado, a expansão da jurisdição eclesiástica vivida naquele período refletiu diretamente no exercício da jurisdição criminal que, até então, se encontrava repartida em pequenas circunscrições feudais, de forma assistemática, desordenada e desprovida de unidade e coerência jurídicas.⁶

Como se não bastasse, o processo penal acusatório privado tornou-se incapaz de fazer frente ao crescimento da criminalidade de massa que acompanhava o desenvolvimento urbano daquela época.

³ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 286.

⁴ ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 18.

⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17-18.

⁶ TURESSI, Flávio Eduardo. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 194.

Não tardou para que o processo acusatório privado fosse substituído pelo processo inquisitório, e que a solução de conflitos assumisse um viés predominantemente público, apoiado na busca da verdade material, com a adoção de um sistema de racionalidade dos meios de prova no qual a confissão era sua principal expressão - *confessio est regina probationum* -, e a tortura, por sua vez, a principal forma de obtenção dessa prova.

Aqui, não se falava em livre convencimento motivado, mas na verificação de condições legais para a condenação do acusado, instaurando-se um período de valorização legal da prova e limitação do poder do julgador.

Em suma, os sécs. XVI e XVII foram marcados pelo protagonismo da Inquisição.

Mais adiante, contrário aos dogmas do *ancien régime*, o século XVIII inaugura um movimento de renovação intelectual, cultural e política que, indiscutivelmente, também impactou no funcionamento das engrenagens da Justiça Criminal, surgindo as primeiras vozes contrárias ao uso da tortura e expiação humana na obtenção da prova.

Expoente do movimento humanista, Cesare Bonesana, em sua consagrada obra *Dos delitos e das penas*, chega até mesmo a afirmar que

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas quais poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.⁷

Na França, já no período do Iluminismo, credita-se ao *Code d'instruction criminelle*, de 1808, a pedra fundamental da reforma penal que se seguiu em toda a Europa continental, texto normativo que, partindo de um sistema de organização judicial, estrutura o Ministério Público e lhe confere o monopólio exclusivo da persecução penal, conferindo-lhe titularidade para promover e sustentar a ação penal pública.⁸

Dessa forma, transpondo o modelo inquisitivo, o sistema acusatório promove a justa separação entre quem acusa, quem defende e quem julga, e confere ao Ministério Público o necessário controle sobre a persecução penal.

Nas palavras de Hassemer:

⁷ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 46-47.

⁸ TURESSI, Flávio Eduardo. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 196.

La superación del procedimiento inquisitivo en el actual proceso penal constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho. El juez inquisidor reunía en sus manos prácticamente todas las funciones del estado penante y se encontraba ampliamente a cubierto de controles y correcciones.⁹

O nascimento do Ministério Público, órgão de Estado, para fazer parte do modelo acusatório, representa um grande avanço em relação ao inquisitório, com dupla justificativa: efetividade da persecução criminal e busca da imparcialidade do órgão julgador, garantia não presente no modelo anterior.¹⁰

À toda evidência, o sistema inquisitório não convive com o processo penal de viés democrático, sendo certo que a Constituição Federal de 1988, conferindo ao Ministério Público, em seu art. 129, I, a legitimidade privativa para a propositura da ação penal pública, adotou claramente o sistema acusatório, vale dizer, um processo penal de partes, com clara separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

Nessa direção, Demercian e Maluly¹¹ afirmam que, no Brasil, o processo penal tem estrutura acusatória, e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação, pois o inquérito policial não integra a instrução do processo, sendo instrumento dispensável e cuja única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da *opinio delicti* e consequente oferecimento da acusação (CPP, arts. 40, 39, § 5º, e 46, § 1º).

De fato, o próprio art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690 de 2008, deixa bastante claro que os elementos de convicção coligidos na fase extrajudicial da persecução criminal possuem, salvo exceções relacionadas às provas irrepetíveis, validade limitada.

Bem por isso, Polastri¹² leciona que “o nosso sistema é acusatório; entretanto, não tem a “estrutura *adversarial*” – adota-se um sistema acusatório em que se tem a busca de prova pela estrutura processual do “inquisitorial system”. E arremata o autor:

Enquanto nos sistemas de Common Law acabou se dando lugar a um processo com estrutura de busca de provas adversarial (*adversary sistem of litigation*), o certo é que no processo moderno europeu continental, mormente o penal, acaba sendo criado um novo processo acusatório ou acusatório do tipo *inquisitorial system*, o que vem aos

⁹ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 91.

¹⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 11.

¹¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2023. p. 18.

¹² POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 14.

poucos sendo adotado no processo penal brasileiro (a reforma de 2008, de certa forma mostra isso).¹³

Não por acaso, a recente e multidisciplinar Lei nº 13.964/2019, reafirmando a adoção do sistema acusatório no ordenamento pátrio, introduziu ao Código de Processo Penal o novo art. 3º-A: “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”.

E, conferindo interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), o STF, na síntese de Pacelli e Fischer, deixou claro que:

[...] a legítima vedação à substituição da atuação probatória do órgão de acusação significa que o juiz não pode, em hipótese alguma, tornar-se protagonista do processo. Simultaneamente, remanesce a possibilidade de o juiz, de ofício: (a) “determinar no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (artigo 156, II); (b) determinar a oitiva de uma testemunha (artigo 209); (c) complementar a sua inquirição (artigo 212) e (d) “proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição” (artigo 385).¹⁴

Não obstante a expressa afirmação do sistema acusatório no corpo do Código de Processo Penal se revele de indiscutível importância, a adoção desse modelo já era facilmente percebida no plano infraconstitucional a partir das alterações promovidas no texto adjetivo.

A título ilustrativo, a Lei nº 11.690/2008, em especial no tocante ao regramento conferido aos poderes instrutórios do juiz, como se verifica, por exemplo, com a disposição prevista em seu art. 212, *caput*, e parágrafo único, que expressamente coloca o julgador em posição subsidiária e complementar na atividade de inquirição das testemunhas, privilegiando a atuação das partes na produção da prova oral. De igual modo a mudança da redação do art. 384 dada pela Lei nº 11.719/2008 que passou a impedir que o magistrado julgasse qualquer caso, sem aditamento à inicial, na hipótese de prova nova que implicasse o reconhecimento de outro crime com pena igual ou menor à imputação inicial, representa exemplo da preocupação de excluir qualquer possibilidade de o juiz agir como se fosse parte.

Aliás, é preciso dizer que a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro já vinha sendo afirmada e reafirmada pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), com especial destaque para o quanto decidido pela Corte (Pleno) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104, relator o Ministro Roberto Barroso, que, com

¹³ POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 17.

¹⁴ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025. p. 626.

fundamento no regime jurídico constitucional do Ministério Público, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 8º da Resolução nº 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que, no ponto, condicionava a instauração de inquérito policial eleitoral à prévia autorização judicial, instituindo infundada modalidade de controle judicial prévio sobre investigações de natureza criminal.¹⁵

Nesse sistema de aplicação da lei penal, a imparcialidade do julgador desponta como expressão democrática da própria jurisdicionalidade, com importantes reflexos na existência válida do processo penal como um todo, como se verá a seguir.

1.1. Imparcialidade do juiz como expressão da jurisdicionalidade no sistema acusatório

De acordo com o art. 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988, *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.*

Pedra angular do processo penal democrático, o juiz natural, vale dizer, aquele órgão do Poder Judiciário previamente constituído a partir de regras legais antecipadas para analisar a controvérsia concreta (CF, art. 92, *caput*), contrapõe-se ao juízo ou Tribunal de exceção, este criado especificamente para apreciar o fato já consumado (CF, art. 5º, XXXVII).

Juiz ou Tribunal competente é aquele predeterminado em lei.

¹⁵ RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104- DF, Relator. Min. ROBERTO BARROSO, m.v., j. 21.05.2014.

Justamente por isso, Badaró afirma que “o escopo ou a finalidade da garantia do juiz natural é assegurar a imparcialidade do julgador, ou melhor, o direito de todo e qualquer acusado ser julgado por um juiz imparcial”.¹⁶

Indissociáveis, a garantia do juiz natural conduz à imparcialidade do julgador.

Como afirma Nucci:

A imparcialidade do magistrado exige a sua dormência em matéria de iniciativa da persecução penal, mormente quando provocar o nascimento da relação processual. Não se concebe a identidade entre órgão acusatório e órgão julgador, visto ser antinatural a possibilidade de atuação distinta e desapaixonada por dois módulos tão diferenciados.¹⁷

Não obstante, é certo que, concebida no plano teórico dogmático, a garantia da imparcialidade do julgador, como não poderia deixar de ser, indiscutivelmente convive com as imperfeições humanas na realidade das coisas.

Imparcialidade não se confunde com *neutralidade*. A imparcialidade é objetiva e se relaciona com o regramento legal que, no contexto da dogmática processual penal constitucional, veda ao julgador a iniciativa da persecução penal e impõe limites à sua atuação *ex officio* durante a fase instrutória. Neutralidade, de outro lado, é componente de caráter subjetivo que, inerente ao ser humano, reflete suas emoções, preferências e vivências pessoais.

Bem por isso, Giacomolli¹⁸ chega a afirmar a utopia de se acreditar que a interpretação das normas positivadas possa se dar à margem de valores pessoais sociais, históricos, filosóficos e psicológicos, vale dizer, de forma absolutamente neutra e equidistante pelo julgador, pois várias teias interferem no ato de julgar, até mesmo processos inconscientes, sendo a neutralidade das decisões rompida justamente por essa gama de interferências subjetivas.

Seja como for, na busca pela primazia do juiz imparcial, a mesma Lei nº 13.964 de 2019 introduziu ao Código de Processo Penal novo Capítulo denominado *Juiz das Garantias*, com disciplina traçada pelos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F.

A regulamentação, pelo Código de Processo Penal, do Juiz de Garantias, impacta fortemente na fase extrajudicial da persecução penal, não sendo equivocado falar-se, por exemplo, na revogação tácita do seu art. 156, I, que permite ao julgador ordenar, *ex officio*, no

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 44.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 331.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 278.

curso da investigação criminal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Com isso, desponta a importância do Ministério Público na condução da fase pré-processual da persecução criminal, seja por meio de suas investigações criminais autônomas, seja pelo exercício do controle externo da atividade policial. De acordo com Maya,

A opção por um juiz tutor da devida investigação criminal e dos direitos e garantias dos investigados reforça a importância do Ministério Público, a quem é definitivamente atribuído o controle da investigação criminal. A atuação *ex officio* do juiz nessa fase processual significa indevida interferência na formação da *opinio delicti* do Ministério Público.¹⁹

Todavia, mesmo deitando raízes no modelo legal de origem romano-germânica (*Civil Law*), orientado pela lei em sentido amplo e pela obrigatoriedade da ação penal pública, o processo penal brasileiro, a partir do desenho de discricionariedade regrada previsto no art. 98, I, da Constituição Federal, seguindo a tendência vista em diversos ordenamentos jurídicos igualmente pautados pela legalidade, passou a sentir os reflexos e influxos de um novo modelo de resolução das controvérsias na natureza penal: a Justiça Penal Consensual.

Atualmente, a inflexível obrigatoriedade da ação penal pública deixou de ser aceita a partir da incorporação de um novo modelo de enfrentamento das controvérsias penais: *o consenso como forma abreviada e alternativa de solução do conflito*.

2. JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

2.1. Direito comparado e os modelos de barganha

Nos países de tradição anglo-saxônica, como os Estados Unidos e o Reino Unido, a política de barganha se desenvolveu gradualmente.

No sistema norte-americano, o *plea bargaining* atingiu níveis massivos, com aproximadamente 94% dos casos resolvidos por acordo. Já os países de *civil law* - como França, Alemanha, Itália e Portugal - adotaram mecanismos de consenso de forma mais recente e

¹⁹ MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 91.

cautelosa, muitas vezes impulsionados por práticas informais antes de receberem respaldo legislativo.

A Alemanha, por exemplo, regulamentou os acordos penais em 2009 após intensa atuação jurisprudencial. Em Portugal e na França, medidas de arquivamento por oportunidade e mediação penal foram sendo incorporadas como resposta à sobrecarga do sistema. Mesmo na Itália e na Espanha, países nos quais a obrigatoriedade tem status constitucional, surgiram mecanismos como o *patteggiamento* e o processo abreviado, evidenciando a tendência à flexibilização.

Aliás, na Alemanha, referência histórica de nosso direito penal, a rigor, os acordos consensuais surgiram na prática forense, sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação.²⁰

Conforme escólio de Rauxloh²¹, na época em que Langbein fez seus estudos na Alemanha, já era recorrente a realização de acordos informais, o que se estabeleceu em larga escala em meados dos anos 1970. Contudo, Peters²² afirma que “não pode se descartar a possibilidade de ela existir desde que houve processo penal”.

Para Swenson²³, a partir de 1982, com a publicação de um artigo anônimo, iniciou-se um intenso debate doutrinário acerca desse fenômeno, ao passo que a barganha paulatinamente tornou-se rotina no direito germânico.

Em 1997, uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça (BGH) fixou pela primeira vez importantes diretrizes para a legalidade dos acordos²⁴. Posteriormente, em 2005, uma nova

²⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016.

²¹ RAUXLOH, Regina. *Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle*. *Fordham International Law Journal*, v. 34, 2011. p. 298.

²² PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011. p. 7.

²³ SWENSON, Thomas. *The German plea bargaining debate*. *Pace International Law Review*, v. 7, 1995. p. 375.

²⁴ As negociações foram consideradas válidas, mas deveriam, desde então, ser descritas publicamente no momento do juízo oral; seu resultado deveria ser gravado e incluído nos expedientes processuais; os juízes leigos e o réu deveriam participar e poder se pronunciar acerca da barganha; é proibida a barganha sobre as imputações penais (*charge bargaining*); a Corte não pode prometer uma sanção penal específica, mas somente determinar um limite máximo; o réu não pode ser indevidamente pressionado, sem ameaças e intimidações, e sua liberdade de escolha deve ser respeitada; a punição deve refletir a gravidade do delito e a culpabilidade do autor; a confissão do acusado deve ser verificada pelo Tribunal, necessariamente precisa ser plausível e precisa de modo a confirmar os atos de investigação existentes; e, o acordo não pode incluir renúncia ao recurso (BGH, Urteil vom 28. 8. 1997 – 4 StR 240/97, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 86-90). Ver, nesse sentido: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; PEZZOTTI, Olavo Evangelista, SMANIO, Gian Gianpaolo Poggio.; A DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 353–390, 2019. DOI: 10.35356/argumenta.v0i30.1589. Disponível em:

<https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/389>. Acesso em: 21 jul. 2025.

decisão do plenário ratificou tais pressupostos, atestando seu não cumprimento na prática judiciária e ressaltando, especialmente, a vedação de renúncia ao recurso, visto que sua realização impede o acesso dos casos aos tribunais superiores. Por fim, tal decisão exigiu a atuação urgente do legislativo, de modo a introduzir nova regulação jurídica no ordenamento germânico para finalmente disciplinar a realização dos acordos”.²⁵

Foi assim, ressaltam Vasconcellos e Moeller²⁶, que em maio de 2009 surgiu a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, a qual fundamentalmente adicionou um parágrafo (§ 257c) ao Código de Processo Penal alemão (StPO), regulando a realização de barganhas de modo semelhante ao determinado pelo BGH nas referidas decisões paradigmáticas.

A regulamentação foi criticada em razão do excessivo poder discricionário fornecido aos julgadores para incentivar o acordo, além de parte da doutrina germânica se mostrar cética à concretização dos limites impostos pela nova legislação, ao passo que, se a barganha surgiu de modo informal, não há que se acreditar em uma possível (e repentina) vinculação da atuação dos atores do sistema criminal às previsões legais.²⁷

De qualquer sorte, em recente manifestação de julgamento datado de março de 2013, o Tribunal Federal Constitucional alemão (BVerfG) analisou a constitucionalidade da nova legislação de 2009 acerca dos acordos no processo penal, visto que, se atendidas na prática, as limitações previstas respeitariam as garantias essenciais aos acusados e as premissas do processo penal germânico, além de alguns requisitos para a legalidade da barganha foram ressaltados: a confissão precisaria necessariamente ser verificada por provas complementares, de modo que, por si só, não pode fundamentar uma veredicto condenatório; o acusado deve ser avisado de seus direitos e das consequências do acordo; e as negociações devem ser descritas publicamente e registradas nos autos do processo.²⁸

Em breve resumo, países com nenhuma tradição de negociação passaram a adotar, ainda que de forma implícita, a política de barganha e não persecução penal.

²⁵ BGH, *Beschluß* vom 3. 3. 2005 – GSSt 1/04, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1440.

²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016.

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 19. 3. 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 1058-1072. Em inglês disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bv13-017en> (acesso em: 22 de julho de 2025).

2.2. Cenário nacional: entre tradição e inovação

A ação penal pública no Brasil sempre foi marcada pela tradição da obrigatoriedade, herdada dos modelos romano-germânicos.

No Brasil, as Ordenações Filipinas vigoraram até a promulgação do primeiro Código de Processo Criminal (“Código de Processo Criminal da Primeira Instância”).²⁹ Este diploma legal aboliu o sistema inquisitivo e implantou um sistema híbrido em que o processo podia ser instaurado por provocação ou de ofício pelo magistrado: tratava-se do procedimento judicialiforme que, logicamente, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, embora estivesse previsto no Código de Processo Penal de 1941.³⁰

No que se refere à obrigatoriedade da ação penal, estava prevista expressamente nos artigos 37³¹ e 74³² do Código de Processo Criminal do Império. E, as alterações sofridas com o advento da Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841 e seu regulamento n° 120, de 31 de janeiro de 1842, confirmavam, para a doutrina³³, essa obrigatoriedade no art. 222 do regulamento.³⁴

²⁹ Lei de 29 de novembro de 1832.

³⁰ A redação original do art. 26 previa que “A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial”.

³¹ Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes: 1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa d'elle, ou ferimentos com as qualificações dos [artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal](#); e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras. 2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciais. 3º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

³² Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo: § 1º Nos crimes, que não admittem fiança. § 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. § 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Principes, ou Princezas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia. § 4º Em todos os crimes publicos. § 5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funções. § 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.

Já o art. 75 previa as espécies de imunidades materiais ou escusas absolutórias: Não serão admittidas denuncias: § 1º Do pai contra o filho; do marido contra a mulher, ou vice-versa; do irmão contra o irmão. § 2º Do escravo contra o senhor. § 3º Do Advogado contra o cliente. § 4º Do impubere, mentecapto, ou furioso. § 5º Do filho famílias sem autoridade de seu pai. § 6º Do inimigo capital.

³³ CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. Obrigatoriedade da ação penal e Ministério Público, Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627, Acesso em 2 jun. 2018.

³⁴ Art. 221. Aos Promotores pertencem as attribuições marcadas no art. 37 do Codigo do Processo Criminal. Requererão por meio de petição, como outra qualquer parte, e sómente se dirigirão por meio de officios ás Autoridades, quando tiverem de pedir providencias a bem da justiça em geral, sem referencia a este, ou aquelle outro caso especial. Art. 222. Nos casos em que ao Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a accusação, e todos os termos do processo, nos quaes, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido

Posteriormente, outras modificações ocorreram. A Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871³⁵, regulamentada pelo Decreto nº 4.824 de 22 de novembro de 1871, criou o inquérito policial, o que possibilitou uma melhor separação da função da polícia judiciária da atividade jurisdicional dos magistrados e extinguiu a possibilidade do juiz *ex officio* dar início à persecução penal. Com isso, observa-se que esta lei estabeleceu normas que fortaleciam o sistema acusatório, afastando-se do sistema misto.³⁶

Essa lei, aliás, expressamente disciplinava a obrigatoriedade da ação penal, na medida em que previa no art. 15, §5º, a possibilidade de os magistrados aplicarem multas aos promotores nos casos em que não a denúncia não fosse oferecida tempestivamente.³⁷

Com o advento da primeira Constituição Republicana, em 1891, foi conferido aos Estados da Federação competência para legislar sobre matéria processual penal. Alguns Estados, lembra Afrânio Jardim, preferiram manter a aplicação do Código de Processo Criminal da Primeira Instância de 1832, como o Estado de São Paulo.³⁸

No entanto, a maioria dos Estados optou por promulgar seu próprio Código de Processo Penal e, neste sentido, vale dizer que a maior parte estabelecia de forma expressa a obrigatoriedade do exercício da ação penal. Dentre os Códigos estaduais que previam

³⁵ Art. 15. Fica abolido o procedimento ex-officio dos Juizes formadores da culpa, excepto nos casos de flagrante delicto; nos crimes policiaes; e nas especies dos §§ 5º e 7º deste artigo. § 1º No caso de flagrante delicto, se o réo obtiver fiança, a queixa ou denuncia será apresentada dentro dos 30 dias da perpetração do delicto. § 2º Se o réo estiver preso, a queixa ou denuncia será offerecida dentro de cinco dias. § 3º Não estando o réo preso nem afañado, o prazo para a queixa ou denuncia será igualmente de cinco dias, contados da data em que o Promotor Publico receber os esclarecimentos e provas do crime ou em que este se tornar notorio. § 4º As autoridades competentes remetterão aos Promotores Publicos ou seus adjuntos as provas que obtiverem sobre a existencia de qualquer delicto, a fim de que elles procedam na fórmula das leis. § 5º Se esgotados os prazos acima declarados, os Promotores Publicos ou seus adjuntos não apresentarem a queixa ou denuncia, a autoridade formadora da culpa procederá ex-officio, e o Juiz de Direito multará os Promotores ou adjuntos omissos na quantia de 20\$000 a 100\$000, se não offerecerem motivos justificativos de sua falta. § 6º O Promotor Publico, a quem o adjunto deverá communicar a queixa ou denuncia que tiver apresentado, poderá adicional-a como entender mais justo, e proseguir nos termos da formação da culpa. § 7º As autoridades judiciarias, sempre que reconhecerem casos de responsabilidade, formarão culpa a quem a tiver, sendo de sua competencia; e não sendo, remetterão ao Promotor Publico ou seu adjunto as provas que sirvam para fundamentar a denuncia; participando esta remessa á autoridade a quem competir a formação da culpa. Se, porém, o Promotor ou seu adjunto não officiar nos prazos dos §§ 1º, 2º e 3º, applicar-se-ha a disposição do § 5º. Art. 16. Aos Promotores Publicos, além das actuaes attribuições, compete: § 1º Assistir, como parte integrante do Tribunal do Jury, a todos os julgamentos, inclusive aquelles em que haja accusador particular; e por parte da Justiça dizer de facto e de direito sobre o processo em julgamento. § 2º Nos processos por crimes em que caiba a acção publica, embora promovidos por accusação particular, pertence tambem ao Promotor Publico promover os termos da accusação e interpôr qualquer recurso que no caso couber, quér na formação da culpa, quér no julgamento.

³⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; PEZZOTTI, Olavo Evangelista; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A discricionariedade da ação penal pública*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 353-390, 2019.

³⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 93-94.

³⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 95-99.

expressamente a obrigatoriedade, pode-se citar o do Distrito Federal³⁹, de Minas Gerais⁴⁰, do Rio Grande do Sul⁴¹ e da Bahia⁴².

Justamente por tais heranças históricas, a doutrina sempre compreendeu que o monopólio da vingança pública fez com que o Estado passasse a ter o dever de punir no combate à criminalidade.

Neste contexto, segundo Afrânio Jardim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não seria uma opção arbitrária do legislador. Ao contrário, estaria “inserido dentro de um contexto democrático, no qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo”.⁴³

A maior parte da doutrina clássica brasileira, com arrimo em autores como Tourinho Filho, Mirabete e Frederico Marques, afirma que o princípio da obrigatoriedade decorre implicitamente do sistema, sendo uma exigência do Estado Democrático de Direito para evitar discricionariedades arbitrárias do Ministério Público.

Para Tourinho Filho, o princípio da obrigatoriedade é o que melhor atende aos interesses do Estado: “dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social)”.⁴⁴

Frederico Marques, de igual modo, afirma que “no Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado ‘princípio da ação penal obrigatória’”.⁴⁵

Neste contexto, afirma concordar com o posicionamento de Custódio da Silveira, o qual sustenta que no mesmo art. 28 do CPP, no qual está previsto o controle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal, também há uma certa mitigação ao mesmo princípio. Isto porque considera não haver regra legal que determine quais seriam as *razões invocadas* pelo órgão ministerial e, com isso, defende que de acordo com o termo expresso no referido artigo, não há nada que impeça que sejam invocados “motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do *parquet*”.⁴⁶

³⁹ Arts. 3º e 22, do Decreto-Lei nº 16.751/1924.

⁴⁰ Arts. 26 e 29, do Decreto nº 9.640/1930.

⁴¹ Art.100, da Lei nº 24/1898.

⁴² Arts. 1.779 e 1.787, da Lei nº 1.121/ 1915.

⁴³ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 12.

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 333.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 310.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 312.

O princípio da obrigatoriedade, segundo Mirabete, significa o dever da autoridade policial a instaurar inquérito policial e do órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública.⁴⁷ Nesse mesmo sentido, sustenta Nucci, “não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo”.⁴⁸

Pacelli, por sua vez, afirma que a obrigatoriedade se refere à vinculação do Ministério Público em formar seu convencimento acerca dos fatos investigados. Para ele,

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal.⁴⁹

É de se avaliar, aliás, no contexto de um procedimento cada vez mais acusatório, se a aplicação do art. 28 do CPP, mesmo com a modulação dada pelo Supremo Tribunal Federal, assim como a vigência do atual art. 156 do CPP, mesmo modificado, não implicariam a perda de sua imparcialidade e isenção para o julgamento do mérito da causa, como já assinalado.

De qualquer sorte, com a crescente demanda por eficiência e racionalidade no sistema de justiça criminal, especialmente na era da pós-modernidade, observou-se um movimento global rumo à flexibilização dessa obrigatoriedade, abrindo espaço para políticas de consenso e negociação.

Essa transformação reflete mudanças estruturais na sociedade, nas funções do Estado e nas instituições de justiça, especialmente no Ministério Público, cuja atuação passou a incorporar valores como celeridade, consensualidade, utilidade e eficiência -características de um modelo penal de “segunda velocidade”.⁵⁰

Defender a obrigatoriedade da ação penal pública se coadunava com o modelo de processo penal de inspiração clássica e iluminista. A pós-modernidade, no entanto, tem demandado, por critérios de eficiência e utilidade, novos parâmetros.

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 47.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 47-48.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 114-115.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 148.

A Constituição Federal de 1988 não contém qualquer dispositivo que, de maneira explícita, imponha ao Ministério Público o dever absoluto de propor ação penal sempre que presentes indícios de autoria e materialidade.

O art. 129, inciso I, apenas atribui ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, “na forma da lei”, sem utilizar a expressão “obrigatoriedade”.

A redação é significativa, eis que a Constituição conferiu competência, mas condicionou seu exercício à disciplina legal, isto é, a Carta Magna não consagra a obrigatoriedade como um princípio rígido, mas abre espaço para que o legislador ordinário regule, com maior ou menor flexibilidade, o exercício dessa atribuição.

Esse silêncio constitucional contrasta, por exemplo, com a Constituição italiana, que expressamente prevê a obrigatoriedade no art. 112, ou com o modelo espanhol, que constitucionalizou a obrigatoriedade como garantia de imparcialidade e isonomia.

Portanto, ao contrário de alguns ordenamentos que positivaram o princípio como cláusula pétrea, o sistema constitucional brasileiro adotou uma fórmula mais aberta e instrumental, que admite interpretações evolutivas conforme a realidade social e a política criminal vigente.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem sido provocado sobre o assunto e, recentemente, a Associação Nacional da Advocacia Criminal questionou, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1122, a vigência e extensão do artigo 385 do Código de Processo Penal (CPP), que autoriza o magistrado a adotar medidas em desfavor ao réu, independentemente de um pedido do Ministério Público⁵¹. Como bem salientado pelo próprio STF,

O Ministério Público, sob pena de abuso no exercício da prerrogativa extraordinária de acusar, não pode ser constrangido, diante da insuficiência dos elementos probatórios existentes, a denunciar pessoa contra quem não haja qualquer prova segura e idônea de haver cometido determinada infração penal.⁵²

Em suma, embora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública tenha formado uma tradição jurídica relevante no Brasil, ele não é expresso na Constituição, tampouco de

⁵¹ Nesse sentido: DEMERCAN, Pedro Henrique; TORRES, Tiago Caruso. A constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/347. Acesso em: 21 jul. 2025.

⁵² HC 71429, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 25/10/1994, DJ 25-08-1995 PP-26023 EMENT VOL-01797-02 PP-00387.

maneira categórica no CPP. Sua vigência decorre de construções doutrinárias e jurisprudenciais, hoje cada vez mais relativizadas por um modelo de justiça penal negocial.

A transição da obrigatoriedade para a oportunidade controlada da ação penal pública é reflexo de uma dogmática penal mais realista, funcional e voltada à eficiência. Essa mudança é impulsionada por fatores como: crescente complexidade social e criminal; limitações estruturais do sistema de justiça; adoção de modelos consensuais globalmente; e valorização da atuação estratégica do Ministério Público.

Esse espaço normativo aberto, somado à constitucionalização da eficiência, à ampliação do papel do Ministério Público e ao reconhecimento da seletividade daquilo que é mais relevante para o procedimento padrão, autoriza a construção de uma nova racionalidade processual, pautada na utilidade da ação penal, na adequação à prevenção criminal e na proporcionalidade da intervenção punitiva.

Esse é o solo normativo e teórico sobre o qual se ergue o Acordo de Não Persecução Penal.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Malgrado inicialmente previsto no art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com as alterações que lhe foram feitas pela Resolução nº 183/2018 daquele mesmo órgão colegiado, o acordo de não persecução penal, inequívoca expressão de Justiça Penal negociada, foi finalmente incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 2019.

Ao lado dos institutos da *transação penal* (art. 76 da Lei nº 9.099/1995), *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei nº 9.099/95) e *acordo de colaboração premiada* (com a disciplina dada pela Lei nº 12.850/2013), o *acordo de não persecução penal* alarga ainda mais as hipóteses de consenso no processo penal brasileiro, flexibilizando a obrigatoriedade da ação penal pública, mas com eles não se confunde.

A transação penal, como se sabe, consiste num acordo entre o Ministério Público e o autor do fato criminoso, por meio do qual é oferecida a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, evitando-se o processo para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Já a suspensão condicional do processo é instituto despenalizador que mitiga a indisponibilidade da ação penal pública, permitindo o sobrestamento do processo por um determinado período de prova, observado o cumprimento de determinadas condições.

Na lição de Lima:

[...] o que bem explica a natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência. Por isso, não se confunde com o *guilty plea*, nem tampouco com o *plea bargaining*.⁵³

Portanto, na transação penal ajusta-se o cumprimento de penas não privativas de liberdade e, na suspensão condicional do processo, fala-se no cumprimento de determinadas condições, durante o período de prova, em ação penal já validamente instaurada. Ademais, transação penal e suspensão condicional do processo, ao contrário do regramento do ANPP, não estão condicionadas à prévia confissão do investigado ou réu.

Também não se confunde o ANPP, como já adiantado, com o acordo de colaboração premiada, com a disciplina que lhe foi conferida pela Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013, arts. 3º e ss.).

No ordenamento jurídico pátrio, o instituto da colaboração premiada, aqui compreendido como técnica especial de investigação criminal, encontra-se alocado na moldura de direito penal premial, com a previsão de benefícios para aquele que, depois de realizar a conduta punível, de forma reativa, atua para elidir ou minimizar os efeitos e as consequências de seus atos.⁵⁴

O próprio Supremo Tribunal Federal já pacificou orientação que define o acordo de colaboração premiada como um negócio jurídico processual⁵⁵ que, orientado pela efetividade, condiciona a aplicação dos benefícios à verificação concreta de resultados úteis à persecução penal; cuida-se, no limite, de meio de obtenção de prova.

Diferentemente, o novo art. 28-A do Código de Processo Penal prevê expressamente que, não sendo o caso de arquivamento da investigação e, dessa forma, existindo prova da materialidade e indícios de autoria da infração penal, tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a autoria de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça e com

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 568.

⁵⁴ TURESSI, Flávio Eduardo. Organização criminosa – Lei nº 12.850/2013. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; GOLDFINGER, Fábio Ianni (coord.). *Legislação penal extravagante*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 386.

⁵⁵ Nesse sentido: STF, HC nº 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 27/08/2015, processo eletrônico DJe-021, divulg. 03/02/2016, public. 04/02/2016.

pena mínima inferior a 04 anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, *mediante determinadas condições*.

Por meio do ANPP não se aplica pena. O acordo de não persecução penal não se reveste da natureza de direito subjetivo da pessoa investigada, somente podendo ser proposto pelo Ministério Público quando, diante do caso concreto, revelar-se *necessário e suficiente* para a reprovação e a prevenção da infração penal, conforme já decidido pelo STJ⁵⁶ (Superior Tribunal de Justiça) e pelo próprio STF (Supremo Tribunal Federal)⁵⁷. Ainda assim, trata-se de negócio jurídico e, pois, sujeito à negociação entre as partes.

⁵⁶ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO A SER AFERIDA, EXCLUSIVAMENTE, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – *In casu*, o acórdão recorrido invocou fundamentos para manter a inaplicabilidade do art. 28-A do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.964/2019, que não comportam qualquer censura por parte deste Sodalício, seja pela pena efetivamente aplicada na sentença condenatória, superior a 4 (quatro) anos, seja em face da gravidade concreta da conduta, dada a grande quantidade de droga apreendida, tratando-se de mais de 3 (três) quilos de cocaína pura com destino internacional, o que poderia inclusive obstar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, servindo para lastrear a fixação da causa de redução em seu patamar mínimo legal, como feito pela sentença condenatória. II – Afere-se da leitura do art. 28-A do CPP, que é cabível o acordo de não persecução penal quando o acusado confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição de pena, na forma do § 1º do mesmo artigo, a critério do Ministério Público, desde que necessário e suficiente para a reprovação do crime, devendo ser levada a gravidade da conduta, como no presente caso, em que a agravante foi presa com mais de 3 Kg de cocaína pura com destinação internacional, o que levou ao *Parquet* a, de forma legítima, recusar a proposta haja vista a pretensão de condenação a pena superior a 4 anos como, de fato, ocorreu no édito condenatório, que condenou a agravante à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em face da incidência da minorante do tráfico privilegiado em seu patamar mínimo legal que, ao contrário do alegado pela defesa, deve ser considerado na possibilidade de aferição dos requisitos para a proposta pretendida pela combativa defesa. III – Outrossim, como bem asseverado no parecer ministerial, “O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal”, não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, *ex vi* do art. 129, inc. I, da Carta Magna. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no RHC 130587/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., J. 17/11/2020, DJe 23/11/2020).

⁵⁷ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público “*poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições*”. 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.494-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF, AgRg no HC 195.327/PR, rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 08/04/2021).

Na válida advertência de Fischer

De certa forma, difundiu-se sobretudo em terras brasileiras que tudo que for mais benéfico ao acusado/imputado/réu (genericamente falando) se apresenta como um direito subjetivo por ele exigível. Não é assim, salvo melhor juízo. É que, pela própria essência, o ANPP -se tem certo cunho mais benéfico – demanda também uma duplicidade de ações positivas, não apenas da vontade do suposto autor do fato criminoso. Não se pode impor ao Ministério Público via judicial a obrigação de fazer acordo, tanto que a lei prevê o “recurso interno” na forma do § 14 do art. 28-A do CPP (“No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”).⁵⁸

Nesse sentido, cabe, desde já, questionar: no democrático processo penal brasileiro, de indisfarçável natureza acusatória, com clara separação entre as atividades de acusar, defender e julgar, quais devem ser os limites da ingerência judicial na política de acordos conduzida pelo Ministério Público e, em especial, no acordo de não persecução penal? A imparcialidade do juiz a qual sustenta e impulsiona a própria jurisdição criminal e, no limite, prega seu distanciamento e orienta para sua atuação complementar na atividade de produção da prova, permite que ele também se sente à mesa de negociações e discuta o mérito e as condições do negócio jurídico entre partes? A imparcialidade do julgador, pedra angular do processo penal democrático, permite avaliações subjetivas pelo juiz a respeito da (in)suficiência das condições entabuladas pelas partes?

Justamente por não se revestir da qualidade de direito subjetivo da pessoa investigada, não é dado ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça a proposta de acordo, por se tratar de exclusiva atribuição ministerial, inexistindo qualquer ilegalidade na sua recusa fundamentada pelo órgão acusatório, sob pena de indisfarçável afronta ao sistema acusatório e, no limite, violação à garantia do juiz imparcial, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁹.

⁵⁸ FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 388.

⁵⁹ EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP. PLEITO DE REALIZAÇÃO DO ACORDO. NÃO CABIMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FACULDADE DO *PARQUET*. RECUSA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019, indica a possibilidade de realização do negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal, que exige, dentre outros requisitos, aqueles previstos no *caput* do artigo: 1) delito sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos; 2) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a infração; 3) suficiência e necessidade da medida para reprovação e prevenção do crime. Além disso, extrai-se do § 2º, inciso II, que a reincidência ou a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional afasta a possibilidade da proposta. 2. A Corte de origem entendeu que a negativa do Ministério Público Federal em ofertar a proposta de ANPP estava devidamente fundamentada. Consoante se extrai dos autos, a denúncia foi recebida pelo juízo de primeiro grau em

Coerente com o sistema acusatório, o art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, ao estabelecer verdadeiro controle interno sobre a recusa ao ANPP, deixa claro que a decisão final sobre o cabimento da proposta cabe, de fato, ao próprio Ministério Público, fundamentadamente.

A jurisprudência do STJ orienta, ainda, para a desnecessidade da intimação do investigado, pelo Ministério Público, para que possa recorrer da decisão denegatória do acordo⁶⁰.

Ocorre que, ao incorporar o ANPP ao Código de Processo Penal, inadvertidamente deixou o legislador de 2019 de estabelecer prazo certo e determinado para o exercício, pelo investigado, do pleito revisional (interno) da recusa ministerial, omissão legislativa que levou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a eleger o momento previsto para o oferecimento de resposta à acusação como o mais adequado para tanto⁶¹.

abril de 2017. De fato, “o acordo de não persecução penal (ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, terá aplicação somente nos procedimentos em curso até o recebimento da denúncia (ARE 1294303 AgRED, Relatora ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/4/2021). Além do mais, o acordo pretendido deixou de ser ofertado ao recorrente em razão do Ministério Público ter considerado que a celebração do acordo, no caso concreto, não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime, pois violaria o postulado da proporcionalidade em sua vertente de proibição de proteção deficiente, destacando que a conduta criminosa foi praticada no contexto de uma rede criminosa envolvendo vários empresários do ramo alimentício e servidores do Ministério da Agricultura. 4. Esta Corte Superior entende que não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto. 5. De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado. 6. Cuidando-se de faculdade do *Parquet*, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça o acordo de não persecução penal. 7. Recurso não provido. (STJ, RHC 161251/PR, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., J. 10/05/2022, DJe 16/05/2022).
⁶⁰ Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.948.350/RS, rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), 5ª T., J. 09/11/2021, DJe 17/11/2021.

⁶¹ EMENTA: *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMESSA À INSTÂNCIA REVISORA. REQUERIMENTO TEMPESTIVO DA DEFESA. EXAME DE MÉRITO PELO MAGISTRADO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Embora seja incontestável a natureza negocial do acordo de não persecução penal, o que afasta a tese de a propositura do acordo consistir direito subjetivo do acusado, a ele foi assegurada a possibilidade de, em caso de recusa, requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, no prazo assinalado para a resposta à acusação (art. 396 do CPP). 3. Neste caso, o Ministério Público deixou de propor o acordo de não persecução penal. Tempestivamente, a defesa apresentou pedido de remessa dos autos à instância revisora, mas teve seu pleito negado pelo magistrado de primeiro grau, com base nos mesmos fundamentos apresentados pelo órgão acusador. 4. O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público. 5. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese de

Esse também é o entendimento de Cabral, quando afirma que

[...] o pedido ao juiz de remessa dos autos ao órgão de revisão do Ministério Público deverá ser feito por ocasião e no prazo da resposta à acusação, prevista nos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, uma vez que, nessa oportunidade, caberá ao acusado 'alegar tudo o que interesse à sua defesa' (CPP, art. 396-A), o que, obviamente, abrange o pedido para que seja proposto o acordo de não persecução penal.⁶²

Dessa forma, bem delineada a natureza de negócio jurídico entre partes do acordo de não persecução penal e, conseqüentemente, afastada a qualidade de direito subjetivo da pessoa investigada e a legitimidade ativa do Poder Judiciário na formulação do ajuste diante da recusa ministerial, passa-se, agora, para o outro ponto de fundamental importância na aplicação do novo instituto: qual deve ser o papel do julgador diante do acordo proposto e discutido pelas partes que lhe for apresentado?

O controle judicial se restringe tão-somente aos aspectos formais da legalidade do ajuste ou alcança, também, o seu conteúdo? Quais as limitações impostas ao exame judicial do negócio acordado pelas partes?

3.1 Boa-fé objetiva e os limites da ingerência judicial na validação do acordo de não persecução penal

Como já foi aqui adiantado, o ANPP nasceu para ordenamento jurídico brasileiro com a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, inexistindo, na sua redação original, qualquer previsão expressa a respeito do controle judicial do negócio celebrado, inclusive da sua própria execução.

A disciplina inicialmente emprestada ao instituto, de fato, não era a mais adequada, tanto que, pouco tempo depois, o mesmo Conselho Nacional do Ministério Público, ao editar a

manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior do MP (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021. Informativo n. 1017). 6. Ordem concedida de ofício para determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal. (STJ, HC 668520/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., J. 10/08/2021, DJe 16/08/2021).

⁶² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 194.

Resolução nº 183/2018, tratou de instituir nova sistemática ao ANPP, conferindo ao Poder Judiciário o controle da legalidade do acordo e dos direitos da pessoa investigada.

Incorporado ao Código de Processo Penal, o art. 28-A, § 4º, expressamente prevê a necessidade de ser designada audiência para a homologação judicial do ajuste: *para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.*

Assim, resta evidente que a audiência a ser realizada para a apreciação do ANPP tem por objetivo oportunizar o controle judicial da legalidade do ato, a partir do seu regramento codificado, bem como a verificação, pelo juiz, da livre e desembaraçada manifestação de vontade da pessoa investigada e, no limite, o respeito aos seus direitos e garantias individuais.

Portanto, a ingerência judicial na apreciação do acordo, em regra, recai primordialmente sob seus aspectos formais de legalidade e voluntariedade, e não de mérito, tanto que não se admite a homologação do ANPP sem realização da audiência pertinente, sendo insuficiente, para o cumprimento do regramento legal, decisão proferida nos autos sem a solenidade a que alude o Código de Processo Penal⁶³.

Diante da redação conferida pelo legislador de 2019 ao art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal, e, mais disso, destinando-se a solenidade precipuamente a aferir a legalidade e a voluntariedade do investigado na celebração do acordo, o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), por sua Procuradoria-Geral de Justiça, editou o Enunciado 26-PGJ, dispensando a participação do órgão ministerial nessa audiência de homologação: *não é obrigatória a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução penal prevista no § 4º do art. 28-A do CPP.*⁶⁴

E na hipótese de discordância, pelo juiz, do próprio conteúdo do acordo celebrado pelas partes e submetido à homologação? Pode o magistrado alterar ou mesmo *excluir ex officio* algumas de suas condições e, após reformulado, promover a homologação do ANPP?

Não. De início, é preciso dizer que o próprio art. 28-A, § 5º, do Código de Processo Penal, afirma que *se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições*

⁶³ Nesse sentido: STJ, Decisão monocrática no RHC 147032, rel. Min^a. Laurita Vaz, J. 17/05/2021, DJe 19/05/2021.

⁶⁴ Disponível em:

https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/Roteiro-de-ANPP_Terceira-Edicao_com-ANEXOS.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025.

dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

E nem poderia ser diferente, pois, como visto nas linhas iniciais deste ensaio, ainda que de forma consensual, a solução dos conflitos de natureza penal deve pautar-se pela separação das funções de acusar, defender e julgar, característica própria do sistema acusatório e, caso fosse permitida essa intervenção judicial *ex officio* para a homologação do acordo, a unidade, coerência e completude sistêmicas seriam indiscutivelmente colocadas em xeque.

Nessa ordem de valores, é preciso dizer que o juiz não participa das negociações (CPP, art. 28-A, § 3º) e, ademais, a eventual alteração das condições do ANPP pelo magistrado impactaria diretamente na voluntariedade das partes e, no limite, afrontaria a garantia do juiz imparcial.

Como afirmam Souza e Dower:

Dada a sua função meramente homologatória, não é possível que essa decisão reveja e altere os termos ou condições do ANPP, fixados pelas partes a partir de suas convenções autorreferenciadas. Eventual discordância do juiz quanto à adequação e suficiência das condições dispostas no ANPP ensejará, excepcionalmente, apenas sua devolução para eventual reformulação (§ 5º do art. 28-A), mas jamais a sua alteração por ato judicial.⁶⁵

Ainda nessa mesma linha, o STF, na decisão monocrática cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux na ADI 6.305, decidiu que “*O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas*”.

Assim, afastada a possibilidade de alteração *ex officio*, pelo magistrado, das cláusulas e condições do ANPP, outra questão, desta vez muito mais complexa, se oferece na aferição dos limites jurídicos que se oferecem ao controle judicial na homologação do ajuste, a partir do art. 28-A, § 5º, do CPP: no caso de não homologação e devolução do ANPP às partes, por inadequação, insuficiência ou abusividade de suas condições, o Ministério Público está obrigado a rever seus termos e reformular a proposta?

O enfrentamento ao questionamento posto deve passar em revista os quatro fundamentos legais possíveis previstos no Código de Processo Penal para a recusa judicial da homologação do acordo: *ilegalidade, inadequação, insuficiência e abusividade*.

⁶⁵ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 252.

Inicialmente, é preciso dizer que, se por um lado a verificação da eventual ilegalidade do ANPP implica num juízo predominantemente objetivo do seu conteúdo, a inadequação, insuficiência ou abusividade das suas condições, de outro giro, são questões altamente subjetivas que, uma vez preservada a necessária voluntariedade do negócio posto, merecem extrema cautela na sua aferição judicial e, no limite, na eventual recusa homologatória com esse fundamento.

Assim, caso o órgão do Ministério Público, após receber o ANPP não homologado pelo juiz que, no caso concreto, considerou inadequadas, insuficientes ou abusivas as suas condições (CPP, art. 28-A, § 5º), deixe de promover as adequações explicitadas naquela decisão e, dessa forma, insista nas condições já ofertadas, caberá ao magistrado, por analogia, aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal e remeter os autos à instância superior do Ministério Público, a quem compete, em última análise, apreciar não apenas o cabimento do acordo, mas também suas condições, nos quatro aspectos previstos em lei: *legalidade, adequação, suficiência e abusividade*.

A suficiência e a adequação das condições do ANPP no caso concreto são questões que se encontram umbilicalmente relacionadas com a própria titularidade privativa da ação penal pública conferida constitucionalmente ao Ministério Público.

Bem por isso, Vasconcellos afirma que

[...] em respeito ao sistema acusatório e à imparcialidade, eventual exame judicial sobre adequação e suficiência das condições deve ser limitado. Se o juízo entender que os termos do acordo são excessivamente lenientes diante da gravidade dos fatos, isso poderá ensejar, no máximo e excepcionalmente, a remessa da questão para revisão ministerial interna, nos termos do art. 28, *caput*, do CPP por analogia. Nesse caso, o órgão superior no MP analisará se mantém ou altera as cláusulas do acordo já negociadas e consentidas pelas partes originalmente.⁶⁶

É certo que o mesmo autor, fazendo recorte pontual no tocante à não homologação do ANPP em caso do reconhecimento, pelo juiz, de abusividade das cláusulas, defende o controle judicial direto e ativo das condições oferecidas e, no limite, a não homologação e até mesmo a homologação parcial do negócio diante da não readequação ministerial após sua devolução.⁶⁷

⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 217.

⁶⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 232.

Todavia, é forçoso reconhecer que, mesmo nessa hipótese, também haveria indevida ingerência judicial na formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, por se tratar de questão intimamente afeta ao pleno exercício da pretensão acusatória constitucionalmente conferida ao *Parquet*.

De toda sorte, da não homologação mostra-se cabível, ainda, a interposição de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, XXV).

Uma vez homologado o ANPP, os autos serão remetidos ao Ministério Público para que dê início à sua execução no Juízo das Execuções Penais (CPP, art. 28-A, § 6º).

Já na fase de cumprimento do ANPP, pode o Juízo das Execuções Penais, a pedido do investigado e diante do seu descumprimento do quanto pactuado, alterar as condições inicialmente acordadas pelas partes e homologadas judicialmente?

Evidentemente que não. O não cumprimento das condições do ANPP pelo investigado no prazo estabelecido implica na rescisão do acordo. Nesse ponto, é preciso reforçar que, ao contrário do regramento previsto para a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995), aqui não se fala em período de prova, mas em condições do ANPP, não sendo dado ao juiz das execuções nem mesmo alterar prazos para cumprimento das medidas acordadas, sob pena de afronta ao sistema acusatório.

No limite, a repactuação do ANPP implica em novação e, conseqüentemente, exige nova homologação judicial.

De toda a sorte, diante da política criminal de acordos que vem sendo gradativamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, o cabimento do ANPP no caso concreto e, nesse mesmo trilho, o conteúdo das suas condições em vistas à prevenção e reprovação da infração penal, são novos desafios que se apresentam ao Ministério Público e que reclamam, para seu seguro enfrentamento, atenção e obediência ao princípio da proporcionalidade, nas suas duas faces: *proibição de excessos e vedação da proteção penal insuficiente*.

Ainda que na forma negociada, a solução dos conflitos penais não pode descuidar-se da efetiva e integral proteção que o Direito Penal confere aos bens jurídico-penais, ainda que, no plano legislativo, certas condutas criminosas sejam apenas de forma extremamente branda, sob pena de seu completo esvaziamento.

Na crítica avaliação de Fischer:

[...] há muito temos no ordenamento jurídico a possibilidade de transação penal (art. 76, Lei 9.099/95) e a suspensão do processo (art. 89, Lei 9.099/95), porém ambos se mostraram insuficientes diante dos parâmetros de pena muito baixos para a solução da grande maioria dos crimes da legislação brasileira, hoje em boa parte abarcados,

em tese, pela possibilidade de acordos de não persecução penal. E temos a visão mais contemporânea de que há bens jurídicos que precisam também de proteção penal mesmo naqueles casos em que as *penas* previstas pelo legislador não sejam “tão altas”. E aí novamente insistimos que a utilização do Direito Penal não precisa ser vinculada necessariamente com “cárcere” (penas privativas), exatamente como forma de centrar o foco primordial do sistema contencioso para aqueles *crimes mais graves*.⁶⁸

Aliás, é preciso destacar que, sempre que for possível no caso concreto, as condições do ANPP também devem tutelar os direitos da vítima, em especial da pessoa hipossuficiente e vulnerável, sem capacidade econômica para suportar os encargos judiciais próprios das demandas na esfera cível, ainda que a reparação dos danos por ela suportados possa ser alcançado, apenas, parcialmente, pois

[...] sob o prisma do garantismo penal integral, o processo penal brasileiro não pode privilegiar a pessoa do criminoso em detrimento da figura da vítima, condenando-a ao esquecimento; ao revés, de forma equilibrada, deve servir de instrumento para a efetiva tutela de todo e qualquer direito fundamental reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio, individual ou coletivo, identificando-se também o ofendido como sujeito de direitos.⁶⁹

Em suma, no contexto do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não se restringem à função de defesa individual da pessoa diante da atuação estatal, visão míope que, rompido o séc. XXI, precisa ser finalmente superada e, com ela, a ultrapassada concepção do Estado-Leviatã, sempre em rota de colisão com direitos e garantias individuais.

CONCLUSÕES

1. A expansão dos mecanismos de justiça penal consensual no Brasil representa uma inflexão significativa no paradigma tradicional da persecução penal, fundada na legalidade estrita, na obrigatoriedade da ação penal e no contraditório pleno. Essa inflexão, embora impulsionada por demandas legítimas de eficiência e racionalidade, desafia as categorias clássicas da dogmática processual penal.

⁶⁸ FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 377.

⁶⁹ TURESSI, Flávio Eduardo. *Derechos humanos y derecho penal: diálogos entre o direito internacional de los derechos humanos y la protección das vítimas no sistema de justiça penal do Brasil*. *Sapientia Iuris*, v. 2, p. 205-253, 2025. p. 241.

2. A adoção de instrumentos negociais, como o acordo de não persecução penal, insere no processo penal brasileiro elementos típicos do modelo anglo-saxão, que pressupõe maior margem de discricionariedade por parte do Ministério Público e protagonismo das partes na gestão do conflito penal, o que tensiona os fundamentos do sistema acusatório tradicional.
3. A atuação do juiz na justiça penal consensual requer delimitação normativa rigorosa para garantir sua imparcialidade institucional. A participação judicial em fases de negociação ou instrução informal pode comprometer a equidistância do julgador e gerar dissonância com o devido processo legal substancial, que exige a separação clara entre as funções de acusar, defender e julgar.
4. A imparcialidade do juiz deve ser compreendida não apenas como ausência de interesse subjetivo, mas como função estruturante do processo penal constitucional, assegurando a legitimidade da jurisdição penal e a confiança da sociedade no sistema de justiça. A quebra dessa imparcialidade, mesmo que formal, compromete direitos fundamentais e viola a lógica do processo acusatório.
5. O modelo brasileiro de justiça penal negocial carece de maior sistematização legislativa e controle institucional, a fim de evitar distorções como a banalização do consenso, a coação da defesa para celebração de acordos e a assimetria de poder entre acusação e defesa. A regulamentação adequada é condição para que a justiça penal consensual opere dentro de um marco democrático e garantista.
6. A experiência comparada demonstra que a introdução de mecanismos de consenso deve ser acompanhada de salvaguardas processuais robustas, inclusive quanto ao papel do juiz como garantidor e não como gestor do acordo. A ausência de tais filtros pode converter a justiça consensual em instrumento de gestão punitiva seletiva, desconectada de valores republicanos.
7. É imperativo que o Ministério Público, ao assumir papel de protagonista nas negociações penais, atue com transparência, proporcionalidade e controle de legalidade, orientado não apenas pela conveniência da persecução, mas pelos princípios constitucionais que regem sua atuação como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais.
8. A justiça penal consensual, se adequadamente regulada e praticada com fidelidade aos princípios constitucionais, pode representar avanço na racionalização do sistema penal, mas deve permanecer subordinada aos valores do Estado Democrático de

Direito, e jamais funcionar como atalho à custa da imparcialidade judicial e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 13. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 1999.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; TORRES, Tiago Caruso. A constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/347. Acesso em: 21 jul. 2025.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2023.
- FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 373-396.
- GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público*. São Paulo: Manole, 2003.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.
- MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; PEZZOTTI, Olavo Evangelista; SMANIO, Gianpaolo Poggio. A discricionariedade da ação penal pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 353-390, 2019. Disponível em: <https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/389>. Acesso em: 21 jul. 2025.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2024.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.
- PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011.
- POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- RAUXLOH, Regina. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle. *Fordham International Law Journal*, v. 34, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- SWENSON, Thomas. The German plea bargaining debate. *Pace International Law Review*, v. 7, 1995.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- TURESSI, Flávio Eduardo. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- TURESSI, Flávio Eduardo. Derechos humanos y derecho penal: diálogos entre o direito internacional [...] *Sapientia Iuris*, v. 2, p. 205-253, 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.5281/zenodo.15862988>. Acesso em: 17 jul. 2025.

TURESSI, Flávio Eduardo. Organização criminosa – Lei nº 12.850/2013. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; GOLDFINGER, Fábio Ianni (coord.). *Legislação penal extravagante*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 357-467.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016. Disponível em: <https://ac.els-cdn.com/S0041863318300899/1-s2.0-S0041863318300899-main.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2025.

CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL COMPLIANCE OF THE DIFFERENTIAL DISCIPLINARY REGIME

Renee do Ó Souza

Mestre em Direito e Políticas Públicas, estado e Desenvolvimento pelo Centro
Universitário de Brasília (UNICEUB)

Promotor de Justiça no Ministério Público do estado do Mato Grosso (MPMT).

reneesouza@hotmail.com

Mariano Paganini Lauria

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Promotor de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Norte (MPRN)

mariano.lauria@mprn.mp.br

RESUMO

O presente artigo visa a apresentar uma análise dogmática constitucional acerca do regime disciplinar diferenciado. Abordam-se o contexto histórico, em que tal instituto surgiu no ordenamento jurídico, sua previsão normativa, hipóteses e características, para, então, proceder-se a uma análise de sua conformidade constitucional propriamente dita, mediante a interpretação e aplicação de parâmetros constitucionais supostamente violados. Também se analisa o tema sob o prisma do recente Caso Hernández Norambuena vs. Brasil. Ao fim, serão tecidas algumas considerações conclusivas em relação à conformidade constitucional e convencional do instituto em comento.

Palavras-chave: Regime disciplinar diferenciado - Caso Hernández Norambuena vs. Brasil - Conformidade constitucional e convencional.

ABSTRACT

This article aims to present a constitutional dogmatic analysis of the Differentiated Disciplinary Regime (RDD). It addresses the historical context in which this institute emerged within the legal system, its statutory provisions, hypotheses, and characteristics, in order to proceed to an analysis of its constitutional compliance through the interpretation and application of supposedly violated constitutional parameters. Furthermore, the topic is examined through the lens of the recent Hernández Norambuena v. Brazil case. Finally, concluding remarks are offered regarding the constitutional and conventional compliance of the legal institute under review.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime (RDD) - Hernández Norambuena v. Brazil case - Constitutional and conventional compliance.

INTRODUÇÃO

Há décadas o Estado brasileiro revela dificuldades estruturais para enfrentar, de modo eficaz, a criminalidade organizada. A experiência empírica demonstra que diversas lideranças criminosas, mesmo após o encarceramento, não têm sua capacidade de comando neutralizada, permanecendo aptas a dirigir atividades ilícitas, expedir ordens e coordenar ações a partir do interior dos estabelecimentos prisionais, os quais, não raras vezes, convertem-se em verdadeiros centros operacionais de organizações criminosas estruturadas sob a forma de “sindicatos”, “partidos” ou “comandos” do crime.

Nesse contexto, observa-se a consolidação progressiva de um autêntico “Estado paralelo” no ambiente intramuros, no qual se produzem decisões, se impõem sanções e até se decretam sentenças de morte, em frontal afronta às instituições legitimamente constituídas e à soberania popular. Tais práticas corroem os pilares do Estado Democrático e Constitucional de Direito e projetam seus efeitos para além dos muros do cárcere, submetendo a sociedade a episódios de extrema gravidade, como a imposição de “toques de recolher” e a deflagração de ações coordenadas de violência generalizada, conhecidas como “salve-geral”.

Foi nesse cenário de evidente insuficiência dos instrumentos tradicionais de contenção da criminalidade organizada que se instituiu, por meio da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o Regime Disciplinar Diferenciado. A criação desse regime especial foi impulsionada, sobretudo, por acontecimentos concretos que evidenciaram a necessidade de adoção de medidas restritivas mais severas em relação a determinados condenados, cuja periculosidade extrapolava os parâmetros ordinários de disciplina prisional.

Entre esses episódios, destaca-se a rebelião de grandes proporções ocorrida em fevereiro de 2001, no Estado de São Paulo, que expôs de forma dramática a capacidade de articulação e comando de organizações criminosas a partir do interior do sistema penitenciário. Na ocasião, vinte e cinco penitenciárias e quatro cadeias públicas aderiram simultaneamente ao movimento, orquestrado por facção criminosa que reagiu à transferência de algumas de suas principais lideranças da Casa de Detenção do Carandiru para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, unidade então concebida como estabelecimento de segurança máxima.

Em resposta a tal rebelião, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo editou, em 04 de maio de 2001, a resolução nº. 26¹, que regulamentava a inclusão, permanência e exclusão de presos no regime disciplinar diferenciado, destinado aos integrantes de facções criminosas. O fim colimado era o recrudescimento do controle disciplinar no interior do sistema carcerário, com previsão de aplicação inicial em cinco unidades prisionais, quais sejam: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré. O regime consistia no isolamento do detento por 180 dias na primeira inclusão e por 360 dias nas demais, com previsão de “*banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia*” e “*duração de 2 horas semanais para visitas*” (artigo 5º, incisos II e IV da Resolução 26/01)².

Posteriormente, em março de 2003, houve dois assassinatos de Juízes de Varas de Execução Penal – um em São Paulo/SP e outro em Vitória/ES – perpetrados por facções criminosas em retaliação à postura firme dos magistrados com relação às questões penitenciárias.

Os dois episódios aceleraram a aprovação do Projeto de Lei nº 5.073, enviado ao Congresso Nacional pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Tal projeto de lei intencionava sistematizar, em âmbito federal, um regime penitenciário disciplinar mais rigoroso, tendo culminado com a aprovação da Lei nº 10.792/2003, a qual alterou dispositivos da Lei de Execução Penal, passando a disciplinar o instituto do regime disciplinar diferenciado³.

Embora haja uma certa tranquilidade na jurisprudência sobre a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, estabeleceu-se certa polêmica doutrinária sobre o tema. Com efeito, parcela considerável da doutrina⁴, levanta-se para apontar a inconstitucionalidade do instituto em comento, pelos mais variados argumentos, tais como: mácula à dignidade da pessoa

¹ “A norma teria sido veiculada no exercício da competência estadual para legislar sobre direito penitenciário e foi considerada válida pelo TJSP (HC 400.000.3/8, 6ª Cam., 21.11.02).” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

² COSATE, Tatiana **Moraes**. *Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?* Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, p. 207 e ss., maio/ago. 2007. Disponível em: <<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11466>>. Acesso em: 1 jan. 2026.

³ COSATE, Tatiana **Moraes**. *Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?* Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 2, p. 208, maio/ago. 2007. Disponível em: <<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11466>>. Acesso em: 1 jan. 2026.

⁴ Nesse sentido, ver por todos o seguinte artigo: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *O suplício de Tântalo: a Lei 10.793/03 e a consolidação da política criminal do terror*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

humana, ofensa à individualização e ao princípio da humanidade das penas *et coetera*. Por outro lado, diversos autores⁵ defendem a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, o qual configuraria opção política legítima do Estado que busca recuperar o controle do sistema penitenciário e amedrontar a força da criminalidade organizada intramuros.

Nada obstante, percebe-se que o debate é, no mais das vezes, movido por posicionamentos filosóficos e ideológicos, descurando do caráter eminentemente jurídico-dogmático que deve permear a análise da constitucionalidade do instituto em testilha. Sendo assim, autores que se filiam à corrente teórica de filosofia política mais republicana costumam apontar a possibilidade de um regime disciplinar penitenciário fortemente rigoroso, desde que respeitados alguns direitos básicos dos indivíduos segregados⁶, ao passo que outros tendem a enxergar inconstitucionalidade em tal regime.

Embora essa seja uma tendência que permeia o meio jurídico brasileiro, de reputar como inconstitucional aquilo com que não se concorda ou a que não se está alinhado ideologicamente, mormente em tempos de polarização político partidária, buscamos neste trabalho perscrutar se, na perspectiva jurídico-dogmática, existem parâmetros constitucionais efetivamente violados pela Lei n.º 10.792/2003, naturalmente sem a pretensão de esgotar o assunto.

Cumprido ressaltar que o regime disciplinar diferenciado não configura, tecnicamente, um regime de cumprimento de pena, até porque pode ser aplicado a presos ainda não condenados (provisórios), mas um *regime de disciplina carcerária especial*, conforme ensina Mirabete:

Pela Lei n.º 10.792, de 1.º-12-2003, foi instituído o regime disciplinar diferenciado, que não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.⁷

Prevê o art. 52 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, que podem ser inseridos no regime disciplinar diferenciado o preso definitivo ou provisório,

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, pp. 445–450.

⁶ Em que pese o debate mais aprofundado acerca de filosofia política não constar entre os objetivos centrais almejados no presente artigo, vale a pena conferir a seguinte obra. GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-1984*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 149–150.

nacionais ou estrangeiros⁸ que: a) pratique crime doloso constitutivo de falta grave, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (*caput* do citado artigo); b) que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (parágrafo primeiro) e c) o sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (parágrafo segundo).⁹

A primeira hipótese, descrita no *caput*, é costumeiramente referida como regime disciplinar diferenciado punitivo. Trata-se de verdadeiro poder sancionatório do Estado à falta grave cometida, que visa a manter o devido controle sobre o estabelecimento penal. Observe-se que tal falta apresenta um qualificativo adicional em relação às demais, pois além de ter sido praticado pelo ergastulado um crime doloso durante o momento da prisão, tal fato deve necessariamente ocasionar uma grave subversão da ordem ou disciplina internas (a exemplo de motins violentos, homicídios qualificados motivados por vingança e “acerto de contas”, entre outros), afigurando-se de todo razoável tal postura estatal sancionatória.¹⁰

Em sentido diverso, as duas outras hipóteses tratam do que se convencionou chamar de regime disciplinar diferenciado cautelar ou preventivo, visto não refletirem punição a determinada falta cometida, porque buscam evitar um risco iminente à própria segurança do estabelecimento (indicativo de que determinado preso exerce forte influência na organização de rebeliões, por exemplo) ou da sociedade (isolamento das lideranças de organizações criminosas, que ordenam a prática de crimes a serem executados por seus comparsas fora do cárcere). Tais hipóteses, naturalmente, devem ser aplicadas com a necessária prudência, quando presentes os elementos sumários das medidas cautelares em geral, e apenas em situações concretamente demonstradas, nunca em decorrência de mero automatismo jurídico.

Relembre-se que inexistente qualquer óbice para a previsão do regime disciplinar diferenciado preventivo já que assente na legislação processual a possibilidade de aplicação de medidas afilivas anteriores à condenação, desde que voltadas ao resultado útil do processo e decretadas por meio de decisão fundamentada – como sói ocorrer, por exemplo, com a prisão

⁸ Até mesmo porque o preso provisório também se encontra sujeito à Lei de Execução Penal, conforme a inteligência do artigo 2º, parágrafo único do referido diploma normativo.

⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

¹⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

preventiva e as medidas cautelares pessoais diversas da prisão positivadas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A propósito, muito interessante é a proposta apresentada por Guilherme de Souza Nucci que defende uma espécie de interpretação conforme¹¹, aliando, de forma cumulativa, as hipóteses dos parágrafos primeiro e segundo, diante da abertura e vagueza das situações lá previstas. Dito por palavras menos congestionadas, propõe o aludido autor que tais critérios (presos que apresentem alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas) sejam aplicados de forma obrigatoriamente cumulativa, a fim de se satisfazerem os requisitos de um regime disciplinar diferenciado efetivamente legítimo e proporcional. Neste sentido, pondera:

Em nossa visão, a única forma de acolher o disposto no §1.º deste artigo é associá-lo ao §2.º, que faz expressa remissão às organizações criminosas. Portanto, presos de alta periculosidade para o presídio ou para a sociedade são aqueles que integram o crime organizado ou, pior, lideram tais agrupamentos. Essa é, na essência, a autêntica legitimidade do RDD; o isolamento dos líderes de organizações criminosas.¹²

Nos termos da legislação de regência, o regime disciplinar diferenciado terá as seguintes características: a) duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; b) recolhimento em cela individual; c) visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; d) direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; e) entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; f) fiscalização do conteúdo da correspondência; e g) participação em audiências judiciais preferencialmente por

¹¹ Em idêntico perfilhamento, José Paulo Baltazar Júnior também defende a possibilidade/necessidade de uma interpretação conforme ao dispositivo em voga, conforme segue: “É de registrar ainda que, em linha de princípio, e em atenção ao princípio da proporcionalidade, a imposição do regime disciplinar diferenciado não decorrerá, pura e simplesmente, do fato de ter sido o crime cometido por quadrilha, bando ou organização criminosa, acrescentando-se a tais requisitos a demonstração da necessidade da medida no caso concreto, em virtude do grau de organização e do tipo de grupo criminoso, o que poderá levar a um risco de fuga ou resgate violento, da reiteração na prática criminosa após a prisão, em virtude, por exemplo do grau de articulação com indivíduos soltos, etc. Empresta-se, assim, interpretação conforme ao dispositivo, sem vislumbrar, em abstrato, inconstitucionalidade.” *Idem, ibidem.*

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 450.

videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.¹³

Postas tais premissas, passa-se à análise acerca da conformidade constitucional do instituto.

1. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS

O primeiro teste de validade feito ao regime disciplinar diferenciado é quanto ao malferimento à dignidade da pessoa humana, o que nos remete a algumas considerações acerca do significado e alcance da norma do artigo 1.º, III, da Constituição Federal.¹⁴ Modernamente, a dignidade da pessoa humana é vista como valor fundamental, mantendo estreita relação com os direitos fundamentais, uma vez que estes, em sua maioria, consubstanciam projeções daquela, tendo em seus conteúdos nucleares uma íntima conexão com aquela, o que lhe remodela como um verdadeiro valor-fonte.¹⁵

Embora de inegável grandeza junto ao Estado Constitucional moderno, a dignidade da pessoa humana tem, por vezes, se desdobrado para abordagens hipertrofiadas e um uso meramente retórico, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que se devem, sem dúvida, às dificuldades de sua definição e alcance concreto.¹⁶

Essa patente dificuldade conceitual deu azo a inúmeras teorias acerca do tema, entre elas a famosa “fórmula-objeto” de inspiração kantiana, segundo a qual: se estaria diante de uma violação da dignidade humana toda a vez que o indivíduo fosse instrumentalizado, ou seja, utilizado como um meio para o alcance de determinados propósitos. É certo que esse método é mais profícuo nos casos extremos de evidente instrumentalização do sujeito (como são, por exemplo, a tortura, escravidão, nítidas humilhações *et coetera*) e um tanto quanto ineficaz nos

¹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

¹⁴ Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III, da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 245–246.

¹⁶ MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

demais (a maior parte), caracterizados por uma zona cinzenta sobre a violação do conteúdo nuclear da dignidade humana. Tal imprecisão conceitual deu início a uma tendência (verificada até hoje) de se definir negativamente a dignidade da pessoa humana. Segundo tal estratégia de definição, busca-se, em suma, a definição não por intermédio de seu conteúdo, mas sim centrando-se a análise no objeto da ação supostamente violadora, pautando-se sempre na casuística do caso concreto.¹⁷

No que atine ao tema do presente estudo, exsurtem como possíveis parâmetros de inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado o direito fundamental à vedação da submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III, da Constituição Federal¹⁸), bem como a proibição de penas cruéis (art. 5.º, XLVII, alínea “e”, da Carta Maior) – este último, de certa forma, numa relação de *lex specialis* com o primeiro, por ser mais específico em relação às pessoas presas, podendo-se afirmar tratar-se, em verdade, de positivação do princípio da humanidade das penas¹⁹.

Passa-se, então, a indagar: o preso submetido ao regime disciplinar diferenciado está sob o jugo de tortura, tratamento desumano ou degradante? Seria uma espécie de pena cruel infligida pelo Estado? Caso a resposta seja positiva, possível afirmar a inconstitucionalidade do instituto por ofensa aos dispositivos supramencionados e até mesmo, por decorrência lógica, à própria dignidade humana do preso (tendo em vista a correlação explicitada desta com o direito fundamental), o que seria bem mais grave, dada a magnitude e intangibilidade deste valor fundamental. De outra banda, em caso negativo, pode-se afirmar que o regime disciplinar diferenciado traduz hipótese legítima e constitucional de intervenção estatal, seguindo-se adiante na análise jurídico-dogmática proposta.

Nesse passo, com relação ao conceito de tortura, tratamento desumano ou degradante, cumpre trazer à baila o seguinte ensinamento de Luiz Alberto David Araújo, conforme segue:

O conceito de tortura estaria dentro da ideia de tratamento desumano. Na verdade, a Constituição Federal cuidou de deixar claro que três comportamentos estariam sendo

¹⁷ MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

¹⁸ III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

¹⁹ “Em contraste com o que Ruiz Funes chamou de direito penal de cólera, que “ataca às cegas”, o direito penal moderno, de origem iluminista, se orienta pela máxima oposição às penas de morte, às penas cruéis, à barbárie das fogueiras, das acusações infundadas, das provas legais, enfim, da caça às bruxas, do sacrifício de inocentes” BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

condenados: a prática da tortura, o tratamento desumano, que poderia ser qualquer outro que, assim caracterizado, não se enquadraria na hipótese de tortura, e, por fim, o tratamento degradante. Cuidou o constituinte de alargar o conceito, mesmo pecando por excesso. Quis deixar claro que todo e qualquer comportamento atentatório à dignidade da pessoa humana, quer enquadrado como tortura, quer enquadrado como degradante, ou ainda desumano, mereceria reprovação do Estado Brasileiro. Haveria, nos dizeres de Raúl Canosa Usera[2], gradações da mesma situação. Não há necessidade, neste dispositivo, de clara identificação entre uma e outra situação.²⁰

Portanto, percebe-se que são conceitos que guardam uma imbricação lógica entre si e com a dignidade da pessoa humana²¹. Nada obstante, existem dispositivos legais que definem o que seja tortura no Brasil, quais sejam: (a) a Convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, já devidamente incorporada no Brasil, pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991 e (b) a Lei 9.455/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências.

Em análise de ambos os diplomas legais²², verifica-se que a tortura seria a imposição de um intenso sofrimento físico ou mental com uma finalidade especial, notadamente a obtenção de informações ou confissões, a discriminação e a imposição de castigos ou punição a alguém sob a guarda ou autoridade estatal – hipótese esta que teria relação direta com o instituto analisado. De outra banda, a própria Convenção faz a seguinte ressalva na parte final do seu artigo inicial, *in verbis*: “*Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que*

²⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Comentário ao art. 5º, III, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 561.

²¹ Neste ponto, afigura-se relevante destacar que hodiernamente – apesar da posição há muito arraigada na doutrina constitucional brasileira de que não há direito fundamental absoluto, sequer a vida – alguns autores ponderam que a vedação à tortura poderia ter contorno absoluto, justamente porque a prática de qualquer sevícia ao cidadão, notadamente por agente estatal, ofenderia frontalmente a sua dignidade de pessoa humana. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. Tortura – Lei 9.455/1997. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (org.). *Leis penais especiais comentadas: artigo por artigo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1071.

²² Nesse sentido, estabelece o artigo primeiro da referida Convenção que: “*Para os fins desta Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.*” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2026.

sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas”²³

Dessarte, em uma análise perfunctória, pode-se adotar como conclusão parcial que o regime disciplinar diferenciado não é considerado tortura, pois decorre de uma sanção estatal legítima. Todavia, tal raciocínio seria por demais simplório e não resolve satisfatoriamente a indagação inicial, sendo necessária uma análise específica das características do instituto a fim de verificar se efetivamente a pessoa sujeita ao mencionado regime é submetida a tortura, tratamento cruel ou degradante.

Nessa toada, cumpre repisar as características centrais de cumprimento do regime disciplinar diferenciado, quais sejam: duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; recolhimento em cela individual; visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; fiscalização do conteúdo da correspondência; participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

Ora, temos então, em síntese ilustrativa, um regime disciplinar especial que possui efetivamente um prazo máximo estabelecido por lei, o qual não parece, por si só, irrazoável; que determina o recolhimento celular (individual) do preso, o que não chega a ser nenhuma novidade, pois a própria Lei de Execução Penal, em seu art. 88, já prevê o recolhimento do condenado em cela individual, logo, embora carente de efetividade tal dispositivo (é cediço que quase a totalidade dos estabelecimentos penitenciários no Brasil estão superlotados, sendo uma quimera a previsão da LEP de recolhimento individual do preso regular, fora das situações do regime disciplinar diferenciado), não se podendo dizer que seja um rigorismo inovador.

Outrossim, é garantido o direito de visita – e por decorrência o direito fundamental à convivência familiar, ainda que de forma mais restrita, pois limitado a duas pessoas (sem contar as crianças) uma vez a cada quinze dias; ademais, prevê a possibilidade de saída do ambiente

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 1 jan. 2026.

de confinamento celular por duas horas diárias, para atividades como banho de sol, regra mais severa, porque restringe as atividades de lazer e o contato com os outros detentos, mas longe de constituir tortura ou crueldade, já que voltada justamente a evitar o convívio e troca de informações entre os presos.

Não se deve olvidar que o custodiado submetido ao regime disciplinar diferenciado já se encontra inserido numa relação de especial sujeição ao Estado, ou seja, já tem uma natural limitação de seus direitos fundamentais (como o direito geral de liberdade e de ir e vir, por exemplo), por força de uma decisão judicial (seja com ou sem trânsito em julgado).

Neste esteio, citando Konrad Hesse, José Paulo Baltazar Júnior assim se manifestou:

Um segundo ponto a destacar é que se está diante de uma relação de especial sujeição, sobre as quais assim se manifesta Hesse:

‘Trata-se de condições de vida especiais de, cada vez, legalidade própria material especial que, por causa dessa legalidade própria, também, cada vez, requerem ordens especiais mais elásticas. (...) As relações de *status* especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas tarefas na vida da coletividade, se o *status* geral, jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais do particular também permanecesse conservado completamente no *status* especial.’²⁴

Trata-se de verificação central para o desenvolvimento do presente estudo. O regime disciplinar diferenciado encontra fundamento de validade na relação especial de sujeição que se estabelece entre o Estado e o condenado, no âmbito da execução penal, a partir da qual determinados direitos, especialmente aqueles relacionados ao lazer e ao convívio social, podem ser legitimamente restringidos de maneira racional, proporcional e orientada a objetivos públicos constitucionalmente relevantes. Nesse contexto, o RDD deve ser compreendido também como instrumento de incremento da função preventiva da pena, na medida em que se destina a impedir que o apenado preserve ou restabeleça as relações interpessoais que lhe permitiam integrar, fortalecer ou mesmo comandar organização criminosa a partir do cárcere. A restrição do contato social, longe de assumir feição aflitiva ilegítima, opera como mecanismo funcional de neutralização de riscos concretos à ordem pública e à segurança institucional, razão

²⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 260 **apud** BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

pela qual não se confunde com qualquer modalidade de castigo físico ou mental. Inexiste, portanto, correlação lógica entre as características do instituto em exame e o conceito jurídico de tortura, historicamente sedimentado e positivado nos diplomas normativos pertinentes, o qual pressupõe atuação estatal perversa e ilegítima, voltada à anulação da personalidade, da autodeterminação ou da capacidade de resistência do indivíduo, mediante a imposição de sofrimento físico ou psíquico intenso e deliberado²⁵.

Ainda no que tange à análise da conformidade constitucional do instituto, não é possível passar ao largo de outro direito fundamental constantemente invocado, como supostamente violado quando da análise do instituto em espeque, qual seja, o direito à individualização das penas, previsto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição, ao estabelecer que "*a lei regulará a individualização da pena*"²⁶.

Como cediço, a individualização da pena concretiza-se em três fases distintas: na primeira, a legislativa, ocorre sua cominação em abstrato, com o etiquetamento da conduta e a definição da espécie de pena e dos seus limites, conforme critérios políticos, sociais, econômicos, ideológicos, etc; em seguida, na fase judicial, quando, na sentença, o magistrado, apreciando o caso concreto e a culpabilidade do autor, determina a espécie de pena entre as legalmente previstas e, dentro dos limites correspondentes, fixa o *quantum* necessário; e, por fim, na fase executória, no contexto da nova relação que se inaugura entre o Estado e o condenado, de acordo com o programa individualizador (art. 6º da Lei 7.210/1984) do tratamento penitenciário.²⁷

A nosso juízo, o estabelecimento de um regime disciplinar diferenciado a determinado preso configura, antes de uma vulneração da individualização das penas, uma legítima

²⁵ Este também é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, senão vejamos: "*Por isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos.*" NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, pp. 445–450.

²⁶ Direito fundamental previsto com uma reserva legal simples: "*A reserva legal pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) quando a Constituição indica que o exercício será feito "na forma da lei" ou "nos termos da lei".*" DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154.

²⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 148–150.

concretização de tal direito fundamental, “ao impor a alguns presos, em casos determinados, atendidas as hipóteses legalmente previstas, regime mais rigoroso, que sancione a falta disciplinar e evite a reiteração da prática criminosa, garantindo, ainda a segurança dos demais presos”.²⁸

Ora, pode-se até mesmo afirmar que, por ser o regime disciplinar diferenciado uma hipótese excepcional, na qual está inserida uma pequena minoria de encarcerados, costuma-se ver um *approach* estatal mais efetivo nos aspectos individualizadores da pena, sendo, portanto, realizado um acompanhamento mais acurado e especializado ao custodiado.

Em célebre entrevista ao programa Fantástico da Rede Globo de Televisão, veiculada em 09/11/2003, o indivíduo notoriamente conhecido como “Fernandinho Beira-Mar”²⁹, condenado criminalmente e apontado como um dos líderes de uma das maiores organizações criminosas atuantes no Brasil, o Comando Vermelho, transferido para a Penitenciária de Presidente Bernardes-SP e inserido no regime disciplinar diferenciado - em que pese ter afirmado expressamente não apreciar o regime disciplinar especial, tecendo inúmeras críticas -, fez a seguinte afirmação: “- O serviço que é feito aqui, nunca vi em outra cadeia. Assistente psicológica, social, tratamento dos funcionários é perfeito.”³⁰

Ademais, em manifestação apresentada pelo Estado de São Paulo, solicitando o seu ingresso como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4162, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no afã de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, foram juntados relatórios (contendo inclusive fotos dos locais de cumprimento de regime disciplinar diferenciado) demonstrando o alojamento dos presos em celas individuais totalmente salubres, recebendo uma eficaz assistência material, jurídica, à saúde (médica, farmacêutica, odontológica e psicológica), educacional, social e religiosa.

Portanto, até o momento, não há qualquer mácula à constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, não se verificando afronta aos parâmetros constitucionais

²⁸ BORTOLOTO, Gilmar. *Regimes diferenciados, igualdade e individualização*. [mimeo], s.d. **apud** BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Jose_Baltazar.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

²⁹ Para maiores informações, consultar: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fernandinho_Beira-Mar>. Acesso em: 1 jan. 2026.

³⁰ Trecho da entrevista extraída do seguinte artigo: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de Pandora*. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 1 jan. 2026.

supostamente aplicáveis à espécie.

2. ANÁLISE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

Foi visto alhures que nenhum dos parâmetros constitucionais relacionados ao tema chegou a ser violado diretamente. Por isso, parece que não estamos diante de uma verdadeira colisão entre direitos fundamentais, mas sim frente a legislação infraconstitucional posterior (Leis 10.792/2003 e 13.964/2019), que restringiram alguns direitos anteriormente previstos na redação original da Lei de Execução Penal.

Nada obstante, supondo – o que se admite em homenagem ao debate científico – que se deva tratar a questão no plano de uma suposta colisão entre direitos fundamentais (como comumente se observa nos trabalhos acadêmicos que analisam a questão da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado), pode-se considerar que, inegavelmente, há um agravamento na situação especial de sujeição do encarcerado, acarretando, por via reflexa, uma mitigação de alguns de seus direitos individuais (fundamentais), devendo-se, então, por outro lado, examinar qual o direito social ou coletivo que estaria em rota de confronto, para, por meio do critério da proporcionalidade, investigar a solução para tal colisão, notadamente averiguando se há justificção (ou não) da intervenção estatal em um dos direitos fundamentais em conflito.

Sendo assim, e conforme o que foi apresentado na contextualização inicial sobre o tema, percebe-se que o direito coletivo em jogo no caso em tela é o direito social à segurança pública³¹, positivado no *caput* do art. 6.º da Constituição Federal. Logo, é possível afirmar que a previsão legislativa relativa ao regime disciplinar diferenciado, teoricamente, nada mais é do que a concretização de um dever estatal de tutela³², decorrente da dimensão objetiva do direito

³¹ Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci preleciona que: “*Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei – e não o possui no plano real -, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira.*” NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 446.

³² Sobre o tema: “*Na função de imperativos de tutela, os direitos fundamentais têm sua eficácia densificada a partir da obrigação, imposta ao Estado, de adotar uma postura ativa na sua efetivação; o objetivo central da função de imperativo de tutela é o de proteger os bens jurídicos fundamentais diante de intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado, assegurando, assim, sua efetiva capacidade funcional. Considerando-se que essa função protetiva do Estado haveria de se desempenhar de maneira minimamente eficaz (uma proteção ineficaz não faria sentido), a proporcionalidade aparece aqui em seu limite inferior, ou seja, como proibição de*

social em comento.

Por conseguinte, passível de ser verificado se tal intervenção estatal atende ao critério de proporcionalidade. Aqui faz-se necessário o seguinte esclarecimento: será adotada a proposta apresentada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins de estabelecer apenas dois subcritérios (após ficar constatado que há uma licitude do propósito almejado, que no caso está preenchida tendo em vista que a medida visa à concretizar o direito social fundamental à segurança pública), quais sejam, a adequação e a necessidade da medida, ao revés da maioria da doutrina nacional, que incluiu ainda o terceiro subcritério, o da proporcionalidade *stricto sensu*. Os mencionados autores prelecionam que o terceiro subcritério nada mais seria do que uma ponderação direta dos direitos em conflito, realizada pelo próprio aplicador do direito, avaliando qual o “peso” de tal ou qual direito e fazendo uso de uma metafórica balança no caso concreto.

Ocorre que, para os citados autores - com os quais concordamos, ainda que cientes de sua posição minoritária - essa ponderação (balanceamento), oriunda da chamada “teoria axiológica dos direitos fundamentais”, é carente de legitimação constitucional e justificação jurídico-racional, na medida em que não há qualquer hierarquia estabelecida aprioristicamente no texto constitucional, possuindo todos os direitos fundamentais a mesma dignidade constitucional³³.

Neste lamiré, o meio será adequado se houver uma indicação, fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica, de que o estado de coisas almejado pelo Estado será alcançado.³⁴ “*A adequação da intervenção estará presente se houver uma relação de fomento entre a sua utilização e o seu propósito.*”³⁵

Ora, a pretensão estatal de proporcionar segurança à população pressupõe a necessidade de manter a ordem e o comando no interior dos estabelecimentos penitenciários. Por isso o isolamento das lideranças das organizações criminosas que determinam e coordenam as atividades criminosas no ambiente intra e extramuros (por meio de ordens, recados ou até mesmo de comunicações via telefones móveis), além de evitar o contato com o mundo exterior

proteção deficiente (Untermassverbot).” FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

³³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 195–221.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

³⁵ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 173.

– inclusive restringindo o número e o acesso de visitantes – e a influência sobre os outros presos, a fim de prevenir motins e rebeliões ou, ainda, desestimular a prática de outros atos criminosos que causem a indisciplina e a desordem no cárcere são medidas que, *prima facie*, fomentam o propósito estatal colimado.

Já a necessidade do meio utilizado relaciona-se à possibilidade de utilização de meios alternativos igualmente adequados, mas que sacrifiquem menos o direito a ser restringido. Logo, se houver um meio alternativo menos gravoso e com eficácia semelhante, este deverá ser utilizado. Pode-se afirmar que este subcritério é a pedra de toque da proporcionalidade, pois o meio adequado pode muitas vezes ser sensivelmente oneroso ao direito fundamental.

À guisa de outras medidas eficazes para a paralisação das atividades desempenhadas por lideranças criminosas já encarceradas, o regime disciplinar diferenciado se apresenta como um meio proporcional para tanto (isolamento dos demais detentos e restrição de comunicação intra e extramuros). Além disso, há de se considerar que mesmo mantendo-se o detento em isolamento, não lhe resta suprimido o direito à convivência familiar e contato com sua defesa técnica, vez que a lei lhe resguarda a visitação e assistência jurídica/entrevista, a saída diária do isolamento celular para banho de sol, além de atividades mínimas de lazer. Logo, em uma hipotética escala de onerosidade da intervenção estatal, nota-se que não foi atingido o grau extremo, que desaguaria em juízo negativo de proporcionalidade, uma vez mais oneroso do que o necessário ao fim almejado.

Também é necessário avaliar, concretamente, se existe algum meio alternativo menos invasivo e igualmente apto a atingir o desiderato estatal.³⁶ “*Do ponto de vista cognitivo-metodológico, a aferição da necessidade segue as regras do ônus argumentativo.*”³⁷

A análise do processo legislativo deflagrado por meio do Projeto de Lei n.º 5.073/2001 (que posteriormente deu origem à Lei 10.792/2003), revela a existência de amplo debate no Congresso Nacional, especialmente nas respectivas Comissões que apreciaram a matéria, com relação à necessidade de instituição do regime disciplinar diferenciado (ônus argumentativo), mormente levando em consideração o contexto histórico em que tal instituto foi gestado.

Como conclui a Promotora de Justiça de Goiás, Caroline Ianhez:

³⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 210–211.

³⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 211.

De outra feita, as inclusões promovidas no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), em que pese rigorosas, se analisadas sob a ótica dos direitos dos presos, os quais foram significativamente restringidos com o advento da referida lei, mostraram-se benéficas no sentido de conferir maior grau de proteção à segurança e paz públicas, bem como foram benéficas no sentido de conferir maior clareza, tanto para o preso, quanto para o seu advogado e para os administradores de unidades prisionais, quando da aplicação das restrições possíveis aos presos submetidos à medida extrema³⁸.

Portanto, em síntese, verificou-se que a análise da conformidade constitucional do instituto foi positiva, tanto à luz do exame dos parâmetros constitucionais supostamente violados quanto sob o viés da análise da proporcionalidade da intervenção estatal nos direitos individuais dos encarcerados, submetidos ao regime especial de cárcere duro. Agora resta apenas perscrutar o tratamento que os tribunais superiores têm conferido ao tema em destaque, o que será feito a seguir.

3. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DO CASO HERNÁNDEZ NORAMBUENA VS. BRASIL: REAFIRMAÇÃO DE SUA COMPATIBILIDADE ESTRUTURAL

No recente julgamento do Caso Hernández Norambuena vs. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos examinou a compatibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado com os parâmetros convencionais de proteção à integridade pessoal, às garantias judiciais e ao devido processo legal. O cerne do litígio refere-se ao período entre 2002 e 2007, no qual Mauricio Hernández Norambuena, de nacionalidade chilena, foi submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) em unidades prisionais brasileiras. A Corte concluiu que o Estado brasileiro incorreu em responsabilidade internacional ao submeter a vítima a um isolamento prolongado e extremo, totalizando quase cinco anos, dos quais mais de três anos transcorreram sem evidências de contato humano significativo, assistência educacional ou atividades laborais³⁹.

A controvérsia concentrou-se, em especial, na forma de aplicação concreta do RDD ao condenado, que permaneceu submetido ao regime por período prolongado, mediante

³⁸ IANHEZ, Caroline. Primeiras impressões do regime disciplinar diferenciado e lei dos crimes hediondos sob a ótica do pacote anticrime. In: SOUZA, Renee do O (org.). *Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 244.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Hernández Norambuena vs. Brasil: exceção preliminar, mérito, reparações e costas*. Sentença de 17 de outubro de 2025. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_05_2026_POR.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2026.

sucessivas prorrogações, em contexto marcado por deficiências procedimentais e fragilidades no controle judicial efetivo

A Corte reconheceu que o RDD, enquanto instrumento normativo, não é incompatível em si mesmo com a Convenção Americana, desde que orientado por finalidade legítima, fundado em critérios objetivos, submetido a controle judicial efetivo e observado o princípio da proporcionalidade

A condenação internacional do Estado brasileiro não decorreu, portanto, da previsão e existência do regime diferenciado, mas da sua aplicação concreta, especialmente pela ausência de fundamentação individualizada suficiente, pela renovação automática das medidas restritivas e pela insuficiência de mecanismos eficazes de revisão jurisdicional ao longo do período de submissão do custodiado ao regime excepcional

Esse ponto é particularmente relevante para a dogmática da execução penal brasileira. A legislação nacional, tal como estruturada no art. 52 da Lei de Execução Penal, contempla precisamente os requisitos exigidos pelo sistema interamericano: previsão legal expressa, finalidade legítima vinculada à preservação da ordem e da segurança públicas, limitação temporal, necessidade de decisão judicial fundamentada, contraditório, possibilidade de impugnação e controle jurisdicional permanente. Assim, sob o prisma normativo, o modelo brasileiro, em sua conformação abstrata, apresenta-se compatível com os parâmetros convencionais, desde que aplicado em estrita observância às garantias procedimentais e materiais previstas em lei.

O próprio acórdão da Corte Interamericana reafirma, ainda que implicitamente, a legitimidade do uso de regimes penitenciários diferenciados quando orientados à neutralização de riscos concretos, desde que não convertidos em instrumentos de isolamento arbitrário, automático ou indefinido. A crítica central do Tribunal não se dirige ao RDD enquanto política pública de contenção da criminalidade organizada, mas à sua distorção prática, quando desvinculada de critérios técnicos, de fundamentação individualizada e de efetivo controle judicial.

Dessa forma, o precedente internacional, longe de infirmar a validade estrutural do regime disciplinar diferenciado, reforça a necessidade de sua aplicação rigorosamente vinculada aos parâmetros legais e constitucionais. Torna-se juridicamente ilegítima — e convencionalmente incompatível — não a existência do RDD, mas a sua utilização em desconformidade com os requisitos normativos, notadamente quando houver prorrogações

automáticas, ausência de motivação concreta, deficiência de contraditório ou esvaziamento do controle jurisdicional. Em suma, o que se veda é o abuso do regime excepcional, e não o próprio instituto, cuja função preventiva, protetiva da ordem pública e de neutralização de lideranças criminosas permanece juridicamente legítima no Estado Democrático de Direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que do ponto de vista dogmático-constitucional-convencional não há incompatibilidade no instituto do regime disciplinar diferenciado. Analisando a fundo sua natureza jurídica, conceito, hipóteses e características de cumprimento, não se verificou qualquer descumprimento manifesto de dispositivos constitucionais, sendo que o único ponto que merece - abstratamente considerado - uma interpretação conforme à Constituição é o regime disciplinar diferenciado preventivo, devendo a aplicação de suas hipóteses se dar de forma obrigatoriamente cumulativa (não como duas hipóteses alternativas, mas sim como uma única hipótese de requisitos necessariamente cumulativos), a fim de afastar possível generalidade na utilização do instituto, buscando o preenchimento mais concreto de adequação e necessidade (critério da proporcionalidade) dos fins estatais almejados.

Outrossim, os parâmetros constitucionais supostamente aplicáveis – tais como proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante, imposição de penas cruéis, dignidade da pessoa humana e princípio da individualização das penas – não são violados, sendo que o instituto em comento sequer chega a penetrar nas suas áreas de regulamentação, pois não se coaduna ao conceito de tortura estatal ou crueldade na aplicação das penas, fato que, por via de consequência, também repele qualquer malferimento à dignidade humana do preso.

Por seu turno, com relação à individualização na aplicação das penas, ao revés de ser uma hipótese violadora, mostra-se, muito mais, como uma verdadeira concretização de tal princípio, notadamente na fase executória.

Ademais, deve ser salientado que o tema em testilha antes de representar colisão de direitos fundamentais mais se assemelha a um conflito aparente de normas infraconstitucionais, haja vista que a Lei 10.792/2003 – e posteriormente a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que também salvaguardou a aplicabilidade do instituto) restringiu outros direitos já previstos na redação original da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Neste trilhar, tal conflito deve ser resolvido pelos cânones da hermenêutica clássica,

notadamente pelo critério cronológico, motivo por que, durante o presente artigo, restou vincado que os dispositivos constitucionais comumente apontados como malferidos (inclusive na ADI, que tramita no STF) seriam nada mais do que meras hipóteses violadoras (sujeitas à refutabilidade), sendo que, ao final, nenhuma mácula restou efetivamente comprovada.

Por fim, após análise minuciosa do tema em voga, não se poderia deixar de destacar que o regime disciplinar diferenciado consubstancia hipótese justificada de intervenção estatal nos direitos individuais do preso – já naturalmente inserido em uma condição de especial sujeição de sua liberdade frente ao Estado, por decorrência da decisão judicial - submetido ao cárcere duro, tratando-se de legítima manifestação da dimensão objetiva – dever estatal de tutela – do direito social à segurança pública. Mais do que isso, é uma imposição dos novos tempos⁴⁰.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2026.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de Tântalo: a Lei 10.793/03 e a consolidação da política criminal do terror. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hernández Norambuena vs. Brasil: exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 17 de outubro de 2025. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_05_2026_POR.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2026.

COSATE, Tatiana Moraes. Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário? *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 2, n. 2, p. 207–?, maio/ago. 2007. Disponível em: <arquivo eletrônico local>. Acesso em: 1 jan. 2026.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. Tortura – Lei 9.455/1997. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó (org.). *Leis penais especiais comentadas: artigo por artigo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁴⁰ Importante destacar que regime de disciplina carcerária especial não é uma exclusividade brasileira. Países que estão até mais desenvolvidos em matéria de segurança pública também têm previsões semelhantes como, por exemplo, os Estados Unidos da América, que implementou em alguns presídios de segurança máxima o nominado *Supermax*, o qual possui regras de disciplina e confinamento muitos mais rigorosos do que as previstas no regime disciplinar diferenciado brasileiro.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de Pandora. Disponível em:
<<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 1 jan. 2026.

IANHEZ, Caroline. Primeiras impressões do regime disciplinar diferenciado e lei dos crimes hediondos sob a ótica do pacote anticrime. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III, da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

A INTERVENÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846/13 SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE INTERVENTION OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS IN THE LENIENCY AGREEMENTS OF LAW 12.846/13 FROM THE PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS

Thiago Maciel de Aguiar

Especialista em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UNB), Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU) e Assessor da Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU)

thithioaguiar@gmail.com

Alden Manguiera de Oliveira

Mestre em Aplicações Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército (ESAO), Especialista Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU) e Advogado.

aldenmo@tcu.gov.br

RESUMO

Escolhas normativas trazem consequências no cálculo racional do comportamento humano. Essa é uma premissa básica da análise econômica do direito. O presente artigo busca sistematizar o conjunto de incentivos trazidos pelo acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013 a partir das lentes econômicas aplicadas ao direito e quais consequências podem ser antevistas teoricamente pela entrada em cena da IN-TCU 95/2024 no complexo jogo de incentivos e custos de transação presentes nos acordos de leniência conduzidos pela CGU/AGU.

Palavras-chave: Leniência – TCU - Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

Normative choices bring consequences in the rational calculation of human behavior. This is a basic premise of the economic analysis of law. This article seeks to systematize the set of incentives brought by the leniency agreement provided for in Law 12.846/2013 from the economic lenses applied to law and what consequences can be theoretically foreseen by the entry of IN-TCU 95/2024 into the complex game of incentives and transaction costs present in the leniency agreements conducted by CGU/AGU.

Keywords: Leniency – TCU - Law and Economics.

INTRODUÇÃO

O Brasil é conhecido pelos seus baixos níveis de governança pública e privada¹, com os riscos decorrentes dessa realidade materializados tanto na elevada percepção² quanto na efetiva detecção dos casos de corrupção no aparelho estatal.

Como resultado de pressões que culminaram na aprovação de convenções internacionais de combate à corrupção (Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, e Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000 e contra a Corrupção, de 2003), o Congresso Nacional aprovou em 2013 a Lei 12.846, com forte inspiração no *Foreign Corrupt Practices Act* americano, instituindo o acordo de leniência na esfera administrativa. No mesmo ano entrou em vigor a Lei 12.850, que previa o acordo de colaboração premiada, replicando na esfera penal a mesma finalidade do acordo de leniência.

Na primeira fase de amadurecimento institucional do acordo de leniência sucederam-se disputas institucionais pelo seu protagonismo, incentivadas pelo ambiente de agudização do combate à corrupção decorrente das sucessivas etapas da Operação Lava Jato³. Desconfianças

¹ De forma bastante resumida, compreende-se a governança como o conjunto de mecanismos e instrumentos que visam a aumentar a probabilidade de que os administradores, sejam eles contratados ou designados, efetivamente realizem os objetivos estabelecidos pelos proprietários das empresas no setor privado ou pela sociedade no setor público, bem como reduzir os conflitos entre esses atores e as partes interessadas de uma organização. No caso brasileiro, diversos indicadores, nacionais e internacionais, apontam para a fragilidade da governança no país, tanto no ambiente privado, como no público. Como exemplo de indicadores no âmbito internacional citamos os *World Governance Indicators*, elaborados pelo Banco Mundial e disponíveis em <https://www.worldbank.org/en/publication/worldwide-governance-indicators/interactive-data-access>, e o *Global Competitiveness Report*, do Fórum Econômico Mundial e disponível em <https://www.weforum.org/publications/series/>. No âmbito interno, mencionamos, na vertente pública, o iESGo – Índice de Governança, Sustentabilidade e Inovação, do Tribunal de Contas da União, que veio a substituir o IGG – Índice de Gestão e Governança, utilizado até 2022, e que cujas bases metodológicas podem ser verificadas em <https://iesgo.tcu.gov.br/>

² No último levantamento realizado pela Transparência Internacional relativo à 2023, o Brasil foi inserido na 104ª posição, de 180 países, com uma pontuação de 36 (quanto maior a pontuação, menor a percepção da corrupção) o que aponta para as dificuldades crônicas de nosso país em enfrentar as práticas ilícitas que compõem o conceito alargado de corrupção. Para conferir o relatório completo e a metodologia utilizada pela referida entidade, acessar <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>

³ “À míngua de exemplos bem-sucedidos de celebração dos acordos previstos na Lei n. 12.846/2013, a criatividade institucional brasileira acabou por fazer florescer, no contexto da *Operação Lava Jato*, um outro tipo "atípico" de "acordo de leniência", este firmado em geral com o próprio Ministério Público Federal (MPF), e homologado pelos juízos criminais em que tramitaram as ações penais e as colaborações dos indivíduos envolvidos na operação.” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Acordos de Leniência: A Experiência Nacional e Internacional de Combate a Cartéis e sua Transposição para o Combate à Corrupção no Brasil em “Corrupção. Ensaio sobre a Operação Lava Jato.”* Editora: Marcial Pons. 2019. pg. 158.

não deixaram de ser externadas por diversas figuras da cena político-institucional em torno do tema.

Em 2020 o Supremo Tribunal Federal conduziu esforços de diálogo interinstitucional para se chegar a um “freio de arrumação” entre os órgãos que compõem o subsistema federal de combate à corrupção (MPF, TCU, AGU, CGU e Polícia Federal), decorrendo daí um acordo de cooperação técnica (ACT) celebrado naquele ano, a fim de que as intervenções isoladas e descoordenadas das referidas agências estatais não inviabilizassem a eficácia dos acordos de leniência, que se mostravam promissores para o incremento de eficácia das difíceis investigações envolvendo ilícitos de corrupção em contextos de organizações criminosas, cartéis e conluíus voltados a fraudar vultosas contratações públicas.

Esse é, portanto, o ambiente institucional tortuoso em que se insere a presente reflexão, com enfoque específico na intervenção do TCU nos acordos de leniência da Lei 12.846/2013.

Para isso, será utilizado o referencial teórico da análise econômica do direito, problematizando as repercussões dos arranjos normativos no comportamento dos agentes públicos e privados, buscando compreender qual é o sistema central de incentivos para que uma pessoa jurídica envolvida na prática de ilícitos contra a administração pública tome a iniciativa de se autoincriminar, revelando o esquema ilegal do qual participa, os coautores da infração e fornecendo um conjunto probatório necessário a que o aparelho persecutório do Estado atue na responsabilização de outros agentes envolvidos na prática ilícita.

Dentro dessa estrutura de incentivos, avaliar-se-á como a atuação do TCU, na recente modelagem trazida pela Instrução Normativa-TCU 95/24, potencializa ou fragiliza tal concepção institucional do direito negocial.

1. PREMISSAS DE ANÁLISE E BASES METODOLÓGICAS

É comum ao jurista brasileiro que as realidades normativas sejam percebidas a partir da formação abstrata e legalista advindas da tradição jurídica romano-germânica. Materializada a intervenção do Estado por meio da edição de uma norma jurídica, os “operadores” do subsistema normativo tendem a olhar determinado fenômeno a partir dos signos binários do

lícito e ilícito, da conduta prescrita e das consequências previstas na norma (sanções), utilizando os parâmetros e as práticas discursivas da interpretação do sistema normativo⁴.

Como é inerente a qualquer corte metodológico, a realidade se apresenta mais complexa. O mundo do dever ser, decorrente das construções normativas – sejam elas os estatutos, sejam elas as razões de decidir extraídas das decisões judiciais que passariam a compor os precedentes – passa inevitavelmente pelo crivo do mundo do ser, de como as pessoas efetivamente se comportam e como os seres humanos serão mais ou menos responsivos aos estímulos da norma jurídica.

Nesse âmbito do comportamento humano, embora inegável que a atuação normativa seja fundamental para a regulação da vida em sociedade⁵, caso tais regulações sejam excessivamente distantes dos padrões de condutas reais das pessoas, ou se exigirá um desgastante e custoso aparato sancionatório ou se relegará a norma ao seu completo desuso e ineficácia.

Assim, outras abordagens advindas das ciências sociais podem enriquecer a compreensão dos fenômenos jurídicos, seja para se problematizar as possíveis formas de intervenção do Estado (análise normativa), seja para verificar se as opções normativas adotadas terão, de fato, aptidão de produzir os fins que elas preconizam (análise positiva) a partir de modelos realistas da ação humana.

Contudo, quaisquer que sejam as abordagens, sempre o investigador se deparará com dramas inerentes às ciências sociais, que não possuem um objeto distinto do sujeito, nem se submetem a leis mecanicistas, de causa e efeito naturais, por se inserir no campo do comportamento humano e social, cujas causalidades são múltiplas, fluídas e muitas vezes de difícil detecção empírica.

⁴ GICO JÚNIOR, Ivo T. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. “Em última instância, os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Por essa razão, em sua prática cotidiana, voltaram-se ao exercício de análise e classificação de normas e regras em abstrato, cujo principal instrumento (hermenêutica) em larga medida não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito.”

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21. “A função de toda ordem social, de toda sociedade – porque a sociedade nada mais é que uma ordem social – é motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que eles se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade.

Apesar de tais dificuldades metodológicas, a análise econômica do direito se apresenta como um ferramental útil para determinadas investigações jurídicas, tendo em vista suas premissas científicas da microeconomia neoclássica de construção de modelos de tomada de decisão racionais, fundadas na maximização da utilidade marginal,⁶ e de estruturas de inter-relacionamento entre agentes, a partir de sistemas de incentivos gerados pelos arranjos normativos.

Não desconhecemos igualmente as limitações de tal abordagem metodológica. No próprio campo da economia, o modelo de tomada de decisão baseada na racionalidade irrestrita dos agentes foi colocado em xeque, abrindo férteis reflexões que levaram ao desenvolvimento da economia comportamental, descobrindo-se, por meio de pesquisas empíricas, que o ser humano possui racionalidade limitada, força de vontade limitada e egoísmo limitado.⁷

Lembramos os alertas de Thaler, de que

“o problema está no modelo usado pelos economistas, um modelo que substitui o *Homo sapiens* por uma criatura ficcional chama *Homo economicus*, que gosto de chamar abreviadamente de Econ. Em comparação com esse mundo imaginário de Econs, os Humanos incidem em vários desvios, e isso significa que os modelos econômicos fazem uma porção de previsões ruins (...)”.⁸

Apesar disso, a estrutura conceitual típica da AED, que se baseia no cálculo racional de tomada de decisão a partir da premissa de que os indivíduos são dotados de certa racionalidade e que buscam, de alguma forma, maximizar suas utilidades, ainda possui seu valor de análise e pode contribuir para a compreensão de certos fenômenos, sobretudo em contextos como o do presente artigo, em que estão em jogo interesses de empresas, na maioria das vezes dotadas de estruturas jurídicas, de gestão e de aconselhamento capazes de incrementar o cálculo racional entre aderir ou não aderir a um acordo de leniência a partir de considerações de ordem econômica, legal, reputacional e estratégica.

⁶ Galbraith bem explica a genealogia do desenvolvimento de tal importante ideia de utilidade marginal a partir do final do século XIX, sintetizando o conceito: “mantendo-se os outros fatores constantes, a utilidade de qualquer bem ou serviço diminui com a sua crescente disponibilidade; é a utilidade da última e menos desejada unidade – a utilidade da unidade marginal – que determina o valor de todas.” GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. [S.l.]: [s.n.], 1989. p. 97-98.

⁷ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. Stanford Law Review, v. 50, p. 1471-1550, 1998.

⁸ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 18.

Os processos de tomada de decisão para a alocação de recursos escassos, envolvendo mecanismos de incentivos e custos de transação, ainda podem se mostrar úteis para a avaliação da eficiência do acordo trazido pela Lei 12.846/2013, que é incrementar o combate à corrupção mediante o estímulo à quebra do conhecido pacto de silêncio que impera nos contextos ilícitos de conluios, cartéis e organizações criminosas.

Nesse domínio de especialização, em que se presume que os agentes econômicos possuem maior capacidade informacional na tomada de decisão, o próprio THALER (2015) deixa claro que os fundamentos da escolha racional podem ser aproveitados.⁹

Serão aplicados, assim, modelos racionais de tomada de decisão e da teoria dos custos de transação nas análises sobre possíveis padrões de comportamento gerados com a intervenção do TCU nos acordos de leniência e seus impactos na dinâmica tradicional de incentivos de tais acordos.

2. INCENTIVOS GERAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA

No direito sancionatório e considerando a evolução dos institutos negociais no sistema jurídico brasileiro¹⁰, o acordo de leniência da Lei 12.846/2013 buscou se apresentar como um importante instrumento de incentivo à ruptura dos pactos de silêncio¹¹ e ao incremento probatório nas investigações estatais, ante a dificuldade crônica do aparelho punitivo estatal,

⁹ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 30. “A boa notícia é que não precisamos jogar fora tudo que sabemos acerca do funcionamento de economias e mercados. Teorias baseadas na premissa de que todo mundo é um Econ não devem ser descartadas. Elas continuam sendo úteis como ponto de partida para modelos mais realistas. E, em algumas circunstâncias especiais, como problemas de fácil resolução ou com pessoas altamente especializadas nas habilidades relevantes ao caso, modelos de Econs podem fornecer uma boa aproximação do que acontece no mundo real. Mas, como veremos, essas situações são a exceção, e não a regra.”

¹⁰ Após a aprovação da Lei 12.846/2013, os institutos de natureza negocial ganharam fôlego adicional com a aprovação do Código de Processo Civil em 2015 e com as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em 2018, com a criação do que tem sido considerada verdadeira cláusula geral de negociabilidade na esfera pública (art. 26).

¹¹ “Embora muito se tenha discutido sobre a ética estatal de premiar a traição, usando de favores para reduzir o dever de investigar, não há como negar que é entre os criminosos que mais se conhecerá do crime investigado – eficiência máxima. É forma de romper com o consagrado código de silêncio no crime, fundamento de atuação da “omertà” napolitana e que hoje se estende generalizadamente ao crime por organizações criminosas.” Nefi Cordeiro. *Colaboração Premiada. Caracteres, limites e controles*. 2020. Na mesma linha: “Ao contrário do delito tradicional, o crime organizado nunca é um segredo exclusivo de uma só pessoa. Assim, fornecer os incentivos adequados para que a informação compartilhada entre o grupo seja apresentada por um de seus membros às autoridades é o segredo de qualquer programa de leniência.” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Acordos de leniência: a experiência nacional e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil*. In: *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 133-168.

não só o brasileiro, em se desincumbir do pesado ônus da prova e do elevado *standard* de convencimento para a condenação em contextos de organizações criminosas.

Portanto, o acordo de leniência tem raiz estritamente pragmática, imperando a visão realista de que os limites garantistas dos estados democráticos de direito e as dificuldades inerentes à persecução de determinadas práticas criminosas especializadas, com aparatos organizacionais sofisticados, tornavam dificultosa a tarefa de obtenção de provas para o desbaratamento de tais organizações.

Em linhas gerais, a primeira pessoa jurídica participante da prática ilícita que resolva colaborar com as investigações estatais, confessando a autoria delitiva, cessando sua participação no esquema criminoso e resultando dessa colaboração a identificação dos demais envolvidos na prática ilícita, com a obtenção célere de provas de autoria e materialidade do esquema ilícito, poderá ter sanções afastadas e/ou atenuadas (art. 16 da Lei 12.846/13)¹².

Tal arriscada conduta de se tornar um delator deve ser entendida sob perspectiva. Em situações normais de ilícitos associativos, não se espera que os agentes econômicos deixem de auferir os benefícios da prática delituosa por simples altruísmo ou por questões morais¹³. O cálculo de custo-benefício entre delatar ou não delatar se coloca, presumimos, diante de apurações que o Estado já venha conduzindo¹⁴, de conhecimento ou de suspeita de conhecimento pelo agente criminoso, e da probabilidade de aplicação das sanções previstas em lei, abrindo assim a perspectiva de avaliação estratégica entre se manter calado, aguardando-se o desfecho das apurações e as consequências daí advindas, correndo-se o risco que outros agentes delatem, ou se antecipar em fornecer as provas ao Estado e obter benefícios disso, ante uma provável punição que se avizinha. Tal suposição é firmada na lógica microeconômica que influencia a análise econômica do direito, no sentido de que agentes racionais calculam os

¹² A previsão de que somente é possível celebrar o acordo de leniência com a primeira pessoa jurídica que tomar a iniciativa (*first come, first served*), embora coerente com o sistema de incentivo clássico previsto para tais tipos de acordo, de natureza colaborativa e voltada a estimular o rompimento das estruturas delituosas, foi relativizado pelos decretos de regulamentação da LAC. Tanto no Decreto 8.420/2015 quanto no atual Decreto 11.129/2022, há referência à “primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante”, sendo tal previsão infralegal de duvidosa compatibilidade com o diploma de hierarquia superior.

¹³ Apenas uma pesquisa empírica poderia apontar as razões psicológicas pela tomada de decisão pela realização de um acordo de leniência. A partir dos modelos da escolha racional, mostra-se mais plausível que o cálculo seja realmente econômico, embora não se despreze razões morais e culturais que possam impelir indivíduos para a cessão de condutas ilícitas e eventualmente colaborar com o Estado.

¹⁴ A vantajosidade do acordo de leniência para Estado apenas se materializa se houver incremento informacional com as provas apresentadas pelo colaborador. Caso a investigação estatal já esteja madura, aumenta o custo de fundamentação por parte do Estado na aceitação de um acordo.

custos-benefícios das diferentes alternativas, conforme o conjunto de informações disponíveis no momento.

Com o acordo de leniência, o sistema institucional passa a oferecer um fator de instabilidade para o esquema ilícito, trazendo uma oportunidade de barganha e obtenção de benefício ao que primeiro delatar os demais participantes do conluio, incentivo estratégico bem estudado na teoria dos jogos¹⁵, em que a decisão individual leva em conta não somente o cálculo racional voltado a maximizar as utilidades do colaborador, mas também as possíveis decisões de outras agentes¹⁶. A concepção do acordo de leniência, desde sua origem norte-americana nos contextos de combate aos cartéis, seria justamente gerar o risco contínuo de mútua traição, revelando contornos além do tradicional *plea bargain*¹⁷. Por tal razão, o benefício deveria ficar restrito ao primeiro que delatar, e não aos demais.

No campo da prática ilícita, Becker iniciou as reflexões sobre o cálculo racional do crime, afastando-se das análises tradicionais do comportamento desviante a partir de aspectos morais, psicológicos ou sociais. Pelo menos uma parte das práticas ilícitas pôde ser compreendida como uma atividade econômica relevante, sobretudo os crimes de “colarinho branco”.

Como síntese da premissa de Becker:

The approach taken here follows the economists usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become "criminals," therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ.¹⁸

¹⁵ Nessa teoria encontra-se a premissa de que os agentes, em um cenário de interação mútua, adotam posturas estratégicas, uma vez que a eficácia de suas ações está intrinsecamente atrelada às decisões tomadas pelos demais participantes. Ronald Hilbrecht aduz que a teoria em questão parte do pressuposto de que os agentes decisórios — denominados jogadores ou agentes — são dotados de racionalidade, implicando dizer que possuem plena consciência de seus objetivos e preferências, têm conhecimento das barreiras e limitações que circunscrevem suas ações e, munidos dessa compreensão, são capazes de eleger a conduta mais acertada que, dentro do universo de possibilidades e restrições, melhor atenda aos seus propósitos. HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 115-138.

¹⁶ Vale observar que a teoria dos jogos traz resultados contraintuitivos a partir da lógica da escolha racional, tendo em vista os cenários de interação com as decisões de outros agentes.

¹⁷ A questão é muito bem delimitada por Rafaela Coutinho Canetti na sua bem fundamentada obra *Acordo de Leniência. Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2º ed. 2020, pg 33.

¹⁸ BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. (ed.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 170.

Para o Estado, a utilização do acordo de leniência traz também a possível redução dos custos do processo persecutório, ante o recebimento de provas franqueadas pelo agente colaborador e o atalhamento das tortuosas investigações dos ilícitos praticados em contextos associativos. A adoção do acordo de leniência passa “pela aceitação da ideia de um Estado que não é onipotente, onipresente e onisciente”, admitindo de forma realista a “escassez de seu pessoal, técnica e recursos financeiros, verdadeiras barreiras para a implementação de medidas eficientes para lidar com determinadas classes de comportamentos condenáveis”.¹⁹

O benefício informacional (obtenção de provas, identificação da participação de outros agentes e de formação de conhecimento em torno do *modus operandi* das práticas ilícitas) e a provável celeridade na apuração do ilícito, na responsabilização e na recuperação do produto/proveito do ilícito devem se revelar, assim, superiores ao custo social e reputacional do Estado em reduzir a punição do agente delator²⁰. Entra em cena o cenário de escassez de recursos investigativos e a necessidade de mecanismos de sua otimização.

Não se pode esquecer que a efetividade da alternativa estatal derradeira – investigação total dos fatos por meios próprios e punição de todos os responsáveis – deve se apresentar também como um cenário provável, para que o cálculo da colaboração se mostre efetivo²¹. Isso é corroborado também pela história recente brasileira, quando os institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência só obtiveram adesão e resultados práticos relevantes ante o fortalecimento das instituições de *enforcement*, momento quando entrou em cena a probabilidade de punição.

¹⁹ CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 30.

²⁰ MARRARA, Thiago. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 11 jul. 2024. “De outro lado, como contratante, o Estado se propõe a agir de modo leniente, suave, brando no exercício de seu poder punitivo. O acordo lhe acarreta a obrigação de reduzir ou extinguir sanções potencialmente aplicáveis ao infrator confesso. Cabe a ele, por conseguinte, o verdadeiro papel de leniente – papel que se justificará perante a sociedade na medida em que a brandura punitiva for compensada pela obtenção de provas que permitirão a persecução e a provável condenação de outros infratores.”

²¹ Corroborando nossas colocações, entre diversos fatores apontados por Rafaela Canetti para o sucesso na importação dos programas de leniência está a eficácia do sistema de *law enforcement*, capaz de gerar o temor pelas sanções previstas no sistema jurídico. A autora reforça ainda o conhecido sistema de *carrots and sticks* (porretes e cenouras), em que se conjugam as atividades dissuatórias firmadas nas punições (porretes) com os incentivos postos à disposição para a colaboração (cenouras). CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 47.

Pode parecer um truísmo, mas em momentos em que estão em voga os instrumentos de consensualismo, não se pode esquecer que eles dependem de um sistema efetivo de respostas sancionatórias estatais, em que os casos mais graves continuam sendo punidos com as sanções previstas em lei, cumprindo o seu papel dissuasório geral e apontando para os interessados em celebrar acordos que as respostas estatais serão consistentes com o arranjo legal e terão probabilidade significativa de serem aplicadas.

Portanto, a existência do acordo de leniência interfere no cálculo racional do agente responsável pela prática de ilícitos associativos, fornecendo a ele um benefício para que rompa o silêncio, interrompa sua prática delituosa e forneça provas consistentes do arranjo ilícito e da participação de terceiros, recebendo em troca reduções ou isenções de sanções. Vimos também que a percepção do acordo como um benefício líquido, frente aos custos sociais, reputacionais e financeiros, depende da atuação eficaz do aparelho de *enforcement* para que o cenário sem o acordo se mostre de alguma forma desvantajoso para a pessoa jurídica. Sociedades com níveis elevados de ineficiência do aparelho de aplicação da lei alteram a percepção de tal cálculo racional.

Ocorre que, conforme já observado, o sistema responsabilizatório no Brasil é de múltiplas camadas e, não raro, as instituições estatais competem entre si, ante as desconfianças mútuas ou em razão da necessidade de proteção de suas estratégias investigativas. Assim, o sistema de incentivos do acordo de leniência da Lei 12.846/2013 foi colocado em dúvida, ante os riscos de intervenções de outros atores institucionais, capazes de desequilibrar a balança de custos-benefícios, gerando instabilidade e insegurança jurídica.

3. INTERVENIÊNCIA DE OUTROS ATORES NO ACORDO DE LENIÊNCIA

Apesar do arranjo normativo delineado na Lei 12.846/2013, fruto de diretivas internacionais, em que um ator único na esfera federal conduziria as tratativas e celebraria o acordo de leniência,^{22 23} logo de partida o cenário se mostrou mais complexo, com o Ministério

²² Até mesmo a existência de um ator único na celebração dos acordos de leniência, centrado na Controladoria-Geral da União, conforme concepção original da Lei 12.846/2013, não vingou na prática. Em 2019, a CGU formalizou parceria com a Advocacia-Geral da União para a celebração dos acordos de leniência, por meio da Portaria Conjunta AGU/CGU n. 4, de 09/8/19.

²³ O que a literatura chama de “one stop point”, em que empresas e indivíduos contam com um único ponto de contato no aparelho de Estado, possibilitando reduções ou isenções de todas as sanções possíveis, conforme citado VERÍSSIMO, citando Luz e Spagnolo. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Acordos de leniência: a experiência nacional

Público Federal buscando assumir protagonismo e o Tribunal de Contas da União tencionando reafirmar sua competência constitucional de controle externo sobre o uso dos recursos públicos federais.

Inúmeros debates foram travados nos primeiros anos de vigência da lei, sob a ótica de que o MPF seria o ator capaz de conduzir simultaneamente a esfera de responsabilidade penal, com o acordo de colaboração premiada, e a esfera administrativa-cível, com o acordo de leniência, a partir de uma interpretação combinada com a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei da Ação Civil Pública.

Foram celebrados importantes acordos nos anos iniciais de vigência da LAC pelo MPF, embora a lei se referisse expressamente à Controladoria-Geral da União como órgão responsável por tais acordos na esfera federal. Alguns desses acordos foram objeto de ações judiciais, impugnando sua validade e seus efeitos. Em verdade, entre 2014 e 2017, o órgão ministerial federal foi o único a celebrar tais acordos²⁴. Mais recentemente, o tema voltou à baila com decisões do STF anulando acordos anteriormente firmados e com a propositura da ADPF 1.051, em que foi instaurada uma mesa de negociação em torno dos acordos então firmados anteriormente ao acordo de cooperação técnica de 2020.

Instaurou-se, assim, um cenário complexo de disputas e desconfianças institucionais²⁵, revelando como “o Brasil não é para principiantes”²⁶. Nesse cenário, também o TCU mostrou seu ceticismo com a atuação das demais agências de combate à corrupção, firmando posição a partir de suas competências de controle externo sobre o trato dos recursos federais, asseguradas pela Constituição Federal.

Delineando a forma como atuaria nos acordos de leniência, o TCU editou inicialmente a Instrução Normativa 74/2015, apontando para a ampla fiscalização de cada uma das etapas

e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil. In: *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 133-168.

²⁴ Conforme dados apresentados pela CGU, os acordos de leniência começam a ser firmados pelo órgão do poder executivo somente em 2017, sendo os anteriormente assinados, principalmente, no contexto da Lava-Jato, conduzidos unicamente pelo MPF. Conferir em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>

²⁵ A teoria da escolha pública lançou diversas luzes sobre a maximização das utilidades, a partir de cálculos de custos (preço) e benefícios, na esfera pública por políticos e burocratas, que também agem buscando otimizar interesses próprios de influência, recursos e poder, trazendo assim uma visão pessimista (ou meramente realista) sobre o funcionamento do aparelho estatal.

²⁶ Frase atribuída a Antônio Carlos Jobim, talvez dita em um contexto de pluralidade e complexidade cultural brasileira, mas perfeitamente cabível para as esquizofrenias institucionais vistas por aqui.

do acordo de leniência, em uma espécie de controle concomitante (art. 1º, §1º)²⁷ sobre a atuação da CGU na condução dos acordos, ou mesmo sobre a atuação do MPF. Entendia a Corte de Contas que o acordo de leniência era ato administrativo sujeito à sua “jurisdição”. O nível de intervenção nos acordos de leniência era deveras significativo, de forma que a aprovação do TCU era condição de eficácia necessária para cada uma das fases do acordo (art. 3º), tornando o Tribunal “verdadeira instância de homologação dos acordos celebrados pelas autoridades encartadas no art. 16 da LAC” (FERNANDES, MENDES, 2022).

A Corte de Contas fez questão ainda de ressaltar normativamente que a celebração do acordo de leniência pela Administração Federal não afastaria as competências do órgão de controle externo para a imputação do dano aos seus causadores, nem impediria a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU).

Ficava claro que a Corte de Contas iria exercer em sua plenitude suas competências de imputação de débitos e de aplicação de multas e inabilitações, o que causou significativa instabilidade ao sistema de leniência da Lei 12.846/2013.

A IN-TCU 74/2015 chegou a ser atacada por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.294) no STF, sob o fundamento de que a Corte de Contas teria inovado no ordenamento jurídico criando verdadeira competência de controle prévio sobre os acordos de leniência. O objeto da referida ADI, posteriormente, se esvaiu em razão da entrada em vigor de outro ato normativo do TCU sobre o tema, a IN-TCU 83/2018.

Com o novo normativo, abandonava-se o modelo de controle concomitante de cada etapa do acordo e de condição prévia de sua eficácia, passando a prever tão somente a possibilidade de que as informações obtidas nos acordos poderiam ser utilizadas pelo TCU em seus processos.

Entre a primeira e a segunda instruções normativas, o TCU ainda adotou posição intermediária, reconhecendo em certa medida a eficácia dos acordos de leniência inicialmente firmados pelo MPF no contexto da operação Lava-Jato²⁸, de forma a se prestigiar minimamente os acordos de colaboração e de leniência então firmados, podendo ser considerados, na

²⁷ A reafirmação da competência do TCU e a modelagem como fiscalização *pari passu* dos acordos de leniência fica clara, além da IN 74/2015, da nota de esclarecimento divulgada naquele ano pela Corte de Contas. V. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Nota de esclarecimento: o TCU e os acordos de leniência*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/nota-de-esclarecimento-o-tcu-e-os-acordos-de-leniencia.htm>. Acesso em: 11 jul. 2024.

²⁸ Vide BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 483/2017-Plenário. Brasília, 2017.

dosimetria de suas sanções, o fornecimento de informações e a colaboração também à Corte de Contas.

No entanto, a intervenção de outros atores institucionais nos acordos de leniência foi assumir maior racionalidade com o Acordo de Cooperação Técnica conduzido pelo Supremo Tribunal Federal em 2020²⁹, em que foram explicitadas as premissas jurídicas e econômicas do acordo de leniência e a necessidade de cooperação interinstitucional dos atores envolvidos no subsistema de defesa do erário e combate à corrupção na esfera federal (CGU, AGU, TCU e MJ), se comprometendo tais órgãos com ações concretas para a racionalização de suas respectivas atuações nos acordos de leniência.³⁰

Passados alguns anos, o TCU editou enfim a vigente IN-95/2024, que será objeto de análise no tópico seguinte.

Como estamos nos valendo das bases metodológicas da análise econômica do direito em sua vertente positiva, o que se pretende avaliar é a estrutura de incentivos e os custos de transação das opções normativas postas, a partir da premissa da eficiência e considerando os prováveis cálculos racionais na tomada de decisão entre firmar ou não o acordo.

4. INTERVENÇÃO DO TCU NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA. ANÁLISE DOS POSSÍVEIS INCENTIVOS E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A partir do referencial teórico da análise econômica do direito, quais os potenciais impactos do arranjo normativo trazido pela IN-TCU 95/2024 no conjunto de incentivos ao comportamento dos agentes privados interessados nos acordos de leniência? Tal norma é capaz de incrementar os custos de transação? Contribui para a lógica intrínseca do sistema de leniência? Gera instabilidade à percepção de custos e benefícios?

Inicialmente, por que o TCU se considera legitimado a intervir nos acordos de leniência, tendo em vista que não há previsão expressa para tanto na Lei 12.846/2013? De um lado, já se observou que, em razão de norma de hierarquia superior – Constituição Federal –

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acordo de cooperação técnica*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/11/16/BB/03/575C37109EB62737F18818A8/ACORDO%20DE%20COOPERACAO%20TECNICA%20_1_.pdf. Acesso em: 11 jul. 2024.

³⁰ Contudo, restou de fora o MPF, que se recusou a firmar o acordo de cooperação, sob a conclusão de que ele vulnerava o papel do Ministério Público. Para maiores informações sobre os argumentos então aduzidos pelo Ministério Público Federal, consulte-se a Nota Técnica n. 2/2020, emitida pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF, disponível em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/nota-tecnica-5a-camara-leniencia.pdf>.

conferir a macrocompetência de *accountability* horizontal, na acepção dada por O'Donnell³¹, exercida por agências estatais dotadas de relativa autonomia, responsáveis pelo exercício de controles rotineiros de índole político-administrativo-financeiro, no caso específico sobre o uso dos recursos federais a partir dos parâmetros da legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70 da CF/88), o Tribunal de Contas da União vem entendendo que os acordos são atos administrativos sujeitos à sua “jurisdição”³².

Por outro lado, a própria Lei 12.846/2013 define o dever de a pessoa jurídica reparar integralmente o dano ao erário (§3º do art. 16), causado pelos atos lesivos à Administração Pública. Observar tal contexto pela ótica da análise econômica do direito nos permitirá problematizar alguns incentivos por trás de tais enunciações normativas e o que vem ocorrendo na prática.

Reduzindo a complexidade da matéria para os fins ora propostos, em nosso sistema de responsabilidade civil subsiste o princípio da integral reparação do dano, de forma que aquele que causou um dano a alguém deve recolocar o patrimônio da pessoa lesada no mesmo *status* anterior à lesão, por meio da figura da indenização ou de medidas materiais específicas. Nesse sentido:

Para realizar a finalidade primordial de restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível, os efeitos do dano sofrido, tem se o direito empenhado extremamente em todos os tempos. A responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito, é um dos seus mais acentuados característicos. É preocupação, no direito civil, só comparável à que inspira o instituto da pena, outro sinal distintivo do progresso jurídico.³³

O incentivo geral do sistema de responsabilidade civil é o desestímulo às condutas imprudentes e negligentes que expõem indivíduos e seus bens ao risco de dano, de maneira que, aquele que comete infração a padrões de conduta esperados e causa dano a outro não pode obter qualquer vantagem desse ato ilícito, devendo reparar totalmente o patrimônio do lesado ao *status quo* anterior à lesão. Parte significativa da atuação dos tribunais de contas, em sua feição

³¹ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal*. Agora, n. 8, p. 5-34, 1998.

³² Dado o panorama institucional brasileiro com seus incentivos para atuações sobrepostas dos órgãos de combate à corrupção, é de se supor que tal posição apenas se alteraria se o Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da Constituição, viesse a entender de forma contrária, o que não se coloca no radar no momento.

³³ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

responsabilizatória, é justamente imputar tais danos aos seus causadores, agentes públicos ou privados.

Aí estaria o *core* de atuação do TCU nos acordos de leniência. Contribuir para a quantificação de tal dano, para que as tratativas do acordo com a pessoa jurídica contemplem, com a maior precisão possível, a completa reparação do dano ocasionado aos cofres da entidade federal lesada. Parece ser uma iniciativa nobre para o sistema, ao menos sob o olhar normativo. Contudo, a questão precisa ser aprofundada, sob a ótica da estrutura de incentivos dos acordos de leniência.

No cenário estrito da Lei 12.846/2013, a estimação do valor do dano se daria a partir da negociação entre a autoridade pública (CGU/AGU) e o agente privado. Contudo, tal atividade passou a contar com um ator externo interveniente. E aqui começamos nossas reflexões sobre os arranjos institucionais postos e seus impactos nos cálculos racionais do acordo de leniência.

Primeiramente, o acordo de cooperação técnica de 2020 trouxe, como parâmetro a guiar os atores institucionais, “uma estimativa justa e consensual dos valores a serem ressarcidos” (9º princípio); lógica de hierarquização dos incentivos, de forma que o colaborador não pode estar nas mesmas condições do não colaborador, contudo não podendo ser colocado em situação mais vantajosa do que aquele que pautou sua conduta de forma lícita (11º princípio); e o incremento dos valores de ressarcimento (14º princípio).

Quanto a tais diretivas, a estimativa justa e consensual dos danos nos parece um importante incentivo para uma atuação conservadora e focada na negociação do aparelho de Estado na mensuração dos valores a serem fixados nos acordos de leniência a título de reparação do dano. A possível fragilidade em que o agente privado possa se encontrar quando de uma eventual negociação do acordo não pode ser utilizada pelo Estado de forma oportunista para se colocar na mesa valores desproporcionais ou pouco fundamentados, sob pena de aumento da percepção dos riscos decorrentes dos acordos.

Por outro lado, são conhecidas as controvérsias existentes no seio da jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União quanto às técnicas e metodologias de quantificação dos prejuízos aos cofres públicos, desde abordagens conservadoras até abordagens expansivas, sobretudo em casos vultosos envolvendo superfaturamentos. Há, de fato, dificuldades práticas

significativas na mensuração exata de todos os prejuízos causados aos cofres públicos nos casos complexos de corrupção³⁴.

Parece-nos que a diretriz de cooperação estabelecida em 2020 entre as agências estatais o foi pelo conservadorismo e por certa medida de consensualismo, o que pode contribuir para se minimizar os impasses em tais negociações com os agentes privados.

Nesse contexto, é possível se detectar, ao menos implicitamente, o conceito da microeconomia de equilíbrio, de forma que a interação entre os dois agentes que buscam maximizar suas utilidades – no caso o Estado e a empresa – tende a chegar em uma situação de estabilização a partir do processo de negociação, exceto se houver interferências externas que afetem esse equilíbrio ou se os custos de transação forem muito elevados, conforme se verá adiante.

No entanto, duas realidades em paralelo parecem coexistir, afetando esse tênue e difícil equilíbrio formado a partir da negociação: de um lado a diretriz de consensualidade na fixação do dano, trazida no ACT de 2020. De outro, a tradicional estrutura burocrática³⁵ e técnica da Corte de Contas voltada à mensuração completa do dano ao erário, com um viés ressarcitório amplo. Quais serão os resultados da interação dessa realidade dúplice? Haverá convergência de visões entre os negociadores públicos (CGU/AGU), quanto aos danos estimados, com os valores aferidos pelo TCU a partir de suas próprias metodologias?

Primeiramente, a IN-TCU 95/2024 deixa claro que a atuação do TCU é no sentido de uma estimativa do dano (art. 1º, II), tendo em vista que tecnicamente só se pode falar em apuração completa do prejuízo ao erário pela Corte de Contas em um processo de tomada de contas especial, que tem natureza reparatória e punitiva, observado o contraditório e a ampla defesa e contando com uma decisão final colegiada que impute tal dano, com seu valor já devidamente quantificado.

³⁴ Tal questão já é mapeada na literatura: Segundo Mendes e Fernandes, “A despeito dessas orientações recentes, parece que o principal problema na atuação sobreposta da AGU/CGU e MPF com o TCU reside na dificuldade de se convergir para uma mesma metodologia específica para apuração de eventual dano a ser endereçado em negociação para acordo de leniência. Como observa Amanda Athayde, no caso do TCU, especificamente, há pelo menos cinco fórmulas de cálculo disponíveis, baseadas, em síntese, em (i) metodologias tradicionais de engenharias de custos; (ii) auditorias de notas fiscais; (iii) métodos econométricos; (iv) metodologias do produto interno mitigado; e (v) metodologias do índice de recuperação projetado”. MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Acordos de leniência e regimes sancionatórios múltiplos: pontos de partida para uma integração constitucional. In: *Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 101.

³⁵ O termo aqui não é utilizado na acepção comum, depreciativa, mas na concepção de burocracia weberiana.

Enquadrar o problema como estimativa confere, a nosso ver, maior flexibilidade a tal tarefa de quantificação, ante o quadro de informações trazidas pela própria empresa interessada no acordo e eventuais processos do TCU que estejam em curso. Apesar dessa diretriz, tal tarefa de quantificação do prejuízo aos cofres federais se dará na intersecção entre os valores objeto de tratativas iniciais, gerando os cálculos preliminares realizados pela CGU/AGU com a colaboradora, e os valores efetivamente calculados pelo TCU a partir das metodologias vigentes na Corte de Contas (incisos V e VI do art. 1º). Há probabilidade de haver *gaps* consideráveis entre tais valores. Quais são os cenários possíveis e como isso impacta na percepção dos custos de transação do acordo de leniência?

Ao adentrarmos em tal temática, não podemos deixar de nos valer do que se convencionou posteriormente chamar de Teorema de Coase³⁶, fruto da seminal obra de Ronald Coase “The problem of social cost”³⁷, distinguindo a tradicional abordagem jurídica da responsabilidade civil – focada na imputação da reparação do dano ao seu causador, conforme regras estabelecidas pelo sistema jurídico – para a lógica econômica, fundada na eficiência, preocupada com a alocação eficiente do direito de propriedade pela própria vontade das partes, a partir de livres negociações com baixos custos de transação.

E para o que interessa ao presente artigo, custos de transação seriam todos os fatores que aumentam o preço ou geram impedimentos ou fricções adicionais à negociação, sendo provavelmente exitosas (no sentido da alocação ótima dos recursos escassos) as tratativas que tiverem custos de transação iguais ou próximos a zero, porque geradoras de incentivos para que as partes em litígio cheguem a um acordo, alocando de forma eficiente suas utilidades. Assim, tais custos de transação precisam ser reduzidos³⁸ para que seja possível a negociação.

Feito esse breve apontamento, a sistemática de anuência do TCU com os valores de dano negociados entre a CGU/AGU e o agente privado fica clara nos arts. 5º e 6º da IN-TCU 95/2024. Há um momento procedimental em que o TCU enviará à CGU/AGU os valores de possíveis débitos que já estejam em apuração na Corte, envolvendo a proponente do acordo

³⁶ COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. p. 157. “Não criei a expressão “Teorema de Coase” e nem a sua formulação precisa – devemos ambas as criações a Stigler. No entanto, é verdade que a sua formulação do teorema baseou-se em trabalho meu, no qual se encontra o mesmo pensamento, embora expresso de forma bem diversa”.

³⁷ COASE, Ronald. *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics, v. 3, p. 1-44, 1960.

³⁸ COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. p. XI. “Diz-se reduzir os custos de transação, pois é óbvio que, na prática, não é possível eliminá-los completamente. Mas, se os custos permanecem elevados, inúmeras transações não chegarão a ser iniciadas ou concluídas, o que acabará por afetar o bem-estar da sociedade”. Trecho do Estudo Introdutório para a edição brasileira de *A Firma, o mercado e o Direito*, de Ronald Coase, por Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira.

(art. 5º) e os fatos em questão. Em seguida, a Corte de Contas receberá da CGU/AGU comunicação sobre a versão final do acordo, oportunidade em caberá à área técnica do TCU manifestar-se “sobre se os valores informados atendem aos critérios de apuração do dano e se são suficientes para o seu ressarcimento” (art. 6º). Inegável, assim, que o valor final calculado pelo órgão encarregado das tratativas (CGU/AGU) passará pelo crivo do aparelho técnico do Tribunal, que normalmente se valerá das metodologias tradicionais (muitas vezes já submetidas a normativos internos) de quantificação do dano e pelas controvérsias já comentadas.

Tais etapas são destinadas a preparar a decisão do TCU sobre os valores negociados (art. 9º). A declaração final do TCU de que não instaurará processos para apuração de valores adicionais de dano se dará apenas se o próprio Tribunal considerar que os valores negociados no acordo de leniência satisfazem seus critérios de mensuração dos prejuízos. Enfim, a palavra final na quantificação do prejuízo ao erário federal ainda caberá ao TCU, não havendo garantias de convergência entre as metodologias de cálculo dos danos.

Pelo contrário, é mais provável a ocorrência de divergências entre os valores negociados entre a CGU/AGU e a pessoa jurídica colaboradora³⁹, e o TCU. Em considerando o TCU que os valores negociados não satisfazem aos seus próprios critérios, a CGU/AGU será cientificada para “fins de negociação complementar visando eventual ajuste dos valores a título de ressarcimento dos danos” (art. 10). Constatado ao final que os valores previstos no acordo de leniência não contemplaram os valores estimados pelo TCU, este não dará quitação à colaboradora, com o prosseguimento dos processos punitivos que tramitam na Corte de Contas (art. 16).

Há, portanto, pontos de instabilidade ao fluxo de negociações do acordo de leniência, que poderão ser percebidos como custos de transação acrescidos ao cenário comparado sem tal regra da IN-TCU 95/2024. Cada medida acrescida de custos de transação dificulta um acordo, com base no teorema de Coase. E por definição, programas de leniência, além de atrativos – comparado ao cenário provável de punição – precisam ser confiáveis e previsíveis, “não pode[ndo] a celebração do acordo, por óbvio, acarretar um incremento de riscos ao particular

³⁹ O Decreto 11.129/2022, que atualmente regulamenta a Lei 12.846/2013, fala na necessidade de a pessoa jurídica interessada no acordo reparar integralmente a parcela incontroversa do dano causado (art. 37, VI), o que aponta para o reconhecimento de valores submetidos a controvérsias, conforme ora debatido.

para além daqueles preexistentes à sua cooperação, sob pena de subverter-se toda a lógica econômica dos acordos de leniência.”⁴⁰

Além disso, o simples acréscimo de fases procedimentais em um ator externo às negociações pode ser percebido também como um fator de ampliação dos custos de transação (tempo adicionado, incertezas), podendo-se ultrapassar o limiar dos benefícios esperados pelo agente privado, a depender do caso. Estar submetido ao risco de que os valores acordados não serão suficientes para a completa quitação da dívida, podendo haver sujeição adicional à responsabilidade perante o TCU, se mostra como um possível desincentivo ao futuro dos acordos de leniência⁴¹.

E as primeiras experiências com acordos de leniência já demonstraram como as divergências entre os órgãos governamentais podem constituir entraves à eficiência de tais instrumentos de combate à corrupção, trazendo sinalizações negativas quanto à confiabilidade da leniência da Lei 12.846/2013. MARIN (2019) expõe sobre as divergências havidas entre o MPF e a AGU no emblemático acordo de leniência firmado com o Grupo Odebrecht, justamente quanto ao montante fixado a título de reparação de danos, ressaltando a autora, na mesma linha que expusemos, “que a forma de cálculo para se chegar ao montante do dano a ser indenizado ao erário é complexo e nem sempre as instituições utilizam da mesma metodologia”.

Também para além da especulação teórica, as instabilidades causadas aos acordos de leniência pela atuação do TCU já foram objeto de debates judiciais no Supremo Tribunal Federal, seja na primeira fase de vigência da Lei 12.846/2013, em que o TCU entendia que não haveria nenhum óbice ao exercício pleno de suas competências constitucionais, inclusive podendo aplicar sanções sobre as empresas signatárias de acordos de leniência, seja numa fase posterior, quando a Corte de Contas começou a temperar seu entendimento no sentido de que poderia haver o abrandamento de suas sanções, ante o acordo de leniência.⁴²

Além disso, o cálculo racional do agente privado entre tomar ou não a iniciativa pelo acordo de leniência precisa ser colocado sob a perspectiva de que a empresa (e seus dirigentes,

⁴⁰ CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 259.

⁴¹ Há uma relação direta entre previsibilidade e os acordos de natureza colaborativa, em que além de assunção completa de responsabilidade, há as expectativas por parte do Estado de delação do esquema criminoso e dos demais coautores. Em tais arranjos, a práxis internacional e a literatura apontam a necessidade de previsão *ex ante* dos potenciais benefícios ao colaborador, para estímulo ao seu cálculo racional (além da maior legitimidade ao impor isonomia na concessão das benesses). Inserções de instabilidades ou imprevisibilidades podem ser vistas como fatores de desestímulo aos acordos de leniência por dificultarem o cálculo de custos-benefícios.

⁴² Cf. Mandados de Segurança 36.526; 36.496; 35.435, apreciados pelo STF.

uma vez que a manifestação de vontade da pessoa jurídica é uma abstração) terá que se expor de forma significativa com a apresentação de declarações e documentos auto incriminatórios. É certo que o sistema jurídico prevê que o insucesso do acordo não permitirá que o Estado se valha dos documentos obtidos para responsabilizar a empresa interessada no acordo, que acabou por não ser assinado (§7º do art. 16 da Lei 12.846/2013). Como não poderia deixar de ser, na IN-TCU 95/2024 foram previstas regras pela não utilização das informações prestadas pela colaboradora em seu desfavor, caso o acordo não seja firmado (art. 12, IV).

Contudo, ainda não foram bem estudados os impactos psicológicos nos agentes públicos envolvidos no *law enforcement* do acesso a documentos sobre práticas e esquemas ilícitos, mesmo quando tais documentos não são utilizados formalmente como prova contra os proponentes dos acordos fracassados. Seria a imparcialidade de tais agentes públicos comprometida? Seriam tais informações aproveitadas como conhecimento tácito para a destinação de recursos investigativos sobre o esquema ilícito? A partir de uma abordagem realista proposta neste artigo, pode-se especular que tais informações estratégicas podem ser usadas de forma oportunística pelos agentes do Estado, havendo até fundamento jurídico para tanto, baseado na prova relativamente autônoma (mas reforçada pelas convicções construídas com as provas trazidas pelo colaborador), prevista na IN-TCU 95/2024 (art. 12, V).

Olhando para o filme, não há dúvidas que o TCU avançou ao abandonar o modelo de controle concomitante, com a aprovação de cada etapa do acordo como condição de eficácia das etapas seguintes. Tal estrutura normativa se mostrou disfuncional. Focalizando, entretanto, a estrutura de expectativas e custos-benefícios nas tratativas e na formalização de um acordo de leniência, vemos que a intervenção do TCU na mensuração do dano, na forma proposta pela IN 95/2024, mostra-se como fator adicional de custos de transação, com possíveis consequências sobre a eficiência desse instrumento de persecução de ilícitos contra a Administração Pública.

É verdade que nos faltam dados empíricos sobre a percepção dos agentes privados acerca da interveniência de um agente externo às tratativas e sobre as instabilidades geradas. Aliás, a própria coleta de dados como esses é difícil. Entrevistas com os negociadores públicos e estudos de caso poderiam fornecer dados relevantes. Não obstante, os casos judicializados pelas próprias empresas no passado apontam para o quadro de insegurança decorrente das intervenções simultâneas de outras agências estatais sobre os acordos de leniência.

A partir da abordagem econômica aplicada ao direito, constatamos que o acréscimo de incerteza quanto à fixação dos valores de dano e a submissão do acordo a um ator estranho às

partes em negociação podem ser vistos como potenciais desincentivos aos acordos, aumentando os *trade-offs* e, por consequência, dificultando a percepção da balança de custos-benefícios do programa de leniência da Lei 12.846/2013.

Estaríamos aqui diante de uma possível falha de governo⁴³, em que uma intervenção governamental mal calibrada pode gerar distorções não previstas, ou até mesmo fragilizar a eficácia dos acordos de leniência ao se incentivar condutas não desejáveis nos agentes privados?

5. COMPARAÇÃO COM O CENÁRIO REAL. BAIXAS TAXAS DE RECUPERAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO

É sabido que o cálculo racional do agente privado entre buscar/realizar um acordo de leniência ou permanecer em silêncio, continuando a auferir os benefícios da prática ilícita contra a Administração e correndo os riscos da punição, é dependente da comparação com um cenário provável decorrente da não realização do acordo.

No ambiente institucional brasileiro e no microcosmos das sanções administrativas, qual é a realidade que impera em relação à efetividade de suas sanções? Enfrentando essa questão poderemos aplicar o modelo da escolha racional de forma mais precisa. Além disso, poderemos avaliar se os resultados dos acordos de leniência da Lei 12.846/2013 apresentam-se satisfatórios frente os seus custos e comparados com o sistema tradicional de punição administrativa.

Na esfera da atuação persecutória administrativa, são conhecidos os déficits de eficácia das sanções aplicadas pelas agências estatais. Especificamente quanto à reparação de danos ao erário, Simões⁴⁴, mediante coleta de dados relativos a débitos e multas imputadas pelo TCU,

⁴³ “Sem questionar a importância da regulação, há situações em que as normas são concebidas sem o devido cuidado, de forma que geram mais custos do que benefícios. Em outras palavras, ao invés de reduzir falhas de mercado, elas introduzem distorções adicionais, principalmente no ambiente econômico. Nesse caso, tem-se as chamadas falhas de governo, intervenções governamentais incorretas que geram distorções maiores do que os problemas que elas se propunham a resolver. Esse efeito adverso é conhecido na literatura como efeito Peltzman, situação em que a regulação tende a criar condutas não previstas para os regulados, anulando os benefícios almejados.” MELO, Ana Paula Andrade de; MENEGUIN, Fernando. *Uma nova abordagem para a regulação econômica: soft regulation*. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 73, n. 2, p. 119-218, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/6739>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁴⁴ SIMÕES, Rafael. *Avaliação de ressarcimento em processos de tomadas de contas especiais da administração pública federal*. 2022. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/e0b1b217-101a-4744-b57a-f0318249beb6>. Acesso em: 11 jul. 2024.

indica taxas de recuperação dos valores se mantendo em percentuais significativamente baixos (média de 1,71%) entre os anos de 2017 a 2021.⁴⁵ Tais percentuais reduzidos vem se mantendo praticamente estáveis ao longo das décadas e as causas estruturais do problema já vem sendo largamente debatidas.⁴⁶ Em dados mais recentes levantados pelo próprio TCU, a discrepância entre os créditos constituídos pelo Tribunal em seus acórdãos condenatórios enviados aos órgãos da AGU para execução judicial e os montantes efetivamente retornados aos cofres federais também se mostram significativa⁴⁷.

É certo que as causas de tal ineficiência na recuperação dos danos ocasionados à Administração Federal não são atribuíveis unicamente à Corte de Contas. Se por um lado o processo de tomada de contas especial é custoso, demanda tempo, análise de provas e o transcurso de diversas fases inerentes ao devido processo legal⁴⁸, os valores ao final imputados, caso não pagos voluntariamente, passarão pelo sempre difícil e moroso processo de execução judicial, que sabidamente no Brasil encontra estruturas judiciárias sobrecarregadas.

O que se quer demonstrar é que o cenário de escolha racional entre firmar ou não um acordo acaba por levar em consideração não as sanções abstratamente previstas no ordenamento jurídico, mas o cenário real de que as sanções pecuniárias terão baixa probabilidade de cumprirem seu objetivo, dada as ineficiências dos processos administrativos sancionadores e dos processos judiciais punitivos ou de execução.

Por que então se mostraria atrativo ao agente privado o acordo de leniência? Não ignoramos que os cálculos racionais de celebração do acordo incluem outros tipos de sanções, inclusive com interfaces penais para as pessoas físicas dirigentes das empresas e com punições não diretamente pecuniárias, como por exemplo o afastamento das licitações públicas

⁴⁵A partir do levantamento de dados diretamente do Siafi dos pagamentos feitos perante o TCU e feitos com os códigos de recolhimento gerados pela Procuradoria-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal, além de outros cofres credores, relativos a débitos e multas imputadas por esta Corte de Contas, a taxa de recuperação se manteve, na média, em 1,71% entre 2017 a 2021. Em SIMÕES, Rafael. *Avaliação de ressarcimento em processos de tomadas de contas especiais da administração pública federal*. 2022. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/e0b1b217-101a-4744-b57a-f0318249beb6>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁴⁶ MARTINEZ, Nagib Chaul. A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da União em face da reapreciação judicial de suas decisões: o problema do acórdão do TCU como título meramente extrajudicial. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

⁴⁷ Conferir dados produzidos pelo próprio Tribunal de Contas em BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 305/2024 – Plenário*. Brasília, 2024.

⁴⁸ Corroborando os altos custos, atualmente dispensa-se a instauração ou a continuidade de uma tomada de contas especial no TCU cujo valor de provável débito seja inferior a R\$ 100.000,00, conforme IN 71/2012.

(declaração de inidoneidade para contratar e/ou licitar)⁴⁹ e preocupações reputacionais. Mas a ineficácia das sanções pecuniárias afeta o cálculo do acordo de leniência, tornando o acordo vantajoso para o Estado, dadas as conhecidas dificuldades em se apurar ilícitos de colarinho branco, além de efetivamente recuperar os valores dos danos ocasionados pelos atos de corrupção.

Sem pretender afirmar que os acordos de leniência seriam uma panaceia para o combate à corrupção, o fato é que há dados persuasivos sobre o volume de recursos objeto das transações já realizadas pela CGU/AGU e efetivamente retornados aos cofres federais.

A partir de uma análise empírica de acordos firmados somente entre 2018 e 2019, Lins⁵⁰ aponta que os valores “arrecadados” por meio dos acordos de leniência foram superiores ao montante de créditos recuperados judicialmente pelas estruturas da AGU relativos a acordos do TCU, sem levar em conta ainda os custos decorrentes de caros processos judiciais e do tempo despendido neles. Tais observações corroboram a ideia de que adicionar custos de transação aos acordos de leniência, além de gerar desincentivos aos potenciais colaboradores, pode ser desvantajoso também para o Estado.

Essa abordagem realista nos leva a inserir tais dados nos cálculos racionais dos agentes privados e do próprio Estado, premido pela necessidade de reduzir a níveis minimamente aceitáveis a incidência da corrupção no Brasil e/ou recuperar ao menos parte dos valores públicos desviados. Conforme apregoam Holmes e Sunstein⁵¹, de forma precisa, sob a ótica da AED, “os direitos têm seu custo e por isso jamais podem ser protegidos de maneira completa ou perfeita”. Portanto, a reparação integral do dano não pode ser encarada de forma absoluta, frente aos elevadíssimos custos decorrentes da estrutura governamental por trás de tal “aspiração”.

Levando em conta o baixo retorno dos valores das sanções pecuniárias aplicadas pelo TCU, sua intervenção obrigatória nos acordos de leniência, sob a ótica da quantificação do dano, se mostraria realmente indispensável, ante a alteração da balança de incentivos e custos de transação nos acordos de leniência decorrentes da modelagem de intervenção trazida pela

⁴⁹ Embora não seja uma sanção pecuniária, possuem intensos efeitos de ordem patrimonial, ao alijar um agente econômico de disputar potenciais contratos com a administração pública.

⁵⁰ LINS, Raniere Rocha. *Consensualidade e o enfrentamento à corrupção: análise empírica dos acordos de leniência na prevenção e repressão de atos corruptivos à luz da Lei n. 12.846/2013*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁵¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. pp. 96-97.

IN-95/2024? Responder a essa pergunta, à luz da realidade como ela se apresenta, é um dos desafios que a interseção entre o direito e a economia pode contribuir.

Além de a via da reparação do dano por meio das condenações do TCU encontrar crônicas dificuldades de eficiência, tal atividade não é privilégio somente do TCU. Embora seja um ator relevante, com uma frente extrajudicial importante de atuação (mas que posteriormente acaba por desaguar na esfera judicial, na fase de execução dos acórdãos condenatórios em débito ou multa), o sistema multiportas de responsabilização por atos ilícitos associativos contra a Administração encontra diversos caminhos de busca pelo ressarcimento ao erário⁵².

Levando em conta os resultados obtidos com os acordos de leniência, por qual razão a quantificação do dano ao erário precisa necessariamente passar pelo crivo do TCU, sendo que outros órgãos são igualmente legitimados por lei para atuar na recuperação dos prejuízos decorrentes da corrupção? Se o caminho dos acordos de leniência pode ser “sobrecarregado” de custos de transação e de fatores de instabilidade em suas tratativas, ante a engenharia normativa trazida pela IN-TCU 95/2024, porque não prestigiar a sistemática “seca” definida na Lei 12.846/2013, conforme modelos tradicionais de leniência existentes nas experiências alienígenas? É adequado ao sistema de leniência que se veja o TCU como um curso obrigatório dos acordos, sem considerar os custos-benefícios de tais intervenções?

Caso sejam aceitas as conclusões preliminares de que a sistemática de intervenção obrigatória do TCU trazida pela IN-TCU 95/2024 aumenta os custos de transação nos acordos de leniência, alterando a balança de incentivos para a sua formalização pelos agentes privados, o debate franco e sem dogmas das questões acima trazidas deverá ser aprofundado, avaliando-se, sobre diversos prismas, os custos e os benefícios da manutenção de tal sistemática⁵³.

Além disso, os *trade-offs* envolvidos são entre realizar um acordo de leniência, obtendo de forma consensual valores de reparação dos danos, ainda que imprecisamente estimados, e o incremento probatório, que possibilitará ao Estado acelerar suas investigações e focar punições em outros agentes, comparando-se com o cenário tradicional, custoso e moroso de condução integral das investigações, com posteriores processos administrativo

⁵² Como contraponto a tal esquizofrenia controladora no Brasil e seus impactos adversos e ineficiências, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O mito do “quanto mais controle, melhor” na administração pública*. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁵³ Não ignoramos que a resposta a tais questões passa também por fatores de ordem política, sociológica e cultural.

sancionadores e, por fim, com a execução judicial do título formado com a decisão administrativa condenatória.

6. NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÕES DUPLICADAS (*NON BIS IN IDEM*). AVANÇOS

Por outro lado, nos parece que a IN-TCU 95/2024 trouxe incentivos positivos aos acordos de leniência ao prever normativamente uma prática que já vinha se desenhando na jurisprudência da própria Corte de Contas nos últimos anos, que é compensar ou abater valores de multas já pagas ou pactuadas em acordos de leniência com as sanções pecuniárias eventualmente aplicadas pelo TCU.

Conforme já intuído, o cenário ótimo nos parece ser, caso um conjunto de ilícitos sejam objeto de acordo de leniência, que as demais agências de controle, ao menos na esfera administrativa, assumissem uma conduta de autocontenção, não exercendo novos esforços investigativos e punitivos sobre os mesmos fatos, permitindo que a negociação seja feita por um único ator central.

Isso envolveria uma visão do aparelho estatal de forma única, sem os comportamentos contraditórios de diferentes agências estatais autônomas e as interferências daí decorrentes nos acordos de leniência.

Fora esse cenário ótimo, a estrutura normativa inaugurada com a IN-TCU 95/2024 parece apontar para incentivos positivos aos acordos de leniência no que se refere à autocontenção da atividade punitiva da Corte de Contas, podendo não aplicar medida sancionadora, desde que a colaboradora se mantenha adimplente quanto às obrigações assumidas no acordo (art. 15, §1º) ou, nos casos de sanções pecuniárias, compensar ou abater multas inseridas nos escopos dos acordos de leniência e também objeto de apurações no TCU (art. 25).

Se por um lado a instabilidade quando à quantificação do dano indica o aumento dos custos de transação comparado com um cenário de não intervenção do TCU nos acordos de leniência, a previsão normativa de não aplicação de sanções traz uma sinalização positiva de que os agentes econômicos podem firmar os acordos com a CGU/AGU sem que corram riscos elevados de nova punição pelo Tribunal de Contas, não sendo desprezível tal incentivo,

considerando que os valores de multas podem ser proporcionais ao valor do próprio dano⁵⁴. De igual forma, poderia o TCU deixar de aplicar talvez a mais gravosa das sanções, que é a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica fraudadora à licitação⁵⁵, que corresponde à verdadeira morte civil de uma empresa cujo mercado é a prestação de serviços ao poder público.

Face a todos os percalços institucionais porque passaram os acordos de leniência desde sua entrada em vigor em janeiro de 2014, não se pode deixar de notar esse considerável avanço, capaz de, se bem utilizado, preservar o núcleo de incentivos aos agentes privados diante de um cenário institucional complexo de disputas e desconfianças em torno do protagonismo no combate à corrupção.

CONCLUSÕES

Escolhas normativas trazem consequências no cálculo racional do comportamento humano. Essa é uma premissa básica da análise econômica do direito. Quais consequências podem ser antevistas teoricamente pela entrada em cena da IN-TCU 95/2024 no complexo jogo de incentivos e custos de transação presentes nos acordos de leniência conduzidos pela CGU/AGU? Tentamos problematizar algumas delas, formulando questionamentos que podem ser aprofundados por outros pesquisadores, seja utilizando a metodologia da AED ou mesmo se valendo de outras abordagens.

O que nos parece possível detectar no momento, a partir de uma análise realista e contextualizada com o sistema de múltiplas institucionalidades no combate à corrupção e defesa do patrimônio público, é que os custos de transação dos acordos de leniência são inevitavelmente elevados com a inserção de um ator adicional e externo às negociações, como é o TCU, comparado com o fluxo das negociações e a formalização do acordo levando em conta unicamente a CGU/AGU e o agente privado.

Enquanto a lógica dialógica – sem perda do horizonte de satisfação do interesse público – impera entre os negociadores públicos e privados, insere-se no jogo um agente externo, focado na completa mensuração do dano. Vimos que pode haver confrontos de mentalidades interventivas e de métodos de quantificação, até mesmo em razão das diferentes

⁵⁴ Conforme art. 57 da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU)

⁵⁵ Conforme art. 46 da Lei 8.443/92.

estruturas psicológicas e das culturas organizacionais, decorrentes do ambiente negocial e do ambiente do controle externo. Distintas metodologias provavelmente gerarão *gaps* de valores. Não havendo disposição em negociações adicionais, o acordo de leniência não gerará posição conclusiva do TCU pela quitação do dano, o que abre uma frente de instabilidade na percepção dos riscos e na previsibilidade dos resultados do acordo. Tais dificuldades na formulação dos cálculos racionais quanto às consequências das escolhas se transmudam em externalidades negativas que podem atuar como futuros desincentivos aos acordos de leniência.

Vimos que a literatura aponta que há vantagens reais dos acordos de leniência também para o Estado, embora os órgãos de persecução estatal não devam se limitar a esta estratégia de combate à corrupção, mas sim em um amplo portfólio de instrumentos. Essa afirmação teórica é corroborada pela realidade brasileira, com os baixos níveis de eficiência do aparelho estatal brasileiro de combate à corrupção e na recomposição dos prejuízos dela decorrentes, figurando os acordos de leniência como um instrumento adicional de incentivo ao rompimento de esquemas cooperativos de práticas ilícitas contra a Administração Pública, normalmente de difícil detecção e de custosa produção de provas suficientes para o atendimento dos elevados padrões probatórios exigidos pelo estado democrático de direito para a condenação dos agentes delituosos.

Vale rememorar a emblemática frase de Holmes e Sunstein, na obra “O Custo dos Direitos”: “Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recurso”⁵⁶, de forma que a consideração realista de limitação de recursos investigativos do aparelho estatal deve entrar na equação de custos-benefícios na utilização do acordo de leniência, de como é o seu design institucional e quais são os atores que participam de sua negociação.

O debate encontra-se em aberto. Seriam bemvindas análises empíricas sobre tais constatações teóricas. A análise da quantidade e da qualidade dos próximos acordos de leniência, firmados sob a vigência da IN-TCU 95/2024, será relevante para que o próprio TCU avalie o impacto da norma no programa de leniência da Lei 12.846/2013.

Pudemos apontar como a aceitação, pelo TCU, das diretrizes do acordo de cooperação técnico de 2020, no sentido de evitar o duplo sancionamento colaboradores, se mostra como uma importante sinalização aos agentes privados de que não serão submetidos às incertezas de

⁵⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 75.

novo apenamento pela Corte de Contas. Seria esse também o caminho para a quantificação do dano, abstendo-se o TCU de atuar?

Pretendemos, assim, apresentar singelas percepções, a partir da análise econômica do direito, sobre meios e fins, indagando se o arranjo normativo introduzido pela IN-TCU 95/2024 acrescenta custos de transação, incertezas e instabilidades capazes de fragilizar o cálculo racional de custos e benefícios do acordo de leniência, seja pelo agente privado, seja pelo próprio Estado, considerando o cenário real brasileiro de baixa efetividade dos métodos tradicionais de recuperação de ativos desviados por atos de corrupção. Novas rodadas de pesquisas e reflexões precisarão ser produzidas na academia e pelos próprios órgãos envolvidos, a fim de que as escolhas públicas possam ser minimamente fundamentadas em dados.

BIBLIOGRAFIA

ARAKE, Henrique; GICO JR., Ivo. *De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014.

BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. (ed.). *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: National Bureau of Economic Research, 1974.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960.

COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. [S.l.]: [s.n.], 2020.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. S.l.: [s.n.], 1989.

GICO JÚNIOR, Ivo T. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, [s.d.].

- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LINS, Raniere Rocha. *Consensualidade e o enfrentamento à corrupção: análise empírica dos acordos de leniência à luz da Lei n. 12.846/2013*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- MARRARA, Thiago. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica*. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o acordo de leniência: uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARTINEZ, Nagib Chaul. A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da União [...]. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.
- MELO, Ana Paula Andrade de; MENEGUIN, Fernando. *Uma nova abordagem para a regulação econômica: soft regulation*. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 73, n. 2, p. 119-218, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/6739>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Acordos de leniência e regimes sancionatórios múltiplos [...]. In: *Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal*. *Agora*, n. 8, p. 5-34, 1998.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O mito do “quanto mais controle, melhor” na administração pública*. *Zênite Fácil*, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.
- ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *O novo papel dos tribunais de contas no microsistema de combate à corrupção administrativa*. 2019. Tese (Doutorado) – Curitiba, 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é direito e economia*. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: 11 jul. 2024.

SIMÕES, Rafael. *Avaliação de ressarcimento em processos de tomadas de contas especiais da administração pública federal*. 2022. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getulio Vargas, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.

THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Acordos de leniência: a experiência nacional e internacional [...]. In: *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 133-168.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Acordos de leniência e o papel do TCU*. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, p. 153-168, jan./fev. 2018.

O PRINCÍPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA ECONÔMICA

THE LEGAL-CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMICS

Lucas Tavares Simão

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutorando em Direito Pela Universidade de Salamanca, em regime de cotutela, Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

lsimao@gmail.com

RESUMO

O conceito de "eficiência" na Administração Pública, especialmente quando relacionado ao princípio jurídico-constitucional da eficiência, muitas vezes carece de uma análise técnica adequada. Isso leva a uma compreensão superficial e à possível aplicação errônea deste princípio. A eficiência é um princípio central na Administração Pública, com impactos diretos na execução de políticas públicas e na utilização de recursos públicos. Uma avaliação inadequada da eficiência pode comprometer a legitimidade e a eficácia das ações do gestor público. Este estudo realizou uma análise do conceito de eficiência à luz do pensamento econômico, conectando-o ao princípio jurídico da eficiência. Ele delineou os pressupostos técnicos mínimos necessários para a avaliação correta da eficiência nas atividades públicas. O estudo identificou que a eficiência, para ser devidamente analisada, deve considerar tanto os insumos (entradas) quanto os resultados (saídas) obtidos, observando também a eficiência técnica, a eficiência alocativa e as externalidades resultantes. A pesquisa sugere que uma avaliação abrangente e técnica da eficiência na Administração Pública pode auxiliar na correção de falácias comuns e contribuir para a formulação de políticas públicas mais eficazes e socialmente responsáveis.

Palavras-chave: Eficiência - Eficiência Social - Princípio da Eficiência na Administração Pública – Entradas – Resultados.

ABSTRACT

The concept of "efficiency" in Public Administration, especially when related to the legal-constitutional principle of efficiency, often lacks adequate technical analysis. This leads to a superficial understanding and the potential misapplication of this principle. Efficiency is a

central principle in Public Administration, with direct impacts on the execution of public policies and the use of public resources. An inadequate assessment of efficiency can compromise the legitimacy and effectiveness of public managers' actions. This study conducted an analysis of the concept of efficiency from an economic perspective, connecting it to the legal principle of efficiency. It outlined the minimum technical assumptions necessary for the proper evaluation of efficiency in public activities. The study found that efficiency, in order to be properly analyzed, must consider both inputs and outputs, while also accounting for technical and allocative efficiency, as well as resulting externalities. The research suggests that a comprehensive and technical evaluation of efficiency in Public Administration can help correct common misconceptions and contribute to the formulation of more effective and socially responsible public policies.

Keywords: Efficiency - Social Efficiency - Principle of Efficiency in Public Administration – Inputs - Outcomes.

INTRODUÇÃO

Embora a palavra “eficiência” seja muito utilizada por uma grande parte de pessoas, em especial nos âmbitos jurídico e econômico, é comum que determinados pressupostos essenciais dessa análise sejam ignorados. Quando tais pressupostos inerentes à análise da eficiência de determinada coisa são deixados de lado, haverá uma indefinição técnica sobre aquilo que se pretendia analisar. Dessa forma, corre-se o risco, inclusive, de se concluir erroneamente pela eficiência ou ineficiência daquilo que se analisa.

Pode-se dizer que o principal responsável pela criação dessa tendência é o senso comum. No linguajar cotidiano, a “eficiência” consiste na “*capacidade de realizar bem um trabalho ou desempenhar adequadamente uma função; capacidade de produzir um efeito; atributo ou condição do que é produtivo*”¹, etc. Essa conceituação de eficiência não está incorreta, mas é importante apontar a sua incompletude.

Dentro dos estudos econômicos e jurídicos, é adequado que não nos deixemos influenciar pelo conforto do senso comum. Assim, no escopo de um estudo técnico, devemos buscar um panorama de pensamento metodologicamente guiado, em que as conclusões sejam alcançadas por meio da adequada abordagem analítica do seu objeto de estudo.

Como o direito, concomitantemente, molda e é moldado pela sociedade, bem como a sociedade molda e é moldada pelo sistema econômico, é evidente que interessa ao direito a

¹ MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/eficiencia/>>. Acesso em: 22 jul. 2024.

análise técnica sobre a eficiência. Vale dizer, esta nem sempre será puramente econômica, podendo também analisar-se a eficiência a partir da dimensão social.

Quanto à atuação da Administração Pública – que é vinculada à legalidade estrita –, tanto na realização de políticas públicas, quanto na interferência da ordem econômica, deve ser eficiente. A emenda constitucional nº 19/98, responsável por promover uma reforma administrativa, introduziu expressamente a eficiência como um dos princípios que regem a Administração Pública. Entretanto, mais de duas décadas após a mencionada emenda constitucional, esse princípio ainda é pouco compreendido entre os juristas e gestores públicos. Isso porque, infelizmente, é corriqueiro que os manuais jurídicos simplesmente repitam – sem qualquer juízo crítico – a necessidade de a atuação do gestor público ser eficiente, ressaltando apenas os aspectos inerentes ao senso comum².

Assim, este artigo objetiva analisar a abordagem econômica sobre a eficiência, especialmente segundo a visão de Jeffrey Harrison³, conectando-a ao princípio jurídico da eficiência⁴. Desse modo, demonstrar-se-ão os pressupostos técnicos que orbitam ao redor da esfera da eficiência, sem os quais esta não pode ser avaliada.

1. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios subordina-se ao princípio da eficiência. Em verdade, nunca se duvidou de que as atividades estatais devessem ser executadas de forma eficiente e, talvez, justamente por isso, referido *múnus* não foi explicitado pelo constituinte originário. Todavia, como que convencido de que às vezes o óbvio precisa ser dito, o constituinte derivado houve por bem inserir o princípio da eficiência no texto constitucional, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98.

² É importante explicar que essa não é uma crítica feita a toda a comunidade jurídica, na medida em que há grandes nomes cientes de toda a problemática abordada nesse breve estudo, inclusive, com muito mais profundidade que esse pequeno autor. Aqui, o ponto não é – e jamais poderia ser – apontar dedos, mas sim, inserir-nos como corresponsáveis pela negligência com que esse assunto tem sido tratado; buscando, assim, trazer e fomentar o debate sobre a eficiência no universo jurídico.

³ HARRISON, Jeffrey L. *Law and economics in a nutshell*. St. Paul: West Academic, 2016. cap. 2.

⁴ Art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988: “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** [...]”.

Sob o ponto de vista prático, o princípio da eficiência – enquanto balizador da Administração Pública – agrega novos parâmetros na aferição de sua legitimidade. Em outras palavras, não basta que os atos administrativos sejam praticados em conformidade apenas com os aspectos formais que lhe são intrínsecos para que, então, sua legitimidade seja automaticamente presumida. Mais do que isso, o constituinte derivado impôs que a atividade do Estado deva ser avaliada, igualmente, sob o ponto de vista dos resultados alcançados.

A propósito, é sintomático, sob o aspecto histórico, que o apelo do constituinte pelo primado da eficiência tenha sido contemporâneo à época em que o Estado brasileiro aderiu com afinco ao modelo das privatizações por meio de concessões. A relevância desse fato decorre da observação de que, durante a década de 1990, os governos que se sucederam justificaram as privatizações justamente pelo viés da necessidade de incremento da eficiência estatal na prestação dos serviços públicos. Sendo assim, é à luz do “espírito do tempo” (*zeitgeist*) da década de 1990, a qual teve por pano de fundo os valores do neoliberalismo, que a Emenda Constitucional nº 19/98 deve ser compreendida. Dito de outra forma, referida emenda traduz a ideia de que a eficiência econômica deve estar aliada à eficiência política. E esse raciocínio explica, igualmente, o motivo pelo qual a Emenda Constitucional nº 19/98 se notabilizou por ter implementado, no Brasil, o paradigma gerencial da administração pública.

Voltando-nos novamente à dimensão jurídica do princípio da eficiência, é digna de nota a tese sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual o princípio da eficiência seria a derivação de um princípio maior, o qual denomina de “princípio da boa administração”:

O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e, aos adequados fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”. Tal dever, como assinala Falzone, “não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico.”⁵

Após a inserção do princípio da eficiência no texto constitucional, alguns juristas passaram a questionar seu valor normativo, sob o fundamento de que haveria excessiva vagueza

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 126.

em sua definição. Tratar-se-ia, segundo tais críticos, de uma norma programática sem grande relevância prática. Com o decorrer do tempo, no entanto, percebeu-se que, na realidade, a Constituição Federal elenca uma série de ferramentas aptas a concretizar o princípio da eficiência, o qual se reveste de aplicabilidade imediata⁶. Nesse sentido, como um primeiro exemplo de concretização do princípio da eficiência, podemos mencionar os mecanismos de controle interno no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, destinados a “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (art. 74, II, da Constituição Federal).

Há, ainda, o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas, dentre cujas atribuições insere-se a de fiscalizar a Administração Pública direta e indireta “quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”. Acerca dos Tribunais de Contas, Gilmar Mendes destaca o incremento de importância que tais órgãos vêm adquirindo, nos últimos anos:

Nos anos recentes, nota-se significativo incremento da atuação das Cortes de Contas, em especial do Tribunal de Contas da União, no controle externo das atividades da Administração Pública. São duas as novas vertentes que têm contribuído para a ampliação do tradicional espectro do controle externo: o controle da eficiência da aplicação dos recursos públicos com fundamento em critérios técnico-especializados; e o “controle preventivo” das ações administrativas, com o acompanhamento sistemático dos programas governamentais, inclusive ao longo de sua formulação⁷.

Podemos, ainda, encontrar outra expressão concreta do princípio da eficiência no controle exercido pelas agências reguladoras. Criadas por lei, tais entidades possuem natureza jurídica de autarquia e integram, portanto, a Administração Pública indireta. Dentre as várias atribuições das agências reguladoras está aquela de fiscalizar e regular as atividades de serviços públicos executados por empresas privadas, mediante prévia concessão, permissão ou autorização.

Não menos importante que os exemplos anteriores, o princípio da eficiência encontra guarida no § 8º do art. 37 da Constituição Federal. Trata-se da possibilidade de fixação de metas

⁶ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 78.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 851.

de desempenho para o órgão ou entidade da administração direta e indireta, inclusive com possibilidade de impacto na remuneração do pessoal (inciso III).

Em última análise, tais exemplos revelam que, se de fato há – à primeira vista – alguma vagueza na definição do conceito de eficiência, ela é apenas aparente. Isso porque a Emenda Constitucional nº 19/98 veio sobretudo para atribuir legitimação constitucional aos mecanismos de controle de eficiência que lhes eram preexistentes, bem como para inspirar a elaboração de outros. Além disso, como afirmado anteriormente, a elevação do princípio da eficiência ao *status* de princípio constitucional revela, senão outra coisa, a mentalidade de uma época na qual o Estado brasileiro se viu obrigado a encontrar o ponto de equilíbrio entre o paradigma do Estado liberal de um lado e, de outro, o paradigma do Estado do bem-estar social, recorrentemente taxado de ineficiente.

2. A VISÃO ECONÔMICA SOBRE A EFICIÊNCIA

Para traçar-se um panorama a respeito da visão econômica sobre a eficiência, é necessário primeiramente apresentar os conceitos dos denominados *inputs* e *outputs*. Os primeiros – *inputs* – consistem naquilo que podemos chamar de entradas, formadas por insumos ou fatores de produção; ao passo que os segundos – *outputs* – se traduzem pelos resultados alcançados a partir do manejo das entradas. É absolutamente necessário compreender a aplicabilidade desses conceitos, pois eles são essenciais para se possa concluir se algo é ou não eficiente.

A análise sobre a eficiência de qualquer evento deve necessariamente abordar esses dois aspectos. Contudo é normal que, levadas pelo senso comum, as pessoas negligenciem algum deles, de modo a alcançar conclusões inadequadas. Assim, devemos nos debruçar sobre cada um desses conceitos a fim de melhor compreendê-los, construindo-se um substrato teórico apto a fundamentar a correta análise de eficiência.

As entradas – *inputs* – compreendem tudo aquilo que é necessário para produzir algo, por exemplo, matéria prima, mão de obra, *know-how* etc. Em outras palavras, as entradas são os insumos ou fatores de produção, cuja somatória revela os custos de transação despendidos para produzir algo em busca de um resultado. Por sua vez, os resultados – *outputs* – consistem no produto do trabalho empregado para a produção de determinado bem ou serviço.

Dessa forma, pode-se compreender que a cadeia produtiva converte entradas em resultados. Feitas essas considerações, é necessário prosseguirmos a discussão, adentrando a abordagem tradicional sobre a eficiência econômica, inclusive para indicar as dimensões sobre as quais essa pode ser subdividida.

Tradicionalmente, o conceito de eficiência está relacionado com a proporção entre as entradas empregadas e os resultados obtidos. Quanto maiores forem os resultados alcançados com a menor quantidade de entradas possíveis, mais eficiente pode ser considerado aquilo que se está avaliando. Assim, é possível mensurar a produtividade por meio de um juízo analítico entre resultados e entradas.

Nesse sentido, Timothy Coelli [et al] explica: “*a natural measure of performance is a productivity ratio: the ratio of outputs to inputs, where larger values of this ratio are associated with better performance*”⁸. Em uma tradução livre, definir o seguinte índice de produtividade é uma boa medida de desempenho: a relação entre resultados e entradas, de modo que quanto maior for a proporção alcançada, mais eficiente será a empreitada.

Não obstante, ainda que correta, a visão tradicional precisa ser aprofundada, porquanto a correlação entre resultados e entradas, segundo Timothy Coelli, demonstra-se insuficiente para o apropriado exame de (in)eficiência. A perspectiva do pensamento econômico sobre a eficiência a subdivide em dois planos, quais sejam, (i) a eficiência produtiva ou técnica e (ii) a eficiência alocativa⁹.

A eficiência produtiva ou técnica – sinônimos – está em grande medida relacionada com a visão tradicional sobre a eficiência, que abordamos anteriormente. Assim, quanto menores forem os custos de transação para produzir algo com a melhor técnica possível, maior será a eficiência produtiva. Entretanto, ainda que um determinado bem ou serviço seja realizado com a melhor técnica possível e com os menores custos, isso, por si só, não implica automaticamente em eficiência absoluta.

A esse respeito, a eficiência produtiva deve ser analisada sempre à luz da eficiência alocativa. Esta se trata da medida em que os bens e serviços produzidos são úteis à sociedade. Isto é, para haver eficiência alocativa, pressupõe-se a existência de demanda para tal bem ou serviço, de modo a alocá-lo na sociedade ou no mercado de consumo. Dessa forma, imaginemos

⁸ COELLI, Timothy J.; PRASADA RAO, D. S.; O'DONNELL, Christopher; BATTESE, George E. *An introduction to efficiency and productivity analysis*. 2. ed. New York: Springer, 1998. p. 1.

⁹ COELLI, Timothy J.; PRASADA RAO, D. S.; O'DONNELL, Christopher; BATTESE, George E. *An introduction to efficiency and productivity analysis*. 2. ed. New York: Springer, 1998. p. 3-5.

que um determinado bem é produzido com a máxima eficiência técnica e com os menores custos possíveis; porém não há demanda para ele por parte da sociedade, tornando extremamente difícil aloca-lo. Nesse caso, à luz das dimensões produtiva e alocativa da eficiência, pode-se concluir que referido bem hipotético é ineficiente.

Em um mercado de consumo, é possível considerar que determinado bem possui eficiência alocativa quando pode ser distribuído de maneira ótima pela própria vontade dos consumidores. Estes devem, nesse sentido, ver uma utilidade relevante no bem que os façam desejar consumir referido produto. Assim, tem-se que, para ser alocado, o bem necessita de um valor intrínseco que, para o consumidor, seja maior do que a contraprestação a ser prestada – pecuniária ou não.

Dessa forma, conclui-se que a eficiência econômica é fruto da conjugação entre as eficiências produtiva e alocativa. Destarte, concomitantemente, para existir um produto ou serviço eficiente, deve-se utilizar a melhor técnica com os mínimos custos possíveis, ao passo que é preciso existir demanda pelo produto ou serviço na sociedade. São esses os pressupostos analíticos mínimos que, juntos, são capazes de demonstrar conclusivamente a eficiência econômica de algum processo produtivo ou da prestação de um serviço.

A despeito disso, a eficiência econômica não é a única modalidade relevante para o nosso estudo. Do ponto de vista coletivo, tão importante quanto ela é a eficiência social, que diz respeito ao bem-estar dos integrantes da sociedade. A eficiência social consiste na otimização de determinados resultados em uma sociedade, em face das entradas existentes e disponíveis.

De todo modo, embora o conceito de eficiência social esteja mais relacionado com o bem-estar econômico de uma sociedade, certa é a sua concomitante relação com fatores não econômicos, tais como fatores políticos, culturais e sociais. Assim, a análise de eficiência não se restringe apenas à economia, podendo ser estendida também a outras dimensões além da econômica. Dessa forma, dentro do espectro social, é plenamente possível – inclusive indicado em vários casos – realizar-se uma análise sobre os custos de transação envolvidos, as entradas utilizadas, os resultados alcançados e a respectiva alocação destes.

Segundo Jeffrey Harrison¹⁰, o advento do termo eficiência social reside no pensamento de Ronald Coase (1960). Segundo o economista, a eficiência social é a maximização do bem-

¹⁰ HARRISON, Jeffrey L. *Law and economics in a nutshell*. St. Paul: West Academic, 2016. cap. 2.

estar social, ou seja, a elevação ao máximo das receitas alcançadas a partir dos fatores e insumos disponíveis. A medida da eficiência social pode ser alcançada a partir da razão entre dois aspectos: o custo social e o benefício social. Consideram-se maximizadas as receitas caso as entradas e os resultados obtidos forem gerenciados de modo a se alcançar um benefício social igual ou superior ao custo social. Assim, é possível relacionar a eficiência social com a eficiência alocativa, na medida em que a eficiência social envolve a adequada distribuição de benefícios à sociedade.

Não obstante, o conceito de eficiência social não se trata apenas de uma singela interpretação da eficiência alocativa em uma perspectiva comunitária. Isso, porque o panorama social é também afetado por determinados fatores chamados de externalidades. Pode-se entender como externalidades todo o tipo de atividade exercida por indivíduos ou organizações que geram repercussões sobre outros indivíduos e outras organizações. Desse modo, sempre que a ação de um afeta a existência de outrem, configurar-se-á uma externalidade. Por exemplo, os efeitos da poluição industrial causada sobre as pessoas que com ela convivem é uma externalidade e, como tal, precisa ser levada em consideração.

Para avaliarmos a eficiência social de determinado fator, portanto, é importante também considerarmos as externalidades, incluindo-as no campo dos custos sociais inerentes às entradas. Caso os benefícios alcançados sejam superiores aos custos decorrentes das externalidades, pode-se concluir que tal fator socialmente hipotético é eficiente. Vale dizer, quanto maiores os efeitos das externalidades, mais difícil é para quem a produz negociar compensações individualmente com quem sofre seus efeitos. Nesse caso, compete ao ordenamento jurídico disciplinar normas de conduta a serem respeitadas por todos, estruturando-se a organização social de tal maneira que haja limites e compensações previamente definidas para as externalidades.

3. A PERSPECTIVA DO PENSAMENTO ECONÔMICO SOBRE A EFICIÊNCIA APLICADA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Feitas as abordagens acima sobre o princípio jurídico-constitucional da eficiência, bem como sobre a perspectiva do pensamento econômico a respeito da eficiência, finalmente chegamos ao objetivo primordial de nossa breve análise. O princípio da eficiência consiste em

uma diretriz constitucional das mais relevantes para a atuação da Administração Pública. Todavia, nem sempre a visão jurídica da eficiência é completa o bastante para, de fato, sustentar um juízo de valor sobre a (in)eficiência de determinada conduta administrativa ou política pública.

Embora tenhamos dito acima, em nossa análise, que o princípio da eficiência impõe que a atividade do Estado deva ser avaliada sob o ponto de vista dos resultados alcançados; além de metas poderem ser estabelecidas para balizar a conduta estatal, há outros aspectos essenciais que precisam ser considerados e que vêm sendo deixado de lado. A eficiência da atividade estatal não pode ser mera retórica do gestor público. Infelizmente, é comum testemunharmos gestores públicos conduzindo a atuação estatal à revelia de qualquer planejamento sério, ignorando seus *inputs* e *outputs*, alcançando, assim, resultados positivos e negativos, por meio de políticas públicas aleatórias. Diante disso, o despreparado gestor tende a ignorar as implicações negativas de suas condutas, ao passo que busca exaltar aos administrados os efeitos positivos que foram gerados, como se a existência de algum resultado positivo indicasse, por si só, uma administração eficiente.

Essa hipotética atuação do gestor, leigo ou mal-intencionado, é, em realidade, uma grande falácia que, por muitas vezes, engana grande parte dos cidadãos, independentemente de nível escolar ou capacidade econômico-financeira; devendo, portanto, ser desmentida, a fim de que a sociedade possa cobrar da Administração Pública uma atuação de fato eficiente.

Desse modo, buscamos delimitar um substrato teórico mínimo capaz de fornecer os elementos necessários para se concluir analiticamente se determinada atuação administrativa – atos administrativos, contratos administrativos, políticas públicas etc. – foi ou não eficiente.

A análise mínima de eficiência da atividade administrativa deve percorrer os seguintes pontos: (i) previamente, os objetivos que pretendem ser alcançados com determinada atuação estatal precisam ser estabelecidos; (ii) as entradas – *inputs* ou fatores de produção – devem ser consideradas e seus custos somados; (iii) todos os resultados – *outputs* – alcançados precisam ser registrados; (iv) os resultados precisam ser positivos, de modo que os benefícios superem os custos despendidos, bem como corresponder aos objetivos previamente estipulados; (v) a atuação administrativa necessita ter sido feita com a eficiência técnica, produzindo o melhor resultado pelo menor custo possível; (vi) o resultado da atividade estatal precisa ter destinatários responsáveis por uma demanda social para o resultado que lhes é entregue; e (vii) as externalidades negativas decorrentes da atuação administrativa precisam ser menores do que o

benefício que ao custo delas foi entregue para a sociedade, bem como deve haver medidas de compensação para as referidas externalidades.

Portanto, percorridos todos esses pontos, podemos analisar tecnicamente e de maneira individualizada cada atuação administrativa do Estado. Desta forma, é possível concluir fundamentadamente a respeito da eficiência ou da ineficiência do Estado e do administrador público ao exercer os seus atos de gestão sobre a coisa pública.

CONCLUSÃO

A questão da eficiência na Administração Pública traz consigo desafios significativos que frequentemente implicam, com efeito, ineficiência generalizada. Entre os principais fatores que contribuem para essa realidade estão a falta de pessoal qualificado, a ausência de planejamento estratégico adequado e a implementação de políticas públicas sem uma clara definição de objetivos. Estes problemas estruturais limitam a capacidade do Estado de atender as demandas da sociedade de forma eficaz.

A carência de pessoal capacitado compromete a eficiência técnica das operações administrativas, gerando desperdício de recursos e reduzindo a qualidade dos serviços prestados. Além disso, a falta de planejamento contínuo e detalhado impede que as ações da Administração Pública sigam uma trajetória consistente, o que faz com que os formuladores de políticas públicas, muitas vezes, fracassem ao não saberem exatamente a qual lugar querem chegar ou quais resultados desejam alcançar.

Para superar esses obstáculos, é necessário adotar medidas concretas que promovam a capacitação contínua dos servidores públicos e incentivem a formulação de planos estratégicos sólidos para a execução de políticas públicas. Tais planos devem incluir metas claras e mensuráveis, de modo a garantir que a eficiência não seja apenas um princípio abstrato, mas uma prática aplicada concretamente no setor público.

Portanto, a eficiência na Administração Pública requer mais do que apenas cumprimento formal de obrigações legais; ela depende da qualificação de seu pessoal, do planejamento adequado e da capacidade de medir o impacto das ações governamentais. Somente dessa forma a administração pública poderá tornar-se mais eficiente, garantindo que

os recursos públicos sejam utilizados de forma racional e que as políticas públicas alcancem seus objetivos de maneira clara e mensurável.

A correta análise para definir em que medida a atuação da Administração Pública é ou não eficiente precisa, mais do que nunca, ser estimulada, debatida e realizada. A cobrança por eficiência na atuação do Estado não é um capricho, mas sim um importante exercício de cidadania, o qual não pode ser deixado de lado. Uma sociedade capacitada para avaliar a eficiência estatal é uma sociedade apta a cobrar corretamente os resultados que se esperam do Estado e do gestor público que está à sua frente.

Em suma, conclui-se que o ato estatal eficiente consiste naquele que alcança os resultados previamente delimitados e planejados, acarretando os menores custos econômico e social possíveis, atendendo às demandas sociais de modo a alocar adequadamente o produto de seu resultado aos destinatários que dele necessitem, bem como que promove medidas de compensação para reduzir os efeitos colaterais que derivam das externalidades negativas geradas a partir de sua atuação.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- COELLI, Timothy J.; PRASADA RAO, D. S.; O'DONNELL, Christopher; BATTESE, George E. *An introduction to efficiency and productivity analysis*. 2. ed. New York: Springer, 1998.
- DE ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 1-6, 2004.
- HARRISON, Jeffrey L. *Law and economics in a nutshell*. St. Paul: West Academic, 2016.
- MANKIWI, N. Gregory et al. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Disponível em:
<<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/eficiencia/>>.
Acesso em: 22 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 51, n. 2, p. 105-119, 2000.

MORAIS, Janaina Jacolina. Princípio da eficiência na Administração Pública. *Ethos Jus: Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas*, Avaré, v. 3, n. 1, p. 99-105, 2009.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DA PESSOA INCAPAZ

THE PUBLIC MINISTRY AND THE PROTECTION OF THE INCAPABLE PEOPLE

Mariana Ferreira da Cruz Pires

Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUC/SP)

Advogada

marianafcp.adv@gmail.com

Oswaldo Peregrina Rodrigues

Doutor, Mestre e Professor de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo (PUC/SP)

Promotor de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) e
Advogado.

oprodrigues@pucsp.br

RESUMO

Trata-se de artigo científico destinado ao estudo da atuação do Ministério Público no que tange à proteção da pessoa incapaz, a partir de uma exposição sistematizada e não exaustiva da literatura e legislação. Assim, a presente investigação foi organizada em cinco eixos: a evolução histórica do Ministério Público como instituição, a natureza jurídica do órgão, sua atuação na área cível, com destaque em causas que envolvam a proteção da pessoa incapaz e, por fim, a atuação do Ministério Público na proteção da pessoa com deficiência, ante as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) nas hipóteses de incapacidade previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Palavras-chave: Ministério Público – Atuação - Proteção da pessoa incapaz.

ABSTRACT

The present study focuses on the performance of the Public Prosecutor's Office with regard to the protection of the incapable person, based on a systematic and non-exhaustive exposition of the literature and legislation. Thus, the present investigation was organized into five axes: the historical evolution of the Public Ministry as an institution, the legal nature, its performance in the civil area, with emphasis on causes that involve the protection of the incapable person and, finally, the performance of the Public Prosecutor's Office in the protection of persons with disabilities, in view of the changes brought by the Statute of Persons with Disabilities (Law 13.146/15) in the cases of incapacity provided for in arts. 3 and 4 of the Civil Code.

Key-words: Public Prosecutor's Office - Operational area - Protection of the incapable person

INTRODUÇÃO

Dentre as modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988, destaca-se o novo perfil institucional do Ministério Público, o qual passa a ser considerado como órgão de função essencial à justiça, com a atribuição de zelar, ora como agente, ora como interveniente, pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme consagra o art. 127 do texto constitucional.

Nesse sentido, uma das atribuições da instituição que recebeu uma nova roupagem com a Carta de 1988, diz respeito à atuação na área cível, principalmente no que tange à proteção da pessoa incapaz e de interesses indisponíveis.

Isso porque a incapacidade, exceção no ordenamento jurídico, consiste, em apertada síntese, na restrição legal para a prática de determinados atos da vida civil, uma vez que, aos olhos do legislador, determinado grupo de pessoas (art. 3º e 4º do Código Civil) necessita de uma proteção maior por se encontrarem em situação de impossibilidade de manifestação de vontade, por tenderem a praticar atos que possam vir a prejudicar seus próprios interesses (o prodígio ou o ébrio habitual) ou que não possuam maturidade/discernimento suficiente (os menores de 18 anos).

Com isso, a intervenção do Ministério Público em processos que envolvam o interesse do incapaz tem como finalidade zelar pelos interesses da pessoa incapaz, incluindo o comprovadamente incapaz, e não apenas o incapaz declarado judicialmente.

Ainda, faz-se necessário mencionar as profundas modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) na teoria das incapacidades, a qual excluiu a deficiência como causa de incapacidade.

Diante de tais alterações, a pessoa com deficiência, agora plenamente capaz, demandou uma adaptação na atuação do Ministério Público, o qual, a princípio, ainda pode intervir em feitos em envolvam a pessoa com deficiência, de forma a preservar seus interesses e assegurar a isonomia substancial perante a parte contrária.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os primeiros traços de atuação do Ministério Público podem ser constatados, segundo expõe Alexandre de Moraes¹, “no antigo Egito, há cerca de quatro mil anos, no funcionário real do Egito Magiai”.

Considerado como os olhos e a língua do rei, dentre as funções do funcionário real se destacavam a punição de rebeldes, repressão da violência, oitiva de acusações para posterior indicação das disposições legais cabíveis, participação de instruções para descobrir a verdade, proteção dos cidadãos pacíficos e era tido como o marido da viúva e o pai do órfão, conforme narra Hugo Nigro Mazzilli.²

Na antiguidade clássica, em Roma, sinais embrionários da atuação ministerial era visto nas figuras dos *advocatus fisci* e dos *procuratores caesaris*, ambos “encarregados de vigiar a administração de bens do Imperador”.³

A doutrina indica haver a existência de traços históricos do Ministério Público também na Idade Média, na figura dos *saions* germânicos, nos *bailios* e *senescais*, “aos quais incumbia a defesa dos senhores feudais em juízo”⁴, assim como os *missi dominici* ou *gastaldi*, do direito longobardo, “que tinha a função de exercer a acusação quando o particular permanecia passivo”.⁵

No entanto, conforme explica Hugo Nigro Mazzilli⁶, o marco da origem do órgão é encontrado no direito francês, por meio da Ordenança de março de 1302, na qual o Rei Felipe IV tratava expressamente dos procuradores do rei.

A partir desse momento, o Ministério Público passou a evoluir na França, ainda que lentamente, tendo a Revolução Francesa contribuído para seu reconhecimento como instituição, ao conferir garantias a seus integrantes, como, por exemplo, a vitaliciedade.⁷

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 688.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 39.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 688.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 688.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 688.

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41.

⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41.

Posteriormente, os textos napoleônicos “instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade, daí vindo a ser difundida e modelada a instituição em diversos Estados”.⁸ Nesse contexto, Mazzilli⁹ coloca que a influência da doutrina francesa na história do órgão foi tão notória que até os dias atuais é frequentemente utilizada a expressão *Parquet* para se referir à instituição.

No Brasil, o Ministério Público foi instituído ainda no Império, em 1832, por meio de previsão no Código de Processo Penal, o qual tratava das primeiras sistematizações das ações do órgão.¹⁰

A primeira Constituição brasileira a regular com mais profundidade o Ministério Público foi a de 1934, a qual o institucionalizou na qualidade de órgão de cooperação.¹¹ Esta inovou, prevendo a existência de Ministérios Públicos na União, nos Estados, no Distrito Federal e Territórios, a serem organizados por lei; estabeleceu que a nomeação do Procurador Geral da República, Chefe do Ministério Público no âmbito federal, seria pelo Chefe do Poder Executivo, assim como passou a prever a estabilidade e vedações aos membros do Ministério Público, os quais a partir de então necessitariam de concurso público para o ingresso à carreira.¹²

As posteriores Constituições, “com exceção da de 1937, fizeram referência expressa ao Ministério Público, tendo a de 1967 o feito no capítulo destinado ao Poder Judiciário e a Constituição de 69 naquele destinado ao Poder Executivo”.¹³

No entanto, com a Constituição Federal de 1988, a partir dos arts. 127 a 130-A, o Ministério Público passou a ser regulado em capítulo próprio, sendo considerado como *Função Essencial à Justiça*. A instituição foi afastada da estrutura dos demais poderes da República, sendo consagrada sua autonomia e independência e a ampliação de suas atribuições, até então restritas à área criminal.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41.

¹⁰ SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

¹¹ SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 689.

¹³ SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

A partir do novo texto constitucional, constata-se uma “autêntica modificação no paradigma da instituição”, conforme aponta David Cury Júnior.¹⁴ Isso porque o órgão passa a receber destaque pelo exercício de suas funções preponderantemente direcionadas à defesa dos interesses sociais, tutelando, da forma mais ampla, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁵

2. NATUREZA JURÍDICA

A configuração atual do Ministério Público, que surge com a Constituição Federal de 1988, a qual incluiu a instituição dentre os órgãos exercentes das funções essenciais à justiça (art. 127, *caput* da CF/88), advém da crescente importância nos Estados contemporâneos da multiplicação de órgãos constitucionalmente autônomos, que não se enquadram na clássica tripartição de poderes, segundo leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto.¹⁶

O autor explica que o texto constitucional de 1988 acrescentou às três funções tradicionais do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) um quarto bloco de funções constitucionalmente independentes, com seus respectivos órgãos, como, por exemplo, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os Tribunais de Contas, os quais exercem as

(...) funções de fiscalização, controle, zeladoria, provocação e defesa que, tal como as funções jurisdicionais, devem estar isentas de comprometimento político-partidário, tenham especialização técnica e sejam garantidas em sua autonomia e desempenho.¹⁷

¹⁴ CURY JR., David. Ministério Público e intervenção na área cível a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 638.

¹⁵ CURY JR., David. Ministério Público e intervenção na área cível a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 638.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Para tanto, o art. 127, §2º da Constituição Federal assegura a plena autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, “essencial ao desempenho independente de suas funções”.¹⁸

Nesse contexto, em que pese o reconhecimento da ampliação das atribuições do Ministério Público e a ocupação de papel de destaque na proteção de direitos indisponíveis e interesses coletivos pela Carta de 1988, José Afonso da Silva¹⁹ não entende ser a instituição pertencente a um quarto poder do Estado, uma vez que suas funções, “são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente”.²⁰

Uadi Lammêgo Bulos²¹ explica que, dentre as funções previstas no texto constitucional, está a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como outros a que “a lei considerar imprescindível sua participação”.

De acordo com o doutrinador, a atuação funcional do Ministério Público ocorre sejam os interesses absoluta ou relativamente indisponíveis, devendo o órgão, nesse caso, se valer da classificação dos interesses públicos primários e secundários para identificar se a questão está sujeita de amparo ministerial.²²

Neste ponto, Lammêgo Bulos²³ faz relevante colocação: “até os interesses individuais, singulares, disponíveis, clássicos etc. sujeitam-se à sua competência, desde que a tutela a pleitear convenha à coletividade”. Isso porque o papel constitucional do Ministério Público é a atuação “em defesa dos interesses do *Estado-comunidade*, e não do *Estado-pessoa*”.²⁴

Diante disso, para o referido o autor, a colocação constitucional do Ministério Público é complexa, entendendo possuir a instituição natureza jurídica *sui generis*.²⁵

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 604-605.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 604-605.

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1403.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1403.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1400.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1400.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1405.

De outro lado, Hugo Nigro Mazzilli²⁶, afirma que o Ministério Público não constitui um quarto poder ou se encontra vinculado a um dos Poderes do Estado, como o Executivo. Para o doutrinador, a inserção do órgão ministerial, em Seção própria do Capítulo “Das Funções Essenciais à Justiça”, pela Constituição de 1988, foi acertada, uma vez que

(...) o Ministério Público é instituição estatal com fins constitucionais próprios, dotada de autonomia funcional e administrativa, de forma que pode voltar-se contra o próprio Estado e seus governantes.²⁷

Na mesma linha é o entendimento de Marcelo Novelino²⁸. De acordo com o autor, a essência do Ministério Público deve ser analisada levando-se em conta sua finalidade institucional e os comandos constitucionais que o regem, razão pela qual a instituição “não deve ser considerada um poder autônomo, tampouco uma instituição vinculada a outro poder. Trata-se de uma *instituição constitucional autônoma* que desempenha uma função essencial à Justiça”.²⁹

É patente a presença de divergências no âmbito doutrinário acerca da natureza jurídica do Ministério Público, em razão das funções por ele exercidas. Nesse sentido, o presente estudo acolhe a posição de Hugo Nigro Mazzili e Marcelo Novelino, os quais entendem ser o órgão ministerial uma instituição constitucional autônoma, visto que, pela sua garantia de independência funcional, é apto a traçar estratégias de atuação voltadas à promoção e proteção dos direitos fundamentais, conforme bem expõe Hermes Zaneti Jr.³⁰

3. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CÍVEL

Dentre as atribuições do Ministério Público, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, está a incumbência de zelar pela pessoa, valor-fonte

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 116-117.

²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 116-117.

²⁸ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 927.

²⁹ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 927.

³⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 68, abr./jun. 2018.

de todo o ordenamento jurídico³¹, razão pela qual, a partir de 1988, a instituição passou a traçar um novo perfil institucional na área cível, em especial no que tange à proteção da pessoa incapaz e de interesses indisponíveis.

São exemplos de dispositivos que tratam acerca da tutela do incapaz pelo Ministério Público: o art. 25, VI da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), o qual atribui ao órgão a fiscalização de estabelecimentos que abriguem pessoas incapazes, idosos e com deficiência; art. 178, II do Código de Processo Civil, que prevê a intervenção ministerial em causas que contenham interesse de incapaz e os arts. 747 e 748, também do Código de Processo Civil, que atribuem legitimidade à instituição para a propositura de ação de curatela.

Nesse sentido, ensina Hermes Zaneti Jr.³² que, com o advento do Código de Processo Civil em 2015 (Lei n. 13.105/15), houve a “*constitucionalização do direito processual*”, uma vez que foram incluídos na Parte Geral do diploma legal, dispositivos referentes às normas fundamentais, como, por exemplo, o acesso à justiça (art. 1º, CPC/15), o princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º, CPC/15), a boa-fé processual (art. 5º, CPC/15), a cooperação ou colaboração (art. 6º, CPC/15), o contraditório (arts. 7º, 9º e 10º, CPC/15) etc.

Essas modificações, segundo o autor, renovaram a “relação entre as partes, o juiz e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, com a formação de uma comunidade trabalho”³³ e, nesta comunidade, destaca-se, na presente investigação, a atuação do Ministério Público, “seja como agente, propondo a ação, seja como interveniente, atuando como fiscal da ordem jurídica (*custos iuris*)”.³⁴

Nesse contexto, Hugo Nigro Mazzilli³⁵ expõe acerca das duas formas de atuação do Ministério Público na área cível: ora como órgão agente, ora como órgão interveniente. Atuará como órgão agente nas hipóteses em que figurar como legitimado ativo da ação, como, por exemplo, nos pedidos de curatela e de destituição do poder familiar.

³¹ REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. *O Estado de S. Paulo*, 17 jan. 2004.

³² ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 68, abr./jun. 2018.

³³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 68, abr./jun. 2018.

³⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 68, abr./jun. 2018.

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 70.

Por sua vez, atuará como órgão interveniente nos casos em que deva officiar em feitos que, “diante da qualidade de uma parte, deva zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou suprir alguma forma de inferioridade”, por exemplo, a presença de incapaz, ou, ainda, que “pela natureza da lide, exista um interesse público a zelar”, como, por exemplo, questões de família, estado, ambientais etc.³⁶

Neste ponto, merece destaque a lição do referido doutrinador: “pouco importa se o Ministério Público propõe ou intervém numa ação: em tese, ele sempre fiscalizará o correto cumprimento da lei”.³⁷

Isso porque é previsto expressamente pelo texto constitucional ter a instituição a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88), devendo, para tanto, estar em constante aperfeiçoamento de sua atividade-fim, para que esta seja

(...) exercida em conformidade com os interesses gerais da sociedade, o bem comum, e sintonizada às diretrizes constitucionais, do desenvolvimento da pessoa humana e do atendimento pleno dos interesses sociais definidos pela Carta Republicana, de modo a evitar que a simplificação das tarefas torne meramente formal sua intervenção no processo civil.³⁸

O Código de Processo Civil de 2015, ao consagrar em seu Capítulo de abertura normas fundamentais, caracterizadoras de um perfil constitucional, contribuiu para uma intervenção mais ativa do Ministério Público, em especial na condição de *custus legis*, ao dispor, por exemplo, que deve o órgão estimular a autocomposição, buscando o afastamento da antiga concepção que o resumia a mero “parecerista”, conforme acertadamente aponta Robson Renault Godinho.³⁹

A título ilustrativo é o que pode ser verificado no projeto do Ministério Público do Estado de São Paulo, chamado de “Encontre seu Pai Aqui”, de autoria do Promotor de Justiça Maximiliano Fuhrer, o qual possibilita que diversas pessoas, com destaque para estudantes de

³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 70.

³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, v. 913, nov. 2011.

³⁸ CURY JR., David. Ministério Público e intervenção na área cível a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 640.

³⁹ GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015.

escolas públicas, usuários do serviço de saúde pública e do Poupatempo, sanem dúvidas acerca de sua paternidade.

Tal iniciativa demonstra a instituição ministerial contribuindo não apenas para a concretização do direito à paternidade responsável, previsto no art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988, e do direito ao reconhecimento do estado de filiação, consagrado no art. 27 do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069/90), este último expressamente reconhecido como personalíssimo, indisponível e imprescritível, como também colabora para que se evite uma judicialização excessiva sobre a matéria.

4. CAPACIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Teoria Geral do Direito Privado, ao estudar a pessoa, volta-se, em verdade, à análise do sujeito de direito, ou seja, àquele ente dotado de personalidade jurídica e poderes para atuar no mundo fenomênico do direito por meio da realização de atos, conforme leciona Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior.⁴⁰

Nesse sentido, a pessoa, tendo personalidade civil, torna-se apta para ser sujeito de direitos e deveres.

Diante disso, Álvaro Villaça Azevedo⁴¹ ensina que o sujeito de direito, seja pessoa natural ou jurídica, “manifesta sua vontade criando, modificando, regulando ou extinguindo uma relação jurídica, que, como visto, é um complexo de direitos e de deveres/obrigações”.

Existindo a pessoa, esta, por sua vez, se apresenta com capacidade, a qual pode ser “a maior ou menor extensão dos direitos e dos deveres de uma pessoa”.⁴² Ou seja, a capacidade se trata de uma aptidão, proveniente da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil, sendo ela dividida em capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício.

⁴⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 36.

⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 25.

⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 170.

A capacidade de direito ou de gozo, consiste na aptidão para adquirir direitos e que, segundo leciona Maria Helena Diniz⁴³, “não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de negar sua qualidade de pessoa, despidendo-o dos atributos da personalidade”. A capacidade de fato ou de exercício, por seu turno, se trata da aptidão para o exercício desses direitos na vida civil e que pode vir a sofrer restrições legais.

Nesse sentido, a doutrinadora descreve que

*A capacidade de fato ou de exercício, é aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.*⁴⁴

Nota-se, desta forma, que “a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, pois uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter seu exercício por ser incapaz”.⁴⁵ Assim, Maria Helena Diniz⁴⁶ bem sintetiza que “a capacidade de exercício pressupõe a de gozo, mas esta pode subsistir sem a de fato ou a de exercício”.

Esses temperamentos da capacidade são estudados a partir da teoria das incapacidades, a qual, a princípio, analisa a aplicação artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro. Neste ponto, imprescindível consignar que os mencionados dispositivos foram objeto de significativas modificações pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), fato este que exigiu uma nova leitura e investigação do instituto da capacidade.

Preliminarmente, importa estabelecer a ideia de que a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção, uma vez que a incapacidade consiste na restrição legal para a prática dos atos da vida civil, conforme bem colocam Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Lígia Coelho Mathias.⁴⁷

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 170.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 171.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 171.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 171.

⁴⁷ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Lígia. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66, abr./jul. 2016.

Isso porque, as hipóteses de restrição da capacidade plena foram contempladas de maneira objetiva e positivada no ordenamento jurídico, o qual elucida que essas limitações são excepcionais. Assim, Silvio Rodrigues⁴⁸ bem coloca que a “incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, de requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça seus direitos direta e pessoalmente”.

Esse tratamento diferenciado ao incapaz tem como finalidade a proteção de determinadas pessoas, que, aos olhos do legislador, devido à falta de maturidade necessária para decidir seus próprios interesses, ou ao uso excessivo de álcool (ébrios habituais) e/ou substâncias entorpecentes ou pela tendência a gastos que levem a dilapidação de seu patrimônio (pródigo), por exemplo, demandam “um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses”.⁴⁹

Conferir ao incapaz tratamento diferenciado é também observar o princípio constitucional da igualdade, o qual segundo ensina Alexandre de Moraes, se trata de uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos têm direito a tratamento idêntico pela lei, sendo vedadas

(...) as discriminações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.⁵⁰

As pessoas que têm sua capacidade de fato ou de exercício restringida estão elencadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, os quais as distinguem entre absolutamente e relativamente incapaz.

De plano, o diploma civil estabelece que são absolutamente incapazes os menores de 16 anos (art. 3º, CC), ante o entendimento de que tal grupo não possui a maturidade, o discernimento suficiente para manifestar sua vontade. Devido à absoluta incapacidade, estes

⁴⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 47.

não podem exercer direitos pessoalmente, necessitando, para tanto, serem representados por uma terceira pessoa, isto é, um representante legal.

A previsão atual do art. 3º do Código Civil é resultado da alteração decorrente do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.13.146/15), o qual afastou a pessoa com deficiência do conceito de incapaz. Antes da modificação pelo Estatuto, o diploma civil estabelecia que, além dos menores de 16 anos, eram também absolutamente incapazes: (i) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, e (ii) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Neste ponto, importa destacar que, como é de conhecimento público e geral, foi apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão, perante o Senado Federal, em 17 de abril de 2024, Anteprojeto de Reforma do Código Civil de 2002, o qual propõe nova redação ao art. 3º do diploma Civil que, caso aprovado nesses termos, passará a considerar como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (i) os que tenham menos de 16 anos; e (ii) aqueles que por nenhum meio possam expressar sua vontade, em caráter temporário ou permanente.

Com efeito, nota-se, desta forma, que além do fator etário, a impossibilidade de manifestação da vontade, mesmo que temporária, seria causa de reconhecimento de incapacidade civil, mesmo porque, ato jurídico em sentido amplo, sem manifestação de vontade, há de ser conhecido como inexistente ao sistema jurídico, sem que se indague sobre validade ou eficácia jurídicas.

O art. 4º do Código Civil, por seu turno, elenca as hipóteses de incapacidade relativa, o que significa dizer que a tais pessoas é vedada a prática de alguns atos ou negócios, ou que não podem exercê-los de modo algum, sem a devida assistência, sob pena de anulabilidade, conforme leciona Álvaro Villaça Azevedo.⁵¹

O referido dispositivo também foi objeto de expressivas alterações pela Lei n. 13.146/15, o qual passou a considerar como relativamente incapaz: (i) os maiores de 16 anos e os menores de 18 anos; (ii) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; (iii) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e (iv) os pródigos.

⁵¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 38.

A redação originária do art. 4º do Código Civil já previa como causas de incapacidade relativa os maiores de 16 e os menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos. No entanto, a maior modificação se deu com a exclusão das hipóteses dos até então incisos II e III, os quais incluíam aqueles que por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

As referidas exclusões cominaram na atual redação do inciso III do art. 4º do Código Civil, o qual passou a considerar como relativamente incapaz aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. De plano, nota-se que o mero fato de a pessoa ser portadora de deficiência, por si só, não a torna incapaz, o que permite que este “desfrute, plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais”.⁵²

Tais modificações são fruto da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, ratificados pelo Brasil em agosto de 2008, por meio do Decreto-Lei n. 6.949/09, com status de Emenda Constitucional, nos termos do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tal convenção atuou como fio condutor para a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15).

O Estatuto, seguindo os moldes da Convenção, tem como propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência (física ou mental) e promover respeito pela sua dignidade inerente”.⁵³

Nesse sentido, válida é a colocação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Frise-se à exaustão: o divisor de águas da capacidade para a incapacidade de uma pessoa com deficiência não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que a impeça, por qualquer motivo, de expressar sua vontade.⁵⁴

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2020a, p. 391.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2020a, p. 388.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. v. 6. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020b, p. 971.

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil de 2002 também propõe alteração do referido dispositivo legal. Segundo consta do Relatório Final apresentado ao Senado Federal, é sugerida a permanência dos incisos I e IV – entre 16 e 18 anos de idade e a prodigalidade -, porém com a revogação dos incisos III e, atribuição de nova redação ao inciso II: “aqueles cuja autonomia estiver prejudicada por redução de discernimento, que não constitua deficiência, enquanto perdurar esse estado”.

Além disso, é proposto novo enunciado ao parágrafo único do art. 4º: “As pessoas com deficiência mental ou intelectual, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, observando-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o pleno exercício dessa capacidade, o disposto nos arts. 1.767 a 1.783 deste Código”, assim como a inserção do art. 4ª-A: “A deficiência física e psíquica da pessoa, por si só, não afeta a capacidade civil”.

O sistema brasileiro compreende que a capacidade jurídica está muito mais relacionada ao exercício de certos direitos do que propriamente à pura deficiência. Com efeito, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Lígia Coelho Mathias⁵⁵, bem apontam que “a palavra capacidade é uma reafirmação do atributo da personalidade e não tem, necessariamente, a ver com a gestão da vida”.

5. MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DA PESSOA INCAPAZ

Conforme explorado no item anterior, a capacidade consiste na aptidão de uma pessoa para a prática dos atos da vida civil. No entanto, há determinadas pessoas que, por se encontrarem em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de exercer sua vontade, podem sofrer restrições, impostas pela lei, para o para o exercício dos atos da vida civil, como forma de proteção.

⁵⁵ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Lígia. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66, abr./jul. 2016.

Nesse sentido, o art. 127, *caput* da Constituição de 1988, consagra que, dentre as funções do Ministério Público está a defesa dos interesses individuais indisponíveis, a qual é concretizada, notoriamente, com a atuação da instituição nos processos cíveis que envolvam interesse de pessoa absolutamente ou relativamente incapaz.

Desta forma, explica Hugo Mazzilli⁵⁶ que a intervenção ministerial tem a finalidade de zelar pelo interesse do incapaz, uma vez que “convém intensamente a toda sociedade que o incapaz não seja indevidamente depauperado ou prejudicado por pessoas maiores e capazes, que poderão tirar proveito da limitação fática ou jurídica que ele sofre”.

Isso porque, conforme leciona o doutrinador, quando o incapaz for titular de um interesse (bem móvel ou imóvel), ao contrário da pessoa maior e capaz, este não terá a disponibilidade de seus bens, “nem pessoalmente, nem por representante legal, que é mero administrador de seus bens”.⁵⁷ Assim, o administrador dos bens do incapaz (geralmente o curador), somente poderá “efetuar atos de alienação ou disposição de seus bens com autorização judicial, e em caso de evidente necessidade ou utilidade do incapaz”.⁵⁸

Nota-se, com isso, que se trata de uma situação de interesse indisponível, e, ainda que consista em interesse individual, o Ministério Público deve atuar fiscalizando essa indisponibilidade. Para Hugo Mazzilli⁵⁹, esta forma de intervenção decorre do atual perfil da instituição, que tem a indisponibilidade como nota marcante de sua atuação.

Contudo, o autor faz importante ressalva:

O Ministério Público não atua só nesses casos de indisponibilidade. Há relações entre os indivíduos que muitas vezes não são indisponíveis, mas, pela sua natureza ou abrangência, interessam a toda a sociedade ou à comunidade como um todo.⁶⁰

Nesse contexto, surge a dúvida sobre se o Ministério Público, ao intervir em uma ação em virtude da presença de pessoa incapaz, poderia se manifestar contrariamente aos interesses deste. Diante de tal questionamento surgem duas correntes doutrinárias que buscam resolvê-lo: a corrente tradicional, esta notoriamente defendida por Nelson Nery Jr., e, de outro lado, a

⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 356.

⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 356.

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 356.

⁵⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 355.

⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 355.

corrente determinada de “posição vinculada”, esta sustentada, em especial, por Cândido Rangel Dinamarco.⁶¹

Sublinha-se, desde já, que “não há uma posição dominante ou uma posição com defensores de maior renome, o que torna a questão ainda mais controversa”.⁶²

A posição vinculada entende que “o Ministério Público está vinculado à defesa do incapaz; assim, deve sempre defender o incapaz, tendo ou não razão”.⁶³ Conforme acima apontado, esta é a posição de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o doutrinador, “se o papel do Ministério Público é protetivo ao incapaz, então o Ministério Público é obrigado a defender o incapaz”.⁶⁴

A corrente tradicional, por seu turno, a qual tem como paradigma o entendimento de Nelson Nery Jr., defende que o órgão ministerial é fiscal da lei e defensor da ordem jurídica e, portanto, não está obrigado a atuar em favor do incapaz. Nessa linha, a intervenção do Ministério Público em processos em que figura pessoa incapaz, deve ter como “primazia a correta aplicação da lei, e não o exclusivo interesse do incapaz”.⁶⁵

Esta é, inclusive, a posição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves⁶⁶ e de Cassio Scarpinella Bueno.⁶⁷ Rios Gonçalves⁶⁸ ensina que a participação do Ministério Público como *custus legis* significa que este não pode ter sua atuação vinculada aos interesses de uma das partes. O que lhe incumbe é velar para que as partes “lutem com igualdade de armas em juízo, resguardando os interesses do mais fraco”.⁶⁹

⁶¹ SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

⁶² SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012.

⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012.

⁶⁵ SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

⁶⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Curso de direito processual civil: teoria geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

⁶⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Curso de direito processual civil: teoria geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 260-261.

⁶⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Curso de direito processual civil: teoria geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 260-261.

Nesse sentido, o autor explica que,

A sua obrigação é zelar para que o incapaz ou a parte frágil tenham assegurada a isonomia substancial com a parte contrária. Quando, porém, constar que suas postulações são ilegítimas, caberá ao Ministério Público manifestar-se de acordo com sua convicção, ainda que em detrimento do incapaz.⁷⁰

Ainda, a corrente tradicional é também acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp 1.686.161/SP, julgado em 12 de janeiro de 2017, afirma que a atuação do Ministério Público como *custus legis* é a de “fiscalizar a estrita aplicação da lei, o que não necessariamente se compatibiliza com o interesse pessoal do interditando”.

Ambas as correntes estão corretas. A posição vinculada, ao considerar que o *Parquet* ingressa no processo para a defesa do incapaz, compreendeu que a função da instituição “não é defender em si mesma uma ordem jurídica abstrata, mas sim proteger o incapaz, porque na defesa do incapaz está a defesa da ordem jurídica, pois não convém à ordem jurídica que o incapaz perca uma ação, posto tenha razão”.⁷¹

De outro lado, também é acertada a doutrina tradicional, uma vez que, ainda que o Ministério Público defenda o interesse do incapaz, este só o faz porque isso coincide com a defesa do interesse social, conforme bem coloca Hugo Nigro Mazzilli.⁷² Diante disso, “sua pretensão é a defesa do interesse cujo zelo lhe foi confiado pela lei”.⁷³

Assim, bem coloca o autor que,

(...) se o incapaz estiver pedindo um absurdo, o membro do Ministério Público pode – e deve – dizer por que não concorda com o pedido; e, ao fazê-lo, o membro do Ministério Público não estará violando a ordem jurídica, nem a causa que o trouxe ao processo.⁷⁴

⁷⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Curso de direito processual civil: teoria geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 260-261.

⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012.

⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, v. 913, nov. 2011.

⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, v. 913, nov. 2011.

⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012.

Neste ponto, deve-se lembrar que, em decorrência de sua independência funcional, esta assegurada a nível constitucional (art. 127, § 1º da CF/88), o membro do Ministério Público tem total liberdade de exprimir seu entendimento, agindo “segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito”.⁷⁵

Nesse contexto, Hugo Mazzilli⁷⁶ defende que, havendo intervenção do órgão, o que este vier a dizer nos autos, desde que devidamente fundamentado, está coberto pela liberdade de sua atuação funcional.

A partir disso, deve o Ministério Público buscar uma posição de equilíbrio quando de sua intervenção no processo civil, observando, de um lado, o interesse primordial a ser atingido, principalmente quando presente interesse de pessoa incapaz, razão que justifica sua presença no feito, e, de outro, o interesse social, delimitado pelas diretrizes legais.⁷⁷

6. MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15), objetivando promover a igualdade e maior independência às pessoas com deficiência, excluiu-as do rol de pessoas absolutamente incapazes previsto na redação originária do art. 3º do Código Civil.

A partir de então, esse grupo de pessoas passou a gozar de plena capacidade para a prática dos atos da vida civil e, com isso, deixou de ser titular de diversas medidas protetivas, como, por exemplo, o não transcurso do prazo de prescrição (art. 198, I e art. 208, CC); a impossibilidade de alguém reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181, CC); a impossibilidade de partilha amigável no inventário, em juízo ou em cartório (art. 2.015, CC) e a atuação do Ministério Público na qualidade de *custus legis* em processo judicial (art. 178, II, CPC/15) (Farias; Rosenthal, 2020a, p. 384-385).

⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 248.

⁷⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012.

⁷⁷ SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

No entanto, em que pese a pessoa com deficiência não ser mais incapaz e, desta forma, fazer jus aos mencionados direitos diferenciados, o “Estatuto conservou a atribuição do Ministério Público para tomar medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência”.⁷⁸

Isso porque, o Ministério Público, como instituição independente e com autonomia política, tem como vocação constitucional atuar como guardião dos interesses desse segmento.⁷⁹

Nesse sentido, Lauro Luiz Gomes Ribeiro⁸⁰ afirma que, nas ações em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas, mas que não tenham sido propostas pelo Ministério Público, como, por exemplo, ação de despejo por falta de pagamento proposta por um cadeirante ou a exclusão de cobertura por plano de saúde em razão da deficiência, será obrigatória a intervenção do órgão ministerial, com fundamento no art. 5º da Lei n. 7.853/89.

No mesmo sentido é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli.⁸¹ Segundo o doutrinador, “o Ministério Público não oficiará em qualquer ação proposta por pessoa com deficiência, ou contra ela, se não estiver em discussão problema relacionado com essa especial condição da pessoa”.⁸²

Para Mazzilli,

A intervenção do Ministério Público em juízo não deve limitar-se à presença de incapazes, ausentes, acidentes do trabalho, silvícolas etc., e sim deve estender-se para alcançar todo tipo de pessoas que sofram alguma forma acentuada de discriminação ou de limitação física, mental ou social, ou seja, deve cobrir não apenas as hipóteses clássicas já mencionadas, mas todas as pessoas que ostentem alguma forma grave de restrição física, mental ou social, que as possam inferiorizar de qualquer maneira na sua vida pessoal ou social.⁸³

⁷⁸ PEREIRA, Meire Rose Santos. O Ministério Público e a proteção da pessoa incapaz. In: RODRIGUES, Oswaldo Peregrina; NANI, Giovanni Ettore. *Capacidade civil da pessoa natural*. São Paulo: IASP, 2020, p. 350.

⁷⁹ RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O papel do Ministério Público na defesa dos interesses da pessoa com deficiência (art. 79, § 3º). In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 403.

⁸⁰ RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O papel do Ministério Público na defesa dos interesses da pessoa com deficiência (art. 79, § 3º). In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 414.

⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa com deficiência e o Ministério Público brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 76-77, n. 213/216, jan./dez. 2019-2020.

⁸² MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa com deficiência e o Ministério Público brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 76-77, n. 213/216, jan./dez. 2019-2020.

⁸³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa com deficiência e o Ministério Público brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 76-77, n. 213/216, jan./dez. 2019-2020.

A título ilustrativo, vale mencionar o parecer proferido pelo então Procurador Geral de Justiça, Gianpaolo Poggio Smanio, no que tange à atuação do Ministério Público em processo que envolvia interesse de pessoa com deficiência.

Segundo consta do parecer proferido nos autos de n. 1008537- 62.2016.8.26.0533, da 3ª Vara da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste (Protocolado n. 23.428/2017), foi ajuizada, por pessoa com deficiência, ação de repetição de indébito, objetivando a suspensão de cobrança e isenção de IPVA e ICMS pela aquisição de veículo. Diante da presença de pessoa com deficiência, a autoridade judicial insistiu na intervenção do Ministério Público.

No caso em questão, o PGJ entendeu que a presença de pessoa com deficiência, por si só, não justifica a intervenção ministerial. Isso porque, embora se tratasse de pessoa com deficiência, esta era pessoa capaz e apta a exprimir sua vontade, não estando em “situação de vulnerabilidade que justifique a intervenção do Ministério Público”.⁸⁴

Desta forma, o órgão colocou que a intervenção do *Parquet* nas causas individuais que envolvam a pessoa com deficiência somente se justifica nas hipóteses em que constatada situação de vulnerabilidade, pessoal ou social, não podendo sua incapacidade ser presumida.

CONCLUSÃO

O presente estudo versou acerca do papel do Ministério Público na proteção da pessoa incapaz. Para melhor elucidação sobre da temática, foi abordado, como ponto de partida, a evolução histórica da instituição, com vistas a melhor compreender o papel por ela desempenhado na atualidade.

A Constituição Federal de 1988 passou a regular o Ministério Público em capítulo próprio, sendo reconhecido como órgão que exerce função essencial à Justiça (art. 127 a 130-A, CF/88). Tal fato contribuiu com o fortalecimento da instituição como defensora da

⁸⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Versão do projeto “Encontre seu pai aqui” é lançado em São Bernardo. Publicado em: 8 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.mpsp.mp.br/w/vers%C3%A3o-do-projeto-encontre-seu-pai-aqui-%C3%A9-lan%C3%A7ado-em-s%C3%A3o-bernardo>>. Acesso em: 6 mar. 2024.

sociedade, especialmente no âmbito da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A partir disso, pode-se afirmar que a natureza jurídica do Ministério Público, ante a configuração atribuída com o texto constitucional de 1988, é de órgão constitucionalmente autônomo, o qual exerce, preponderantemente, as funções de fiscalização, controle, zeladoria, provocação e defesa, independente de comprometimento político-partidário, com especialização técnica e com garantias de autonomia e desempenho, conforme a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, exposta no item 03.

Uma vez compreendida a evolução histórica do Ministério Público como instituição, suas atribuições constitucionais e sua natureza jurídica, passou-se ao estudo da atuação do órgão na área cível, a qual recebeu uma nova roupagem a partir da Constituição de 1988.

Esse novo perfil institucional na área cível fez com que o Ministério Público passasse a tutelar, com destaque, a pessoa incapaz e os interesses indisponíveis. Para tanto, destacam-se duas formas de atuação: ora como órgão agente (hipóteses em que irá figurar como legitimado ativo da ação. Por exemplo: nos pedidos de curatela, ora como agente interveniente (hipóteses em que deverá officiar em feitos em que, devido à qualidade de uma das partes, deve suprir alguma forma de inferioridade, zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou, em que pela natureza da lide, exista algum interesse público a zelar).

Nesse sentido, uma das formas de atuação do órgão ministerial na área cível, diz respeito à tutela da pessoa incapaz e dos interesses indisponíveis, principalmente após as alterações na teoria das capacidades do Código Civil, decorrente do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15), o qual excluiu qualquer forma de deficiência como causa de incapacidade, por si só.

Desta forma, constatou-se que o Ministério Público exerce papel fundamental na proteção da pessoa incapaz e dos interesses indisponíveis e que, para que exerça com êxito suas atribuições constitucionais, deve ser assegurada sua autonomia funcional.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CURY JR., David. Ministério Público e intervenção na área cível a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Lígia. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66, abr./jul. 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2020a.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. v. 6. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020b.
- GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 58, out./dez. 2015.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Curso de direito processual civil: teoria geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa com deficiência e o Ministério Público brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 76-77, n. 213/216, jan./dez. 2019-2020.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, v. 913, nov. 2011.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Versão do projeto “Encontre seu pai aqui” é lançado em São Bernardo. Publicado em: 8 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.mpsp.mp.br/w/vers%C3%A3o-do-projeto-encontre-seu-pai-aqui-%C3%A9-lan%C3%A7ado-em-s%C3%A3o-bernardo>>. Acesso em: 6 mar. 2024.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.
- MOURA, Juliana Aparecida Silva Gomes; MOURA, Sérgio Ricardo Gomes. A legitimidade do Ministério Público para propor ação visando à colocação de crianças e adolescentes em família substituta. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 7, 2015, p. 179-202.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Processo n. 23.428/2017. Autos n. 1008537-62.2017.8.26.0533. 3ª Vara da Comarca de Santa Bárbara d’Oeste.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- PEREIRA, Meire Rose Santos. O Ministério Público e a proteção da pessoa incapaz. In: RODRIGUES, Oswaldo Peregrina; NANI, Giovanni Ettore. *Capacidade civil da pessoa natural*. São Paulo: IASP, 2020.
- REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. *O Estado de S. Paulo*, 17 jan. 2004.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O papel do Ministério Público na defesa dos interesses da pessoa com deficiência (art. 79, § 3º). In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCARTEZZINI, Isabella A. G. Flaquer; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O Ministério Público e a defesa dos interesses dos incapazes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 108, maio/jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOARES, Leonardo Romano. Fiscalização da ordem jurídica: da participação ativa à supervisão seletiva. *RJESMPSP*, v. 23, 2023, p. 151-182.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 68, abr./jun. 2018, p. 147-209.

RESOLUTIVIDADE EXTRAJUDICIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AGENTE PREVENTIVO E DIALÓGICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

EXTRAJUDICIAL RESOLUTIVENESS: TRANSFORMING THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE INTO A PREVENTIVE AND DIALOGICAL AGENT IN CONSTITUTIONAL REVIEW

Valter Moura do Carmo

Pós-Doutor pela Universidade de Marília (UNIMAR), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com período sanduíche na Universidade de Zaragoza, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Professor.

vmcarmo86@gmail.com

Luciano Cesar Casaroti

Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFTO), Procurador-Geral de Justiça do Estado de Tocantins entre 2021 e 2024 e atualmente Subprocurador-Geral de Justiça do Tocantins.

luciano.casaroti@hotmail.com

RESUMO

Este artigo investiga a atuação resolutiva extrajudicial do Ministério Público (MP) no controle de constitucionalidade, explorando sua transformação de um perfil tradicionalmente judicial e reativo para um papel preventivo e dialógico, impulsionado pela Constituição de 1988. A pesquisa, de natureza exploratória e dedutiva, combina revisão bibliográfica com análise documental, detalhando a evolução do MP e seus instrumentos extrajudiciais, como Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), recomendações e técnicas autocompositivas (negociação, mediação e conciliação). O texto demonstra como esses mecanismos contribuem para a desjudicialização e a efetivação célere dos direitos fundamentais, discutindo a legitimidade dessa atuação extrajudicial à luz da teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Peter Häberle. O artigo apresenta o Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” do Ministério Público de Rondônia (MPRO), evidenciando seu sucesso na adequação normativa por meio do diálogo interinstitucional e da autocomposição, resultando em uma alta taxa de resolução extrajudicial de inconstitucionalidades e significativa redução da litigiosidade. Conclui-se que essa abordagem posiciona o MP como um agente transformador na promoção de uma justiça mais acessível.

Palavras-Chave: Autocomposição - Diálogo Interinstitucional – Desjudicialização - Direitos Fundamentais - Pacificação Social.

ABSTRACT

This article investigates the extrajudicial resolutive action of the Public Prosecutor's Office (MP) in constitutionality control, exploring its transformation from a traditionally judicial and reactive profile to a preventive and dialogical role, driven by the 1988 Constitution. The research, exploratory and deductive in nature, combines bibliographic review with documentary analysis, detailing the MP's evolution and its extrajudicial instruments, such as Conduct Adjustment Agreements (TACs), recommendations, and self-composition techniques (negotiation, mediation, and conciliation). The text demonstrates how these mechanisms contribute to dejudicialization and the swift realization of fundamental rights, discussing the legitimacy of this extrajudicial action in light of Peter Häberle's "open society of constitutional interpreters" theory. The article presents the "MP Conciliação e Constitucionalidade" Project of the Public Prosecutor's Office of Rondônia (MPRO), demonstrating its success in normative adaptation through interinstitutional dialogue and self-composition, resulting in a high rate of extrajudicial resolution of unconstitutionality and significant reduction in litigation. It concludes that this approach positions the MP as a transformative agent in promoting more accessible justice.

Keywords: Self-composition - Interinstitutional Dialogue – Dejudicialization - Fundamental Rights - Social Pacification.

INTRODUÇÃO

A atuação resolutiva extrajudicial do Ministério Público (MP) representa uma transformação fundamental, impulsionada pela necessidade de aliviar o sistema judiciário e concretizar direitos fundamentais com maior celeridade. Isso contrasta com o perfil tradicionalmente judicial e reativo da instituição anterior à Constituição de 1988.¹ Com a nova Constituição, o MP consolidou-se como uma instituição essencial à justiça, responsável pela "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".² Essa mudança de paradigma fomenta uma atuação preventiva e dialógica, buscando resolver problemas sociais de forma proativa e consensual, em vez de meramente judicial.³

¹ SANTOS, Marcelo; MACIEL, Bernardo; OROFINO, Jacqueline. Resolutividade e unidade ministerial e a Recomendação n. 01, de 15 de março de 2023, da Corregedoria Nacional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília, v. 10, p. 251-265, 2023.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2025.

³ BONARETTO, Cíntia Mara Vital; MORAES, Clauciana Schmidt Bueno de. A atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro: análise para a implementação de políticas públicas. In: CAVALCANTI, Soraya Araujo Uchoa

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade extrajudicial surge como um campo de aplicação primordial para o cumprimento da missão constitucional do MP. Conforme Oliveira e Canestrini⁴, o MP pode intervir preventivamente em atos normativos e políticas públicas, visando à sua adequação ao ordenamento constitucional e, assim, evitando litígios desnecessários.

Este artigo propõe-se a investigar como essa resolutividade extrajudicial impacta o controle de constitucionalidade, analisando se tal abordagem realmente transforma o MP em um agente dialógico e fomentador de adequação normativa e pacificação social fora dos trâmites judiciais.

A metodologia deste estudo combina a pesquisa dedutiva e exploratória. O método dedutivo parte de princípios constitucionais gerais e normas do Ministério Público para analisar como a instituição atua no controle extrajudicial de constitucionalidade, verificando a conformidade de suas práticas. Concomitantemente, a pesquisa é exploratória por buscar compreender em profundidade a complexa e transformadora atuação do MP, que passa de um perfil reativo para um papel preventivo e dialógico. Essa profundidade é alcançada pela abordagem qualitativa, que foca na interpretação de conceitos, normas e do contexto institucional para desvendar as nuances dessa evolução e como o MP se legitima na “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.⁵

Para a coleta de dados, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. A bibliográfica consiste na revisão sistemática de literatura especializada (artigos, teses, livros) em bases de dados científicas como CAPES, Scielo e Google Acadêmico, construindo o referencial teórico. A pesquisa documental analisa documentos primários, como a Constituição Federal de 1988, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e resoluções do CNMP. Além disso, inclui um estudo de caso do Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” do Ministério Público de Rondônia, que serve como evidência prática da efetividade das ferramentas extrajudiciais.⁶

(org.). *Pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas e sociais aplicadas*. Ponta Grossa, PR: Atena, 2022. cap. 8, p. 91-106.

⁴ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A estrutura do artigo está organizada em seções que guiam esta investigação: inicialmente, será explorada a atuação resolutiva do MP, detalhando sua definição e instrumentos; em seguida, será examinado o controle de constitucionalidade extrajudicial e as atribuições do MP nesse âmbito; por fim, será apresentada a análise do Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” do Ministério Público de Rondônia.

1. A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A presente seção se dedica a avaliar a evolução da atuação do Ministério Público brasileiro, com foco na transição de um modelo tradicionalmente reativo para uma abordagem resolutiva e extrajudicial. Esta análise se justifica pela necessidade de compreender como o Ministério Público tem redefinido seu papel institucional, buscando alternativas mais eficazes para o cumprimento de sua missão constitucional. A atuação resolutiva representa um marco na modernização da instituição, refletindo uma resposta às limitações do modelo judicial tradicional e às crescentes demandas sociais por soluções mais ágeis e efetivas.

Nesse contexto, busca-se demonstrar como os instrumentos extrajudiciais disponíveis ao Ministério Público permitem uma intervenção preventiva e dialógica, capaz de promover a efetivação dos direitos fundamentais de forma mais célere e participativa. A compreensão dessa nova dinâmica institucional é fundamental para avaliar o impacto da resolutividade na transformação social e na democratização do acesso à justiça, estabelecendo as bases teóricas necessárias para a análise de experiências práticas que evidenciem essa evolução paradigmática.

A atuação resolutiva extrajudicial do Ministério Público (MP) representa uma transformação significativa no perfil da instituição, impulsionada pela necessidade de aliviar a sobrecarga do sistema judiciário e assegurar a efetivação dos direitos fundamentais de maneira mais ágil e eficaz.⁷ Tradicionalmente, o MP adotava uma postura judicial predominante, centrada na propositura de ações e na espera por decisões judiciais.⁸ Antes da Constituição de 1988, era visto como “uma instituição inerte, que reagiria apenas quando acionada para resolver

⁷ SANTOS, Marcelo; MACIEL, Bernardo; OROFINO, Jacqueline. Resolutividade e unidade ministerial e a Recomendação n. 01, de 15 de março de 2023, da Corregedoria Nacional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília, v. 10, p. 251-265, 2023.

⁸ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

um conflito”.⁹ Esse perfil reativo, caracterizado como um “suporte passivo de 'mínima ação', contribuía para um déficit crônico na efetivação dos direitos fundamentais e para a acumulação de um “débito social” em relação às expectativas da sociedade.¹⁰

Com a Constituição Federal de 1988, o escopo de atuação do MP foi redefinido, estabelecendo-o como uma instituição essencial à justiça, responsável por garantir a manutenção da ordem jurídica, a estabilidade do sistema democrático e a salvaguarda dos direitos sociais, coletivos, transindividuais e individuais indisponíveis.¹¹ Em resposta à ineficácia do modelo anterior, o MP busca agora alternativas para cumprir sua missão constitucional, assumindo um papel preventivo e dialógico na resolução de problemas sociais.¹² Essa mudança paradigmática envolve a transição de uma postura repressiva para uma atuação preventiva, com ênfase no diálogo institucional e na busca por consenso.¹³

O planejamento nacional do MP brasileiro está orientado para proporcionar benefícios à sociedade, focando-se na transformação social e na indução de políticas públicas. Isso se dá através da ampliação da atuação extrajudicial e da priorização de soluções que evitem a necessidade de intervenção judicial.¹⁴ Assim, a instituição busca promover resultados concretos e socialmente relevantes, valorizando a participação popular e a articulação com outros poderes para obter soluções mais eficientes e rápidas.¹⁵

A resolutividade extrajudicial é a atuação do membro do Ministério Público que visa a prevenir ou solucionar, de forma efetiva, conflitos e problemas relacionados à realização de

⁹ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023, p. 178.

¹⁰ RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 11, p. 405-432, 2023, p. 415.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2025.

¹² BONARETTO, Cíntia Mara Vital; MORAES, Clauciana Schmidt Bueno de. A atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro: análise para a implementação de políticas públicas. In: CAVALCANTI, Soraya Araujo Uchoa (org.). *Pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas e sociais aplicadas*. Ponta Grossa, PR: Atena, 2022. cap. 8, p. 91-106.

¹³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Carta de Brasília*. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

¹⁴ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁵ BONARETTO, Cíntia Mara Vital; MORAES, Clauciana Schmidt Bueno de. A atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro: análise para a implementação de políticas públicas. In: CAVALCANTI, Soraya Araujo Uchoa (org.). *Pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas e sociais aplicadas*. Ponta Grossa, PR: Atena, 2022. cap. 8, p. 91-106.

direitos ou interesses sob sua legitimidade.¹⁶ Essa abordagem tem como objetivo primordial prevenir, inibir ou reparar adequadamente lesões ou ameaças a esses direitos, garantindo máxima efetividade por meio de instrumentos jurídicos extrajudiciais.¹⁷ A prioridade é obter resultados socialmente relevantes, enfatizando a celeridade e a ampliação da atuação fora do Judiciário.¹⁸

A justificativa para essa mudança de paradigma reside na constatação de que a atuação meramente demandista, limitada à propositura de ações judiciais, não é suficiente para a efetiva materialização dos direitos fundamentais, contribuindo para a lentidão do sistema judiciário brasileiro, sobrecarregado por um volume imenso de processos.¹⁹ Portanto, a abordagem resolutiva oferece respostas mais rápidas, econômicas e viáveis, atendendo às expectativas dos titulares de direitos e reduzindo a litigiosidade.²⁰

O diálogo institucional ocupa um lugar central nessa nova abordagem extrajudicial. O MP é reconhecido como um ator político-burocrático com legitimidade e autoridade para conduzir procedimentos que visam a acordos políticos para a efetivação dos direitos sociais.²¹ Essa perspectiva dialógica promove uma relação mais horizontal e colaborativa entre instituições e atores sociais, mitigando a busca por uma “última palavra definitiva” em favor de uma “última palavra provisória”, sujeita a revisões e melhorias contínuas.²² O diálogo é

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

¹⁹ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

²¹ SILVA, Sandoval Alves da. *A tutela coletiva extraprocessual: o diálogo institucional como instrumento de atuação do Ministério Público para a concretização dos direitos sociais*. 2015. 328 f. Tese (Doutorado em Direito – Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <https://www.repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7501>. Acesso em: 18 jun. 2025.

²² SILVA, Sandoval Alves da. *A tutela coletiva extraprocessual: o diálogo institucional como instrumento de atuação do Ministério Público para a concretização dos direitos sociais*. 2015. 328 f. Tese (Doutorado em Direito – Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015, p. 163. Disponível em: <https://www.repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7501>. Acesso em: 18 jun. 2025.

essencial para a resolução de conflitos existentes e para a intervenção preventiva e construção conjunta de políticas públicas.²³

Para viabilizar essa atuação dialógica, o Ministério Público conta com diversos instrumentos extrajudiciais, sendo as recomendações um dos mais importantes. Elas atuam como orientações jurídicas e advertências, destinadas a guiar a conduta de órgãos ou indivíduos em relação a direitos e interesses, estabelecendo um prazo para resposta, embora sem força vinculante direta.²⁴

A Resolução nº 118/2014, a Carta de Brasília de 2016 e a Recomendação nº 54/2017 são marcos normativos que consolidam essa nova visão. Resolução nº 118/2014 aborda a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público.²⁵ A Carta de Brasília estabelece diretrizes para a modernização do controle da atividade extrajudicial e o fomento à atuação resolutiva do MP.²⁶ Já a Recomendação nº 54/2017 trata da Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro.²⁷ Esses instrumentos reforçam a nova perspectiva de atuação preventiva e resolutiva, enfatizando a defesa dos direitos fundamentais, a transformação social e a indução de políticas públicas.^{28 29}

Dentre os instrumentos extrajudiciais que materializam essa atuação resolutiva, destacam-se:

²³ SILVA, Sandoval Alves da. *A tutela coletiva extraprocessual: o diálogo institucional como instrumento de atuação do Ministério Público para a concretização dos direitos sociais*. 2015. 328 f. Tese (Doutorado em Direito – Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <https://www.repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7501>. Acesso em: 18 jun. 2025.

²⁴ GOES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 27, n. 10, p. 281-299, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6390>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6390>. Acesso em: 22 jun. 2025.

²⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Brasília, DF: CNMP, 2014. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

²⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Carta de Brasília*. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

²⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

²⁸ RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 11, p. 405-432, 2023.

²⁹ BONARETTO, Cíntia Mara Vital; MORAES, Cláuciana Schmidt Bueno de. A atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro: análise para a implementação de políticas públicas. In: CAVALCANTI, Soraya Araujo Uchoa (org.). *Pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas e sociais aplicadas*. Ponta Grossa, PR: Atena, 2022. cap. 8, p. 91-106.

- a) Termos de Ajustamento de Conduta (TACs): Permitem que o MP celebre acordos com infratores ou partes envolvidas em situações de irregularidade, estabelecendo obrigações para a reparação de danos ou a prevenção de ilícitos, evitando a judicialização de inúmeros casos e garantindo a efetividade da proteção de direitos.³⁰
- b) Recomendações: Expedidas pelo MP, visam a orientar órgãos e entidades públicas ou privadas a adotarem determinadas condutas para adequação à legislação ou para aprimoramento de serviços, atuando como um importante mecanismo preventivo.³¹
- c) Negociação, Mediação e Conciliação: Estas técnicas são incentivadas para a construção de soluções dialogadas. A negociação é recomendada para conflitos onde o MP atua diretamente, enquanto a mediação e a conciliação facilitam o entendimento e a proposição de soluções entre as partes, seja em contextos pré-processuais ou mesmo em casos já judicializados, buscando a harmonização social.³²
- d) Audiências Públicas: Constituem um fórum essencial para a participação social, permitindo ao MP coletar subsídios para sua atuação, identificar prioridades locais e prestar contas à comunidade. Essa interação direta fortalece a legitimidade da instituição e a alinha às necessidades da população.^{33 34}
- e) Projetos Sociais: A atuação do MP por meio de projetos voltados à inserção social e à efetivação de direitos fundamentais, como palestras e reuniões comunitárias, exemplifica a postura proativa e pedagógica da instituição.³⁵

Esses instrumentos sustentam a atuação extrajudicial eficiente do Ministério Público (MP), que almeja a aplicação da lei aliada à promoção de uma sociedade mais justa e participativa. A integração de negociação, conciliação, mediação, Termos de Ajustamento de

³⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Carta de Brasília*. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

³¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

³² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Brasília, DF: CNMP, 2014. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

³³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

³⁴ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Carta de Brasília*. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Carta de Brasília*. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

Conduta (TACs) e audiências públicas, juntamente com outros mecanismos similares, cria um cenário onde a resolução de conflitos e a defesa dos direitos fundamentais são priorizadas. Essa estratégia resulta em benefícios concretos e socialmente relevantes, valorizando a participação popular e reforçando o compromisso institucional com a justiça e a transformação social.

Para consolidar essa cultura, a capacitação contínua de membros e servidores em técnicas de negociação, mediação e outras formas de autocomposição é fundamental.³⁶ Além disso, é imperativo que as diretrizes nacionais sejam adaptadas às realidades locais, permitindo que a atuação do MP seja contextualizada e atenda efetivamente às demandas específicas de cada região.³⁷ As Corregedorias, por sua vez, desempenham um papel estratégico na modernização dos métodos de avaliação, focando na efetividade social da atuação extrajudicial.³⁸

Os benefícios da atuação preventiva e dialógica do MP são diversos. Essa abordagem favorece a celeridade e a efetividade na resolução de problemas, dado que os meios extrajudiciais tendem a ser mais ágeis e menos onerosos comparados aos processos judiciais.³⁹ Em vez de apenas propor ações no Judiciário, o MP se empenha em gerar resultados tangíveis, seja prevenindo violações, seja promovendo a reparação e efetivação de direitos de forma proativa.⁴⁰ Isso otimiza o uso de recursos públicos e da estrutura estatal, conferindo maior legitimidade à atuação do MP, fundamentada no compromisso com a transformação social e o impacto positivo na qualidade de vida da população.⁴¹

Além disso, a atuação preventiva e dialógica do MP contribui significativamente para a democratização do acesso à justiça em sentido amplo, ultrapassando o simples acesso ao

³⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Brasília, DF: CNMP, 2014. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

³⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Carta de Brasília*. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

³⁹ GOES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 27, n. 10, p. 281-299, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6390>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6390>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁴⁰ BONARETTO, Cínthia Mara Vital; MORAES, Clauciana Schmidt Bueno de. A atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro: análise para a implementação de políticas públicas. In: CAVALCANTI, Soraya Araujo Uchoa (org.). *Pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas e sociais aplicadas*. Ponta Grossa, PR: Atena, 2022. cap. 8, p. 91-106.

⁴¹ RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 11, p. 405-432, 2023.

Judiciário.⁴² Ao priorizar a autocomposição e o diálogo institucional, a instituição incentiva a participação cidadã e o protagonismo dos envolvidos na resolução de suas próprias questões, tornando o processo de concretização de direitos mais inclusivo e representativo.⁴³ Essa abordagem colaborativa visa a reduzir a litigiosidade desnecessária e a sobrecarga do sistema judicial, redirecionando esforços para a criação de soluções consensuais e duradouras que beneficiem efetivamente a sociedade.⁴⁴

Em síntese, a resolutividade extrajudicial posiciona o Ministério Público como um agente preventivo e dialógico, capaz de intervir eficazmente nos problemas sociais e normativos. Utilizando uma gama de instrumentos consensuais, o MP busca uma justiça mais acessível e participativa, contribuindo significativamente para a efetivação dos direitos fundamentais e para a melhoria da qualidade de vida da população. Essa estratégia reflete uma compreensão moderna do papel do Ministério Público, alinhada com as demandas contemporâneas por eficiência e justiça social.

Encerrado esse debate sobre a resolutividade do MP, na próxima seção será abordado o controle de constitucionalidade extrajudicial pelo MP, enfatizando suas atribuições constitucionais como fiscal da lei e agente de controle tanto difuso quanto concentrado. O MP desempenha um papel vital no controle preventivo, analisando a conformidade de projetos de lei e políticas públicas com a Constituição. Também serão mencionados os instrumentos que possibilitam essa atuação, como procedimentos administrativos, pareceres, recomendações e mediações, que facilitam o diálogo com os poderes Legislativo e Executivo.

⁴² GOES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 27, n. 10, p. 281-299, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6390>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6390>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁴³ GOES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 27, n. 10, p. 281-299, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6390>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6390>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁴⁴ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXTRAJUDICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A presente seção tem por objetivo examinar as bases teóricas e práticas do controle de constitucionalidade extrajudicial exercido pelo Ministério Público brasileiro, destacando sua legitimidade constitucional e os instrumentos disponíveis para essa atuação. Esta investigação se justifica pela necessidade de compreender como o Ministério Público, para além de sua tradicional função judicial, pode contribuir de forma preventiva e dialógica para a manutenção da supremacia constitucional. A abordagem extrajudicial representa uma evolução na concepção clássica do controle de constitucionalidade, ampliando o espectro de atuação institucional e oferecendo alternativas mais céleres e eficazes para a resolução de conflitos normativos.

Nesse contexto, busca-se demonstrar que o Ministério Público, ao atuar fora do âmbito judicial, cumpre seu papel constitucional de defensor da ordem jurídica e se posiciona como um agente ativo na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, promovendo o autocontrole de constitucionalidade pelos demais poderes e contribuindo para a redução da judicialização excessiva.

As atribuições constitucionais do Ministério Público (MP) no controle da constitucionalidade são fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito no Brasil. Conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 (CF/88), o MP é uma “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”.⁴⁵ Esse papel o configura como um guardião dos direitos fundamentais e um agente de transformação social.⁴⁶

A relevância do MP foi amplamente reconhecida pela sociedade brasileira, que, desde a promulgação da CF/88, tem testemunhado “sua atuação engajada em todo o Brasil, pois sua função é de buscar, justamente, dar efetividade aos direitos individuais indisponíveis, bem como

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988, s.p. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2025.

⁴⁶ RITT, Eduardo. O Ministério Público brasileiro como guardião dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 74, p. 31-59, jul./dez. 2013. Disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401214363.pdf. Acesso em: 22 jun. 2025.

aos direitos sociais e difusos previstos na Constituição”.⁴⁷ Em essência, o MP atua como um “guardião das promessas constitucionais”, buscando sua concretização no plano existencial da sociedade.⁴⁸

A defesa do regime democrático (art. 127, caput, da CF/88) e a função de *ombudsman* ou ouvidor do povo (art. 129, II, da CF/88) conferem ao Ministério Público uma ampla legitimidade e um vasto campo de atuação na efetivação das promessas constitucionais.⁴⁹ Essa atribuição impõe ao MP o dever de promover as medidas necessárias para garantir os direitos assegurados na Constituição, indicando que os meios utilizados devem ser proporcionais e adequados à magnitude dos objetivos estabelecidos.⁵⁰ Nesse contexto, o controle de constitucionalidade de leis e normas sancionadas torna-se um instrumento poderoso nas mãos do MP, seja para evitar a organização da sociedade em estruturas diversas das apontadas pela Constituição, seja para assegurar o respeito dos Poderes Públicos aos direitos constitucionais.⁵¹

O controle de constitucionalidade consiste na análise da compatibilidade entre normas infraconstitucionais e o texto constitucional.⁵² Seus fundamentos formais são a supremacia constitucional, que posiciona a Constituição no ápice da hierarquia normativa como fundamento de validade do ordenamento jurídico, e a rigidez constitucional, que estabelece um processo legislativo mais complexo para alteração do texto constitucional em comparação com as demais normas.⁵³ Além disso, a proteção dos direitos fundamentais, especialmente das minorias frente a eventuais majorias parlamentares, constitui-se um dos fundamentos materiais desse controle.⁵⁴

A principal finalidade do controle de constitucionalidade é assegurar a integridade do ordenamento jurídico através do reconhecimento da invalidade de normas incompatíveis com

⁴⁷ RITT, Eduardo. O Ministério Público brasileiro como guardião dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 74, p. 31-59, jul./dez. 2013, p. 32. Disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401214363.pdf. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁴⁸ RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 11, p. 405-432, 2023, p. 135.

⁴⁹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁰ RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 11, p. 405-432, 2023.

⁵¹ RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 11, p. 405-432, 2023.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

a Constituição, resultando na paralisação de sua eficácia.⁵⁵ Esse mecanismo de correção busca restaurar a unidade sistêmica ameaçada, garantindo que a aplicação do direito infraconstitucional sempre observe a conformidade constitucional, pois aplicar uma norma inconstitucional equivaleria a negar vigência à própria Constituição.⁵⁶

O Ministério Público atua ativamente tanto no controle difuso quanto no controle concentrado de constitucionalidade. Na via difusa, os membros do MP podem suscitar a inconstitucionalidade incidental de normas em processos nos quais a instituição figura como parte ou *custos legis*, priorizando a defesa dos direitos subjetivos e fundamentais em questão.⁵⁷ Contudo, é como órgão agente, por meio da proposição de ações civis públicas (ACP), que o controle incidental assume maior relevância, uma vez que os efeitos da sentença podem se estender *erga omnes*, transcendendo as partes do processo.⁵⁸

No controle concentrado, o Procurador-Geral da República possui legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidade e representações interventivas.⁵⁹ Na ação direta de inconstitucionalidade, “em razão de ter por objeto a própria questão de constitucionalidade, visando, assim, a retirar a aplicabilidade da norma”, a decisão possui efeito *erga omnes*.⁶⁰ Essa atuação visa tanto à compatibilização vertical das normas jurídicas quanto à prevenção de litígios individuais repetitivos, contribuindo para a objetivação dos recursos constitucionais.⁶¹

A atuação do MP no controle de constitucionalidade era predominantemente vista sob essa ótica judicial, concentrada ou difusa. Todavia, a CF/88 conferiu ao MP brasileiro uma amplitude de atribuições que o posicionou para além da mera fiscalização da lei em processos judiciais. Como destaca Schmidt⁶², essa instituição, embora não figure formalmente entre os

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

⁵⁷ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁸ AZIZ, Mona Lisa Duarte. O papel do Ministério Público no controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista do CNMP*, Brasília, v. 9, p. 99-125, 2021. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/article/view/132>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁵⁹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶⁰ DINIZ NETO, Eduardo. O Ministério Público e a fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas no direito luso-brasileiro. *Revista do Direito Público*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 155-180, 2006, p. 176. DOI: 10.5433/1980-511X.2006v1n1p155. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11587>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁶¹ AZIZ, Mona Lisa Duarte. O papel do Ministério Público no controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista do CNMP*, Brasília, v. 9, p. 99-125, 2021. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/article/view/132>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁶² SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério*

poderes do Estado, exerce uma parcela da soberania estatal, gozando de autonomia institucional e funcional, o que lhe permite atuar na defesa da ordem jurídica e dos interesses difusos.⁶³ Costa⁶⁴ complementa essa visão, argumentando que o MP, ao propor demandas ou resolver conflitos por meio da atuação extrajudicial, também contribui para a “criação” do Direito, exercendo uma faceta de autoridade política do Estado.

É nesse contexto que a concepção de Peter Häberle fornece elementos para compreender e legitimar a atuação extrajudicial do MP. Para Häberle, a interpretação constitucional não é um monopólio de juízes ou de outros “intérpretes jurídicos vinculados às corporações”.⁶⁵ Ele postula que no processo de interpretação da Constituição estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos, sem que haja um rol taxativo de intérpretes.⁶⁶ Ou seja, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.⁶⁷ Essa perspectiva democratiza a hermenêutica constitucional, estendendo-a para além dos limites formais dos tribunais.

O Ministério Público, ao atuar extrajudicialmente, encarna essa ampliação do círculo de intérpretes. Sua intervenção ocorre na “sociedade aberta”, buscando a conformidade das normas e atos do poder público com a Constituição, muitas vezes antes mesmo que a questão chegue ao Poder Judiciário. Schmidt⁶⁸ aponta que essa atuação extrajudicial ministerial pode ter caráter preventivo, atuando no curso do processo legislativo, ou repressivo, após o ingresso do ato normativo no ordenamento jurídico. A prevenção de uma norma inconstitucional, por

Público Catarinense, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁶³ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁶⁴ COSTA, Rafael de Oliveira. Do Ministério Público como superego da sociedade: design institucional e legitimidade na atuação judicial e extrajudicial. *Sequência (Florianópolis)*, n. 76, p. 115-130, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/seq/a/m39rvPCwHM8k6nRtxHZ55Cp/?lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁶⁵ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, n. 60, p. 26-50, nov./dez. 2014, p. 27. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, n. 60, p. 26-50, nov./dez. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, n. 60, p. 26-50, nov./dez. 2014, p. 28. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁶⁸ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

exemplo, pode evitar danos ao interesse público ou ao erário, contribuindo para a redução da excessiva judicialização de demandas.

A legitimidade dessa atuação extrajudicial não decorre de um poder de anulação ou modulação de efeitos, que permanece privativo da jurisdição constitucional. Pelo contrário, o MP atua fomentando o autocontrole de constitucionalidade por parte do próprio poder legiferante, buscando a revogação, alteração ou edição de atos normativos.⁶⁹ Essa interação demanda um “consenso” com o poder legiferante, sendo baseada em argumentos jurídicos sólidos e pautada pelos princípios da não-coerção, igualdade e universalidade.⁷⁰ Embora o MP e seus membros não sejam eleitos, sua atuação é legítima por ser fundamentada e passível de controle, agindo como um agente contramajoritário que defende os valores constitucionais perante as decisões majoritárias.⁷¹

A legitimidade da atuação extrajudicial do MP no controle de constitucionalidade decorre de múltiplos fundamentos constitucionais. Em primeiro lugar, o MP, embora não figure entre os poderes do Estado (art. 2º, CF/88), exerce parcela da soberania estatal, tal qual os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.⁷² Ele atende a critérios como ter seu *status* e competências constituídos pela Constituição, dispor de auto-organização interna, não ser subordinado a outros órgãos e estabelecer relações de interdependência e controle.⁷³ A Constituição de 1988 “refundou” o MP, conferindo-lhe autonomia funcional, administrativa e

⁶⁹ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁷⁰ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁷¹ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁷² SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁷³ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

orçamentária, além de garantias e vedações a seus membros, equiparando sua independência à dos juízes.⁷⁴

Além disso, o MP tem a missão constitucional de defender a ordem jurídica e tutelar os interesses difusos.⁷⁵ A defesa da ordem jurídica não se limita ao âmbito judicial, e a própria observância das normas constitucionais pode ser considerada um direito difuso à constitucionalidade das normas.⁷⁶ Diante da supremacia constitucional, o MP pode e deve exigir o atendimento à Constituição, não apenas à lei.⁷⁷

Costa⁷⁸ correlaciona a atuação do MP no Brasil com a teoria de Ingeborg Maus sobre o Judiciário como “superego da sociedade órfã”. Maus⁷⁹ defende que “quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”. Nesse contexto, Costa⁸⁰ argumenta que, após a Constituição de 1988, o MP expandiu suas atribuições para além da ação penal, assumindo a defesa de interesses coletivos e combatendo a improbidade administrativa.

Essa crescente influência fez com que a sociedade projetasse na instituição a responsabilidade pela moralidade pública, elevando o MP à posição de “superego”, que dita valores morais e preenche um vácuo de autoridade antes ocupado pelo Executivo e Judiciário.⁸¹

⁷⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2025.

⁷⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2025.

⁷⁶ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁷⁷ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁷⁸ COSTA, Rafael de Oliveira. Do Ministério Público como superego da sociedade: design institucional e legitimidade na atuação judicial e extrajudicial. *Sequência (Florianópolis)*, n. 76, p. 115-130, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m39rvPCwHM8k6nRtxHZ55Cp/?lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁷⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000, p. 4. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-58/>. Acesso em: 10 ago. 2025.

⁸⁰ COSTA, Rafael de Oliveira. Do Ministério Público como superego da sociedade: design institucional e legitimidade na atuação judicial e extrajudicial. *Sequência (Florianópolis)*, n. 76, p. 115-130, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m39rvPCwHM8k6nRtxHZ55Cp/?lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁸¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000, p. 4. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-58/>. Acesso em: 10 ago. 2025.

⁸²Essa função de “superego” não é acidental, mas resultado de uma construção institucional na qual o MP intervém em temas políticos, como a implementação de políticas públicas. Ao se tornar o sustentáculo da moralidade, o MP, segundo Costa⁸³, pode escapar de mecanismos de controle social, transformando a moral em um produto de sua interpretação.⁸⁴ Essa condição exige um novo design institucional que priorize a atuação juspolítica e a demanda social.

A atuação extrajudicial do MP no controle de constitucionalidade se destaca pela diversidade de instrumentos que a instituição pode utilizar para garantir a efetividade dos preceitos constitucionais. Essa amplitude de ferramentas jurídicas é fundamental para a participação ativa do MP na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, conforme argumenta Schmidt.⁸⁵ O MP dispõe de mecanismos como o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta (TAC), a recomendação e as audiências públicas, que lhe permitem atuar de forma proativa na investigação, no diálogo e na influência da conformação do Direito.⁸⁶ Segundo Schmidt⁸⁷, os principais instrumentos incluem:

a) Inquérito Civil: Pode ser utilizado para apurar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos tanto incidentalmente, em um caso concreto, quanto em abstrato, para deflagrar o autocontrole de constitucionalidade pelos Poderes Executivo e Legislativo. Permite a colheita de elementos para eventual propositura de ação civil pública de controle concentrado de constitucionalidade e a requisição de informações e documentos dos órgãos responsáveis pelo ato normativo.

⁸² COSTA, Rafael de Oliveira. Do Ministério Público como superego da sociedade: design institucional e legitimidade na atuação judicial e extrajudicial. *Sequência (Florianópolis)*, n. 76, p. 115-130, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m39rvPCwHM8k6nRtxHZ55Cp/?lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁸³ COSTA, Rafael de Oliveira. Do Ministério Público como superego da sociedade: design institucional e legitimidade na atuação judicial e extrajudicial. *Sequência (Florianópolis)*, n. 76, p. 115-130, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m39rvPCwHM8k6nRtxHZ55Cp/?lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁸⁴ COSTA, Rafael de Oliveira. Do Ministério Público como superego da sociedade: design institucional e legitimidade na atuação judicial e extrajudicial. *Sequência (Florianópolis)*, n. 76, p. 115-130, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m39rvPCwHM8k6nRtxHZ55Cp/?lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2025.

⁸⁵ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁸⁶ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁸⁷ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

- b) Recomendação:** Instrumento pelo qual o MP orienta o poder legiferante a cumprir a Constituição, podendo recomendar a revogação, modificação ou edição de atos normativos. Tem como objetivo a utilidade social e a defesa de direitos e garantias constitucionais.
- c) Termo de Ajustamento de Conduta (TAC):** Forma negociada de solução extrajudicial de controvérsias, por meio da qual o MP busca o convencimento e a pactuação com o poder legiferante para a supressão, modificação ou edição de normas em conformidade com a Constituição. Embora constitua título executivo extrajudicial, o cumprimento da “obrigação de legislar” em si, dada sua natureza política, não pode ser exigido coercitivamente pela via executiva, mas sim por recurso à Jurisdição Constitucional em caso de descumprimento.
- d) Audiência Pública:** Permite que o MP busque subsídios diretamente junto aos destinatários da norma jurídica para embasar sua atuação, além de ser um mecanismo de acesso do cidadão à Instituição e de prestação de contas.

A utilização desses instrumentos extrajudiciais pelo MP é essencial para a concretização dos objetivos do controle extrajudicial de constitucionalidade. Esses mecanismos permitem ao MP investigar, dialogar e influenciar a conformação do Direito de forma proativa, promovendo uma atuação mais transparente, coerente e responsável. A combinação desses instrumentos possibilita ao Ministério Público atuar de forma efetiva e célere na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Essa atuação do MP é um mecanismo fundamental para garantir a efetividade da Constituição e promover a justiça constitucional. Ao permitir que o MP atue preventivamente na fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos, esse mecanismo contribui para a redução da judicialização de demandas. De acordo com Juarez Freitas⁸⁸, a atuação extrajudicial na matéria pode conter a excessiva judicialização de litígios pautados na violação à Constituição, promovendo assim uma “performance” mais efetiva da “maquinaria” do Estado.

Além disso, o controle extrajudicial de constitucionalidade fomenta a participação ativa do Ministério Público na concretização dos preceitos constitucionais. Ao atuar de forma proativa, o MP pode evitar a criação de normas inconstitucionais e, conseqüentemente, prevenir violações ao interesse público ou lesões ao erário. Schmidt⁸⁹ destaca que a atuação do

⁸⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁸⁹ SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério*

Ministério Público na matéria não se reveste da característica de definitividade, mas pode obstar a criação de norma inconstitucional e evitar eventual violação ao interesse público ou lesão ao erário.

Em síntese, a atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade é um mecanismo fundamental para garantir a efetividade da Constituição e promover a justiça constitucional. Com isso, o MP reforça sua importância como um agente transformador na sociedade brasileira, contribuindo significativamente para a concretização dos preceitos constitucionais e para a defesa da ordem jurídica.

Por fim, com a compreensão do papel relevante do Ministério Público na esfera extrajudicial para o controle de constitucionalidade, torna-se indispensável analisar exemplos práticos que evidenciem essa atuação resolutiva. Nesse sentido, a próxima seção abordará a experiência concreta do Ministério Público do Estado de Rondônia, destacando como, por meio de uma atuação resolutiva e proativa, a instituição tem contribuído para a proteção da ordem constitucional, a defesa dos interesses sociais e a promoção da efetividade dos direitos previstos na Constituição.

3. A EXPERIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA NA ATUAÇÃO PREVENTIVA E DIALÓGICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Esta seção propõe-se a investigar a implementação de práticas de autocomposição no controle de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia (MPRO), destacando uma iniciativa que redefine a abordagem institucional. O ponto de partida desta investigação é o Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”, uma proposta inovadora do MPRO. Conforme apontam Ivanildo de Oliveira e Valeria Giumelli Canestrini⁹⁰, o projeto busca aperfeiçoar o controle preventivo de constitucionalidade por meio de técnicas autocompositivas e de um sólido diálogo interinstitucional. Distanciando-se da litigiosidade tradicional, o MPRO

Público Catarinense, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

⁹⁰ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

procura, assim, promover a conformidade de atos normativos com a Constituição de maneira resolutiva e colaborativa.

O projeto nasceu da percepção de que são necessárias soluções mais eficientes e céleres para os impasses jurídicos. A atuação meramente demandista, frequentemente ligada à judicialização excessiva, mostrou-se inadequada para assegurar a efetivação plena dos direitos fundamentais.⁹¹ Diante disso, a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de Rondônia elaborou essa iniciativa, visando a incorporar métodos consensuais ao controle de constitucionalidade. O foco recai na comunicação entre as instituições para evitar ações judiciais que poderiam ser desnecessárias.⁹²

A trajetória do Ministério Público de Rondônia, com o Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”, marca um passo importante na consolidação de uma atuação resolutiva e preventiva. Em consonância com orientações nacionais que promovem a autocomposição – como a Resolução CNMP nº 118 de 2014 e o Código de Processo Civil de 2015 – e ao intensificar o diálogo interinstitucional, o MPRO não se limita a cumprir seu dever constitucional de zelar pela ordem jurídica. Ele também se destaca como um agente de transformação social, apresentando um modelo promissor para um sistema de justiça mais ágil, eficaz e colaborativo.^{93 94}

O surgimento do “MP Conciliação e Constitucionalidade” não é um fato isolado, mas o reflexo da evolução e adaptação do Ministério Público de Rondônia (MPRO) frente aos desafios contemporâneos e às particularidades regionais, culminando em objetivos claros e uma hipótese central bem definida. O MPRO atua como defensor da ordem jurídica e dos direitos fundamentais em um estado jovem e dinâmico, situado na Amazônia Legal.⁹⁵ A região apresenta

⁹¹ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

⁹² OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

⁹³ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

⁹⁴ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

⁹⁵ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

desafios complexos, que vão desde questões ambientais sensíveis, como o combate ao desmatamento e à poluição por mercúrio, até mazelas sociais persistentes, como a carência de moradia, saneamento básico e saúde adequada.⁹⁶

Para enfrentar essa complexidade, a instituição tem se reestruturado e se posicionado na vanguarda, evidenciando uma abordagem inovadora. Essa vanguarda se manifesta na criação e fortalecimento de grupos especializados, como o GAEMA (Meio Ambiente), GAEINF (Infância e Educação), GAEC (Patrimônio Público), entre outros.⁹⁷ Essas unidades focadas permitem uma intervenção mais qualificada e adaptada às demandas sociais, alinhando-se à visão de um Ministério Público resolutivo que prioriza a eficácia na proteção dos direitos.⁹⁸ É esse o ambiente de busca por inovação e por uma atuação que realmente transforme a realidade social.⁹⁹

O projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” pressupõe que a autocomposição e o diálogo interinstitucional são ferramentas eficazes para promover a resolutividade e prevenir inconstitucionalidades no âmbito do controle preventivo extrajudicial exercido pelo Ministério Público de Rondônia.¹⁰⁰ Em outras palavras, o projeto parte da premissa de que a colaboração e o consenso podem ser mais eficientes do que a litigância para assegurar a conformidade das normas com a Constituição.

A atuação se inicia com a identificação de atos normativos potencialmente inconstitucionais. Nesses casos, o MPRO, por meio do Centro de Atividades Judiciais da Procuradoria-Geral de Justiça, estabelece contato com as autoridades que detêm a competência legislativa, sejam elas do Poder Executivo ou do Legislativo. Uma manifestação detalhada é

⁹⁶ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023, p. 183-184.

⁹⁷ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

⁹⁸ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

⁹⁹ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

então enviada, expondo e fundamentando as inconstitucionalidades observadas no referido ato normativo.¹⁰¹

Internamente, o procedimento envolve a articulação com o órgão de execução do MPRO que originou o ato normativo questionado. Em situações de atos com ampla replicação estadual, os grupos de atuação especializada do Ministério Público podem ser acionados para uma intervenção mais coordenada, visando à proteção das Constituições Federal e Estadual e à prevenção da reincidência de atos inconstitucionais.¹⁰²

Após essa fase, é realizada uma reunião entre o representante do Ministério Público de Rondônia e as autoridades envolvidas. Nesse encontro, expõem-se as inconformidades e debatem-se soluções consensuais para a adequação. A autoridade competente, em seguida, formaliza as medidas adotadas para resolver a inconstitucionalidade.¹⁰³ A experiência do projeto, iniciada em 2022, demonstra uma alta taxa de sucesso, com a maioria dos casos resultando na adequação das normas sem a necessidade de judicialização.¹⁰⁴

O êxito do controle preventivo extrajudicial depende fundamentalmente da negociação e do diálogo estruturado entre as partes envolvidas. Essa abordagem consensual busca a adequação voluntária das normas, permitindo, no contexto da autocomposição, a salvaguarda dos direitos de todos os envolvidos.¹⁰⁵

A negociação pode ser entendida como uma comunicação bidirecional com o objetivo de alcançar um acordo, mesmo diante de interesses comuns e opostos.¹⁰⁶ No âmbito do Projeto

¹⁰¹ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰² OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰³ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério

“MP Conciliação e Constitucionalidade”, essa atuação dialogada se caracteriza por ser desburocratizada, informativa, eficiente, integrativa e humanizada. O objetivo central é a realização consensual da adequação e da proteção constitucional, culminando no reconhecimento da supremacia do texto constitucional por todas as partes.¹⁰⁷

A dinâmica de diálogo interinstitucional é concebida para incentivar o protagonismo dos responsáveis pela iniciativa legislativa – sejam eles do Executivo ou do Legislativo –, para que adotem medidas voluntárias para a regularização dos atos normativos. Esse reconhecimento consensual das inconformidades constitucionais é um dos objetivos primordiais, evitando, assim, o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.¹⁰⁸

Essa abordagem direta aos detentores da iniciativa da norma para que corrijam o vício de inconstitucionalidade é considerada uma medida mais apropriada, pois privilegia o exercício do autocontrole de constitucionalidade pelo próprio poder que gerou o ato.¹⁰⁹ Apenas se essa etapa for infrutífera é que o ajuizamento da ação se torna necessário.¹¹⁰ Dessa forma, o projeto contribui para a pacificação social e para a redução do elevado volume de processos em trâmite no país, oferecendo uma solução eficaz e menos custosa.¹¹¹

O Ministério Público de Rondônia conta com sete grupos especializados: Grupo de Atuação Especial do Meio Ambiente, Habitação, Urbanismo, Patrimônio Histórico, Cultural e Artístico (GAEMA); Grupo de Atuação Especial da Infância e Juventude da Defesa da Educação (GAEINF); Grupo de Atuação Especial de Defesa do Patrimônio Público e Combate à Corrupção (GAEC); Grupo de Atuação Especial Cível e de Defesa dos Direitos Humanos, da Cidadania, do Consumidor, das Crianças, Adolescentes e Jovens e da Saúde (GAECIV); Grupo

Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹⁰⁹ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

¹¹⁰ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023, p. 193.

¹¹¹ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

de Atuação Especial da Segurança Pública (GAESP); Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes Contra a Ordem Tributária (GAESF) e Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO). Esses grupos atuam em diversas frentes e promovem uma atuação resolutiva para a concretização dos direitos fundamentais.¹¹² A estratégia de organizar-se em grupos de atuação ou forças-tarefas visa a resguardar a atuação institucional e aprimorar a capacidade do Ministério Público em garantir a eficácia na proteção dos direitos.¹¹³

Essa cooperação interna entre os membros é um dos pilares da atuação resolutiva, que pressupõe inovação em procedimentos e a abertura de canais para a participação social e a capacitação do pessoal.¹¹⁴ A visão de um “corpo institucional” que transcende as atuações individuais é imprescindível para alinhar esforços em prol de objetivos institucionais maiores, superando a fragmentação que, por vezes, enfraquece a atuação.¹¹⁵ Dessa forma, a coordenação interna garante uma atuação coesa e eficaz na proteção da Constituição.

A aferição do impacto do Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” revela notável desempenho na adequação normativa e na redução da necessidade de judicialização. Os dados disponíveis desde o início da iniciativa, em 2022, evidenciam o potencial da autocomposição como ferramenta de controle de constitucionalidade.

Conforme apontam Oliveira e Canestrini¹¹⁶, a maior parte dos casos tratados pelo projeto resultou na adequação das normas à Constituição Federal e Estadual. Um percentual significativo de 62,50% dos procedimentos alcançou êxito total na correção dos atos normativos identificados com vícios de inconstitucionalidade. Além disso, 25% dos casos estavam em andamento, com considerável expectativa de sucesso, indicando que a metodologia adotada tem alto potencial resolutivo.

¹¹² CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

¹¹³ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

¹¹⁴ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023.

¹¹⁵ CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023, p. 194.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

Por outro lado, apenas uma pequena parcela, correspondente a 12,50% dos casos, não obteve a conciliação desejada. Nesses cenários, a recusa da autoridade responsável em promover os ajustes necessários levou ao fracasso da negociação e, conseqüentemente, ao ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.¹¹⁷

A alta taxa de adequação normativa por meio do diálogo reflete a capacidade do Ministério Público de Rondônia em promover uma atuação proativa, que antecipa a resolução de problemas antes que se tornem litígios complexos. Esse desempenho reforça a ideia de que a autocomposição não é apenas uma alternativa, mas uma estratégia eficaz e prioritária para garantir a supremacia constitucional e a proteção dos direitos fundamentais, contribuindo para uma justiça mais acessível e efetiva.¹¹⁸ Os resultados práticos validam a hipótese de que o diálogo interinstitucional e a autocomposição são instrumentos potentes para a prevenção de inconstitucionalidades e para a promoção da resolutividade no controle de constitucionalidade.

Observa-se, portanto, que o Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” não se limitou a oferecer uma alternativa processual, mas consolidou-se como um verdadeiro agente preventivo e dialógico no controle de constitucionalidade. Essa atuação proativa, fundamentada na busca pelo consenso, favoreceu decisivamente a autocomposição como método de resolução, desviando um volume considerável de casos do tradicional e moroso trâmite judicial. Fica evidente que essa abordagem reverte a lógica da confrontação, transformando potenciais litígios em oportunidades de ajuste e conformidade normativa, o que resulta na significativa redução direta da judicialização de ações de inconstitucionalidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo demonstra a significativa transformação do Ministério Público (MP) no cenário jurídico brasileiro, particularmente em sua atuação no controle de constitucionalidade. A hipótese defendida é que a atuação resolutiva no controle de constitucionalidade extrajudicial

¹¹⁷ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024, p. 182.

efetivamente converte o MP em um agente preventivo e dialógico nesse campo, transcendendo o papel meramente reativo e judicial que historicamente lhe foi atribuído.

Antes da Constituição Federal de 1988, o MP caracterizava-se por uma postura mais restrita, predominantemente judicial e reativa, agindo apenas quando provocado por conflitos já instalados. No entanto, com a promulgação da CF/88, a instituição foi reconfigurada, adquirindo autonomia e um mandato constitucional expandido para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa ampliação de seu escopo impulsionou a busca por soluções mais eficientes na concretização dos direitos fundamentais, diante da reconhecida ineficácia e sobrecarga do modelo exclusivamente judicial.

A resolutividade extrajudicial surge como ferramenta dessa transformação. Em vez de esperar pelo litígio, o MP passou a focar na prevenção e na solução proativa de problemas e conflitos, buscando resultados sociais mais rápidos e econômicos. Essa abordagem é, por natureza, dialógica, uma vez que valoriza o consenso e a colaboração entre instituições. Ferramentas como os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), as Recomendações e as práticas de Negociação, Mediação e Conciliação, somadas às Audiências Públicas, tornam-se essenciais para que o MP atue como facilitador e indutor de adequações normativas e políticas públicas, promovendo o autocontrole de constitucionalidade por parte dos Poderes Executivo e Legislativo.

A legitimidade dessa atuação extrajudicial fundamenta-se na visão de Peter Häberle sobre a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Ao reconhecer que a interpretação constitucional não é monopólio apenas de juízes, mas uma responsabilidade compartilhada por todos os órgãos estatais e pela sociedade, o MP ocupa um lugar de destaque nesse círculo ampliado de atores. Sua intervenção preventiva, antes mesmo que os litígios cheguem ao Poder Judiciário, é fundamental para evitar a criação de normas inconstitucionais, otimizar o uso dos recursos públicos e reduzir a excessiva judicialização, contribuindo para a eficiência do aparato estatal.

A experiência do Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” do Ministério Público de Rondônia (MPRO), apresentada neste artigo, ilustra a efetividade dessa nova abordagem. Seus resultados práticos, que revelam uma alta taxa de adequação normativa alcançada por meio do diálogo e da autocomposição, confirmam a premissa de que a colaboração e o consenso superam a litigância ao garantir a conformidade constitucional. O MPRO, com sua atuação proativa e coordenação interna, demonstrou ser capaz de direcionar

um volume considerável de casos para fora do lento trâmite judicial, fortalecendo a pacificação social e a proteção constitucional de forma eficaz.

Em síntese, a atuação resolutiva no controle de constitucionalidade extrajudicial vai além de uma mera estratégia operacional; ela representa uma redefinição do próprio papel do Ministério Público. Ao adotar essa abordagem preventiva e dialógica, o MP consolida sua vocação como guardião das promessas constitucionais e como um agente transformador na sociedade brasileira. Isso é fundamental para a construção de um sistema de justiça mais ágil, acessível, participativo e, sobretudo, em sintonia com as demandas de uma democracia vibrante e em constante evolução.

REFERÊNCIAS

AZIZ, Mona Lisa Duarte. *O papel do Ministério Público no controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Revista do CNMP, Brasília, v. 9, p. 99-125, 2021. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/article/view/132>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONARETTO, Cíntia Mara Vital; MORAES, Clauciana Schmidt Bueno de. A atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro: análise para a implementação de políticas públicas. In: CAVALCANTI, Soraya Araujo Uchoa (org.). *Pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas e sociais aplicadas*. Ponta Grossa, PR: Atena, 2022. cap. 8, p. 91-106. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/entities/publication/5d7aec87-0ba5-4917-a10d-2afce05bf94e>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2025.

CANESTRINI, Valéria Giumelli; OLIVEIRA, Ivanildo de; SILVA, Edna Antônia Capelli da. O Ministério Público de Rondônia na vanguarda resolutiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília: CNMP, p. 174-203, 2023. (Coletânea especial de fomento à resolutividade: estímulo à atuação resolutiva). Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/rjcn/article/view/570>. Acesso em: 16 jun. 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Brasília, DF: CNMP, 2014. Disponível em:

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Carta de Brasília*. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 2017. Seção 1, p. 53. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/4891>. Acesso em: 16 jun. 2025.

COSTA, Rafael de Oliveira. Do Ministério Público como superego da sociedade: design institucional e legitimidade na atuação judicial e extrajudicial. *Sequência (Florianópolis)*, n. 76, p. 115-130, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m39rvPCwHM8k6nRtxHZ55Cp/?lang=pt>. Acesso em: 22 jun. 2025.

DINIZ NETO, Eduardo. O Ministério Público e a fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas no direito luso-brasileiro. *Revista do Direito Público*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 155–180, 2006. DOI: 10.5433/1980-511X.2006v1n1p155. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11587>. Acesso em: 22 jun. 2025.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos conflitos coletivos. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 27, n. 10, p. 281-299, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.6390>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6390>. Acesso em: 22 jun. 2025.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, n. 60, p. 26-50, nov./dez. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 18 jun. 2025.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-58/>. Acesso em: 10 ago. 2025.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valéria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: implementação de técnicas de autocomposição no controle preventivo de constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e sua inserção no sistema de

política constitucional. *Revista Jurídica da Amazônia*, v. 1, n. 2, p. 166-185, dez. 2024. Disponível em: <https://revista.mpro.mp.br/amazonia/article/view/98>. Acesso em: 15 jun. 2025.

RITT, Eduardo. O Ministério Público brasileiro como guardião dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 74, p. 31-59, jul./dez. 2013. Disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401214363.pdf. Acesso em: 22 jun. 2025.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 11, p. 405-432, 2023. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/article/view/328>. Acesso em: 16 jun. 2025.

SANTOS, Marcelo; MACIEL, Bernardo; OROFINO, Jacqueline. Resolutividade e unidade ministerial e a Recomendação n. 01, de 15 de março de 2023, da Corregedoria Nacional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*, Brasília, v. 10, p. 251-265, 2023. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/rjcn/article/view/681/550>. Acesso em: 16 jun. 2025.

SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, jun./nov. 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 18 jun. 2025.

SILVA, Sandoval Alves da. *A tutela coletiva extraprocessual: o diálogo institucional como instrumento de atuação do Ministério Público para a concretização dos direitos sociais*. 2015. 328 f. Tese (Doutorado em Direito – Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <https://www.repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7501>. Acesso em: 18 jun. 2025.

RECRUTAMENTO, SELEÇÃO E FORMAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

RECRUITMENT, SELECTION, AND TRAINING OF PUBLIC MINISTRY MEMBERS IN A DEMOCRATIC SOCIETY

João Gaspar Rodrigues

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (UC).
Promotor de Justiça no Ministério Público do estado do Amazonas (MPAM).

joaorodrigues@mpam.mp.br

RESUMO

O presente estudo aborda o recrutamento, seleção e formação dos melhores profissionais para o Ministério Público, encarregados de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. O desafio não é apenas local, mas global. Em ambiente democrático, converter promessas constitucionais em resultados efetivos é crucial. A meritocracia é fundamental para instituições como o Ministério Público, que precisam de profissionais qualificados para aplicar a lei com justiça e imparcialidade diante dos problemas sociais complexos. Cada sistema de seleção e treinamento é adaptado ao papel constitucional atribuído à instituição. O modelo ideal deve considerar as peculiaridades da instituição e da sociedade que serve. A partir do cenário complexo, a pesquisa conduzida neste ensaio, visa a reunir reflexões e elementos para estabelecer um modelo razoável de recrutamento, seleção e formação contínua dos membros do Ministério Público, consolidando suas melhores qualidades. A metodologia inclui revisão da literatura e abordagem qualitativa para o desenvolvimento de considerações conclusivas.

Palavras-chave: Recrutamento – Seleção - Educação continuada - Ministério Público - Defesa da Democracia.

ABSTRACT

The present study addresses the recruitment, selection, and training of the best professionals for the Public Prosecutor's Office, tasked with defending the legal order, democratic regime, and the social and individual interests that cannot be waived. The challenge is not only local but global. In a democratic environment, translating constitutional promises into effective results is crucial. Meritocracy is essential for institutions such as the Public Prosecutor's Office, which require qualified professionals to apply the law with fairness and impartiality in the face of complex social issues. Each selection and training system is tailored to the constitutional role assigned to the institution. The ideal model should consider the peculiarities of the institution and the society it serves. Given the complex scenario, the research conducted in this essay aims to gather reflections and elements to establish a reasonable model for the recruitment, selection, and continuous training of members of the Public Prosecutor's Office, consolidating their best

qualities. The methodology includes literature review and a qualitative approach for the development of conclusive considerations.

Keywords: Recruitment – Selection - Continuous education - Public Ministry - Defense of Democracy.

INTRODUÇÃO

A questão de como recrutar, selecionar, preparar e manter no Ministério Público profissionais incumbidos de defender a “ordem jurídica”, “o regime democrático” e os “interesses sociais e individuais indisponíveis” tem desafiado os melhores gestores no Brasil (e no mundo). É preocupação natural em ambiência democrática, com um cabedal de promessas e ideais a ser convertido em resultados efetivos e entregues ao cliente final.

Todo o ordenamento jurídico criado e recepcionado pela Constituição Federal de 1988, dentro de um torvelinho de mudanças, exige instituições meritocráticas, como o Ministério Público, dotadas de profissionais com as mais altas qualidades para, dentre outras ocupações relevantes, aplicar a lei com justiça, independência e imparcialidade (ou impessoalidade) frente aos crescentes e complexos problemas sociais. Tudo o mais poderá resultar inútil ou insuficiente, a menos que uma atenção adequada seja dispensada à seleção e formação dos homens e mulheres encarregados, em cenário tão delicado, desses elevados e nobres fins.

As características físicas mínimas, diante de princípios constitucionais e democráticos consagrados, há muito não mais determinam os critérios de recrutamento e de seleção. Qualidades, competências, habilidades pessoais e acadêmicas, sim. E diante dessa métrica, como alcançar um consenso sobre o candidato ideal? Fato é que cada sistema de seleção e treinamento é montado de acordo com o papel relevante que o membro ministerial deve desempenhar na sociedade, a partir do desenho constitucional atribuído à instituição. Um Ministério Público como o brasileiro, dotado de ampla independência e de musculadas prerrogativas para atender os interesses da sociedade democrática, exige um tipo de membro diferente de um Ministério Público que, na multiplicidade de suas atribuições, ainda defende, com ar de normalidade, os interesses do Estado.

Há muito espaço para pesquisa e desenvolvimento no campo de recrutamento, seleção e formação dos membros do Ministério Público. Na vasta gama de ações adotáveis pelo agente ministerial, há muitas nuances, variáveis e combinações fáticas que não podem ser enfeixadas num guia completo e infalível que indique a melhor fórmula para forjar os mais qualificados

profissionais para a instituição e a sociedade. O modelo precisa ser montado a partir das peculiaridades da instituição e da sociedade que deve servir, de modo a permitir ao membro uma visão holística e ordenada.

Dado este cenário complexo, o estudo tem por finalidade reunir reflexões e elementos mínimos que indiquem alguns mecanismos capazes de estabelecer um modelo razoável de recrutamento, seleção e formação permanente dos membros do Ministério Público, consolidando e extraindo as melhores qualidades, habilidades e saberes. A metodologia aplicada é de cunho exploratório, por meio de revisão da literatura específica, com abordagem qualitativa de algumas ideias-chave, de cujo desenvolvimento resultam as considerações lançadas a título de epílogo da investigação.

1. NOÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal prevê que o Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, observará, dentre outros princípios, a “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados” (art. 93, inciso IV). Tal dispositivo aplica-se, *in totum*, ao Ministério Público, por conta do art. 129, § 4º, da CF (“Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o art. 93”).

É o reconhecimento constitucional de que o recrutamento por meio de concurso público de provas e títulos, em si e por si, não entrega Promotores de Justiça (ou Juízes) funcionais. São ainda profissionais inacabados, precisando de retoques deontológicos para criar suas próprias identidades e servir, com excelência, à sociedade receptora de seus ofícios. Exige-se, para tal, a partir da expressão constitucional, uma qualificação e uma educação complementares.

A educação, dentro do sistema constitucional brasileiro, tem três objetivos claros: o pleno desenvolvimento da pessoa (com o livre desenvolvimento da personalidade), seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CF, art. 205). Esses três objetivos são considerados fundamentais para o sistema educacional brasileiro e para o desenvolvimento integral dos cidadãos. Eles refletem a importância de uma educação que não apenas forneça conhecimentos acadêmicos, mas também promova o desenvolvimento pessoal,

a formação cidadã (o cultivo de uma “cidadania esclarecida”) e a preparação para o mercado de trabalho.

No Brasil, a partir do art. 93, incisos I e IV, da Constituição Federal de 1988, o sistema de recrutamento e de seleção de juízes e membros do Ministério Público é dividido em duas fases:

1ª: concurso público de provas e títulos (CF, arts. 93, inciso I e 129, §3º.);

2ª: cursos de ingresso, formação inicial e vitaliciamento, executados por organismos de educação especial para membros do Ministério Público: Centros de Estudos ou Escolas Insitucionais (CF, art. 93, IV).

A primeira fase consiste em exames (escritos e orais) que classificam os candidatos, principalmente de acordo com o conhecimento técnico-jurídico, exigindo-se ser bacharel em direito com, pelo menos, três de anos de atividade jurídica (CF, art. 129, §3º.). Considera-se atividade jurídica, desempenhada exclusivamente após a conclusão do curso de bacharelado em Direito (Resolução CNMP n. 40/2009, art. 1º.): I – o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, com a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado, em causas ou questões distintas. II – o exercício de cargo, emprego ou função, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimentos jurídicos. III – O exercício de função de conciliador em tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, assim como o exercício de mediação ou de arbitragem na composição de litígios, pelo período mínimo de 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano; IV – O exercício, por bacharel em Direito, de serviço voluntário em órgãos públicos que exija a prática reiterada de atos que demandem a utilização preponderante de conhecimentos jurídicos, pelo período mínimo de 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano.

São realizados também exames de aptidão psicológica e moral, mas não físicos. São também, em fase própria, aferidos os títulos credenciadores. Aprovado no concurso, o candidato é nomeado, segundo classificação obtida, como membro em caráter probatório. Durante o período probatório, o membro passa por treinamento deontológico especial, que inclui vários aspectos ligados à dinâmica funcional e institucional. Também há estudos formais em disciplinas teóricas, processuais e práticas (cursos oficiais para ingresso, formação inicial e vitaliciamento). No fim deste período (dois anos), o membro é vitaliciado ou não, passando a ser, substancialmente, integrante da carreira.

Essa segunda fase pode se estender por até 18 meses (art. 3º., § 1º, da Res. CNMP 271/2023) e é conduzida por escola institucional. Após esse lapso de tempo, como já dito, o

membro é submetido a julgamento por órgão colegiado para efeito de vitaliciamento. Uma vez vitaliciado, abre-se o desafio da educação ou formação continuada, carente de obrigatoriedade legal (diferentemente do que se passa no período do vitaliciamento).

Os cursos oficiais para ingresso, formação inicial e vitaliciamento de membros do Ministério Público devem ser montados levando em consideração as peculiaridades e as necessidades de cada unidade ministerial. Os desafios enfrentados por membros ministeriais na região Centro-Oeste do país, por exemplo, são distintos dos arrostados por membros do Sul do país ou da região Norte ou Nordeste. E assim, a formação inicial deve atender a essas específicas situações. Este princípio é claramente observado pela Resolução do CNMP n. 271, de 25.09.2023 (que estabelece diretrizes gerais para os cursos oficiais para ingresso, formação inicial e vitaliciamento de membros do Ministério Público): “Ficam asseguradas a validade e a eficácia das normas específicas sobre cursos oficiais para ingresso, formação e vitaliciamento existentes em cada ramo e unidade do Ministério Público” (art. 2º., parágrafo único).

No art. 7º., incisos IX e XVI, a referida Resolução ainda destaca que os cursos devem observar “a realidade social do respectivo estado” e no conteúdo mínimo conter “outras disciplinas ajustadas de acordo com a necessidade de cada ramo”.

Compete à Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público (instituída pela Resolução CNMP n. 146/2016) estabelecer as diretrizes gerais dos cursos oficiais para o ingresso, a formação inicial e o aperfeiçoamento dos membros e dos servidores do Ministério Público, respeitando “a autonomia pedagógica das escolas institucionais de cada ramo do Ministério Público brasileiro, bem como as peculiaridades a nortearem as atividades e necessidades específicas de cada ramo ministerial” (art. 5º., I, da Resolução CNMP n. 187/2018, norma reproduzida no art. 23).

As qualidades dos membros do Ministério Público podem ser agrupadas em duas categorias amplas: qualidades ensináveis (ou plasmáveis) inerentes à capacidade de aprendizado e qualidades intransmissíveis inerentes à personalidade.¹ É razoável acreditar que membros ministeriais ideais devem ser sensíveis aos problemas sociais e humanos, trabalhadores, imparciais², honestos, pacientes, corteses, discretos e capazes de distinguir entre

¹ MUNIZ-ARGUELLES, Luis; FRATICELLI-TORRES, Migdalia. Selection and training of judges in Spain, France, West Germany, and England. *Boston College International & Comparative Law Review*, v. 8, n. 1, 1985. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/254563969_Selection_and_Training_of_Judges_in_Spain_France_West_Germany_and_England>. Acesso em: 23 fev. 2025.

² MCBRIDE, Jeremy; PEARSON, John. *Comparative study on initial training for public prosecutors*. Strasbourg: Council of Europe, 2017, p. 8. Disponível em: <<https://rm.coe.int/comparative-study-prosecutors-initial-training-eng/16807255ed>>. Acesso em: 17 fev. 2025.

fatos, mentiras e meias-verdades. Eles também devem ser capazes de tomar decisões rapidamente e, se possível, ser expeditos, pontuais e dedicados à sua carreira profissional. Embora "intransmissíveis", essas qualidades são identificáveis. Os tolos, os indolentes, os corruptos, os arrogantes e os indecisos deixam todos uma marca quase indelével no período anterior à sua seleção para o Ministério Público. Uma investigação cuidadosa deve revelar esses traços.

O ponto vital em qualquer bom sistema de recrutamento de membros do Ministério Público é o início dele, a parte que determina quem vai tomar posse do cargo, de acordo com a classificação obtida no concurso público. Na prática, essa é a fase do processo que decide se a sociedade e a instituição, vão ou não conseguir os melhores homens e mulheres para servir como membros. Depois que se tornam membros e passam pelo período probatório e vitaliciamento (fase em que se dá, efetivamente, a seleção), adquirindo vitaliciedade, se se revelam, após isso, maus agentes públicos, a preocupação de como alijá-los do cargo torna-se uma tarefa hercúlea e difícilima.

Há poucos homens e mulheres que não crescem à medida que a responsabilidade é lançada sobre eles, especialmente se essas responsabilidades estiverem em um campo, como o Ministério Público, no qual a dignidade de ser guardião de elevadas promessas constitucionais, dedicação ao dever e uma tradição dedicada ao interesse público mais primário são características do trabalho a ser desenvolvido ao longo dos anos³. Poucos indivíduos já perderam a capacidade de aprender e de continuar a se instruir quando assumem o cargo de membro do Ministério Público. Naturalmente, por autoestudo ou por processo educacional exógeno, qualquer membro do Ministério Público melhora significativamente a qualidade de sua performance ao longo do tempo em que está no cargo.

É incontestável que, repita-se, a qualidade dos agentes ministeriais não é apenas algo inerente ou imanente à sua condição pessoal, ou pré-existente. É uma medida que, em quase todos os casos, aumenta à proporção que o agente continua a servir, ao longo de seus anos ativos, aos elevados interesses atribuídos pela Constituição. Mas o nível de ampliação da qualidade, inevitavelmente, dependerá, até certo ponto, das oportunidades que o membro tem de continuar sua educação, não apenas nos órgãos de execução que titularizar, mas também fora

³ Os nobilíssimos encargos de um membro do Ministério Público em uma sociedade democrática e consciente da lei, a qualidade intelectual garimpada em competitivo concurso público, a remuneração adequada, a segurança no ofício, são, em resumo, os mesmos fatores que atraem candidatos capacitados para o Ministério Público e fornecem à profissão o prestígio que funciona como um ímã adicional.

deles, e do estímulo que a instituição, através de mecanismos adequados, lhe fornecerá para aproveitar essas oportunidades.

2. OS PASSOS NECESSÁRIOS PARA SE OBTER E MANTER O MELHOR AGENTE MINISTERIAL

A melhoria da qualidade do quadro humano do Ministério Público brasileiro passa, pelo menos, por quatro aspectos principais: recrutamento, seleção, educação continuada e educação do público. Aspectos que se coordenam e se alinham para estruturar o melhor espécime de profissional possível. Nos itens abaixo, segue uma rápida análise de cada um deles.

2.1 - Recrutamento

Ainda que fundado em rigorosos concursos públicos de provas e de títulos, através dos quais são garimpadas, em espectro geral, as competências técnicas, comportamentais e vocacionais de cada candidato, o recrutamento não entrega à instituição e à sociedade, um Promotor de Justiça pronto e acabado. Como diz Ferrater Mora⁴, “nem sempre podemos nos permitir o luxo de ser sutis”. E é por isso que se pode afirmar, de forma categórica: o concurso público, por mais rigoroso que seja, não consegue, ao final, entregar um Promotor de Justiça.

No Brasil, o recrutamento ainda tem uma base muito restrita e mecânica: conhecimento jurídico (Bacharel em Direito) e atividade jurídica de três anos. Se o candidato demonstrar domínio da legislação, da doutrina e da jurisprudência pode lograr êxito nesta primeira fase. Aspectos vocacionais e comportamentais são negligenciados ou raramente eliminam o candidato do certame (com apoio de consolidada jurisprudência). O aprovado, como diz Nalini⁵, “pode ser um burocrata, pode ser insensível, pode se tornar arrogante, prepotente, vaidoso e até cruel”, mas pode ser nomeado como Juiz ou Promotor de Justiça, contrariando todo o aporte ético e deontológico essencial à caracterização da instituição perante a sociedade.

⁴ FERRATER MORA, José. *Fundamentos de filosofia*. Madrid: Alianza Universidad, 1985, p. 138.

⁵ NALINI, José Renato. Como recrutar magistrados? *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 67–82, mar./abr./maio 2014, p. 74.

Um recrutamento baseado em conhecimento e memorização mecânica⁶, é incapaz de detectar esses vícios de personalidade.

O ensino jurídico, ainda encapsulado em velhas práticas acadêmicas do passado, não consegue filtrar profissionais vocacionados para determinada função pública, como a exercida pelo Ministério Público. A doutrina jurídica produzida a partir desse ensino mecânico mostra-se distante de uma Constituição de perfil transformador que confere ou exige de suas instituições meritocráticas uma deontologia própria capaz de entregar os resultados ou as promessas dormentes em cada comando constitucional.

Existem múltiplos aspectos da realidade política e social em que é chamado a atuar o membro do Ministério Público, cujos desdobramentos a serem adotados (juízos, decisões etc.) não se restringem a premissas técnico-jurídicas em sentido estrito. A solução não é questão de mera interpretação de determinadas normas jurídicas. São temas com alguma ou ampla repercussão política, e que, muitas vezes, exigem um olhar mais alongado no horizonte social.

Muitas das capacidades e habilidades adquiridas na formação jurídica tradicional alcançaram - quando inseridas num contexto multidisciplinar, heterogêneo e diverso - o limiar de utilidade. É preciso o desenvolvimento de outras capacidades mais funcionais aos novos tempos e às novas exigências.

O próprio Direito, chamado a regular uma sociedade democrática e dinâmica, precisa ser atravessado por um *approach* multidisciplinar, se tiver a pretensão de ser efetivo e solucionar os problemas sociais. Aquele Direito piramidal e puro, idealizado por Kelsen, há muito tornou-se impraticável, sendo banido para o museu das ideias filosóficas e jurídicas. Em tempos modernos, vários saberes colonizam e fertilizam o Direito, melhor ainda, seus intérpretes e aplicadores, o que reafirma a incompletude do recrutamento de membros para compor os quadros do Ministério Público baseado, exclusivamente, em conhecimento jurídico.

2.2- Seleção

Esta fase é composta por cursos de ingresso, adaptação e vitaliciamento, após os quais, o candidato adquire vitaliciedade e, efetivamente, torna-se um integrante da carreira do Ministério Público com um nível de pertencimento adequado. E, teoricamente, com

⁶ A memorização mecânica, segundo S. Pinker, “tem sido a tendência no ensino desde as primeiras décadas do século XX”. Vide PINKER, Steven. *O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 292.

“capacidade de implementar e integrar conhecimentos, habilidades e atitudes adquiridos para resolver problemas e situações em contextos diferentes”.⁷

De acordo com a Resolução do CNMP n. 271, de 25.09.2023 (art. 5º.), esses cursos iniciais (pós-recrutamento) terão como objetivos a formação profissional dos membros recém-ingressos nos quadros da Instituição e a preocupação com o exercício probo das funções do Ministério Público, além de:

I- propiciar uma visão geral da estrutura do Ministério Público e oferecer subsídios práticos para futuro trabalho nas principais áreas de atuação do órgão;

II- proporcionar as bases iniciais do processo de formação continuada à carreira de membro do Ministério Público;

III- capacitar os membros ingressantes nas dimensões normativas, informacionais, comunicacionais e gerenciais do Ministério Público, frente às demandas da realidade onde a Instituição está inserida;

IV- estimular a interlocução interinstitucional com os demais poderes, instituições e órgãos públicos;

V- incentivar a atuação dos membros, para além da promoção do atendimento às necessidades inerentes às comunidades e regiões de atuação, na proposição de ações em prol do desenvolvimento regional, da transformação social e de construção da cidadania;

VI- apresentar estratégias e dinâmicas para produção, gestão e divulgação das ações institucionais do Ministério Público;

VII- aprimorar conhecimentos e habilidades necessárias ao exercício das atribuições administrativas e finalísticas inerentes ao cargo do membro do Ministério Público, com destaque para a formação profissional no campo da prática jurídica;

VIII- desenvolver as habilidades práticas que permitam o domínio e a conjugação eficaz das teorias e técnicas necessárias ao exercício funcional do Ministério Público.

É necessário que o conteúdo programático das ações educacionais integrantes da formação inicial e contínua estimule os membros a conhecer a realidade social em que serão inseridos e a desenvolver meios para encaminhar soluções capazes de cumprir as promessas constitucionais de que são guardiães.

⁷ GALDÓN, Lorena Sierra et al. *Estrategias de aprendizaje basadas en la modelización matemática en educación secundaria obligatoria*. In: JAEM – Jornadas sobre Aprendizaje y la Enseñanza de las Matemáticas, 15., 2011. Anais [...]. [S.l.]: FESPM, 2011, p. 5. Disponível em: <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/12689/Ponencia_XVJAEM_v2.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2025.

A percepção dos tempos atuais difere radicalmente das tradições dogmáticas enraizadas no imaginário acadêmico, ainda preso à fragmentação cartesiana. Toda a aprendizagem exclusivamente dogmático-jurídica recolhida nas tradicionais Faculdades de Direito - os cânones legais, a específica hermenêutica jurídica, o travesseiro cômodo da jurisprudência, a metodologia positivista, a doutrina jurídica sem uma visão holística da sociedade e do próprio Direito - revela-se insuficiente para o operador jurídico em geral, e, especificamente, para o membro do Ministério Público resolutivo, diante da complexidade multidisciplinar das questões diárias lançadas ao seu descortino profissional.

O vitaliciamento e toda a grade de formação apresentada não são apenas um período de tempo a ser superado que permite, ao cabo, que o candidato adquira a tão sonhada garantia constitucional da vitaliciedade. É, ao contrário, uma parte óbvia e um fator essencial para selecionar, efetivamente, um membro integrante do Ministério Público, modelando-lhe a conduta e o comportamento ético. É sensato emprestar ao vitaliciamento, o estatuto de etapa essencial na forjadura do futuro membro do Ministério Público.

O curso de vitaliciamento, como última etapa do processo de seleção, não pode ser uma máscara feita para conferir ares de legitimidade às meras formalidades e a estruturas meramente verbais. Não pode ser concebido e implementado como um mero símbolo sobre uma espécie de infrarrealidade, mas como resultado de um processo intencional real de índole orientativa e formativa. Sua finalidade real é dupla e conectável: concluir o processo seletivo do melhor profissional para integrar a instituição; e lançar as bases sólidas “do processo de formação continuada à carreira de membro do Ministério Público”.

2.3- Educação continuada

A formação ou educação continuada (*lifelong learning*) dos integrantes depois que iniciam suas carreiras ministeriais tem como fundamento o direito da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade e resolutivo na promoção de suas justas e urgentes expectativas. Se é da essência da democracia desenvolver, por um lado, uma cidadania esclarecida, informada e emancipada, e, portanto, participativa e reivindicativa, por outro lado, exige que os integrantes de suas instituições meritocráticas sejam, em igual proporção, preparados, instruídos e capazes de entregar os resultados à altura dessa massa cidadã.

Reconhece o filósofo alemão Fichte⁸ que a formação inicial e continuada de qualquer profissional é um produto devido à sociedade:

Nenhum de nós tem o direito de trabalhar apenas para o gozo próprio, de fechar-se para os seus próximos e tornar sua formação inútil para eles, pois fomos postos em condições de adquiri-la justamente pelo trabalho da sociedade. Num certo sentido, nossa formação é um produto, uma propriedade dela; e lhe roubamos esta propriedade se não queremos ser-lhe úteis.

Por essa linha de raciocínio, nada é mais contraproducente para um Ministério Público resolutivo e “solucionador de problemas” nos quadrantes de uma sociedade democrática moderna do que uma cultura institucional refratária, e mesmo hostil, à qualificação permanente de seus integrantes. É incompleta e sem vida uma instituição que dificulta o alargamento do horizonte intelectual de seus membros e que não consegue reconhecer e premiar, adequadamente, os produtos derivados da competência e da excelência do desempenho.

Uma instituição sem uma política de educação contínua de seus membros e, essencialmente, refratária, é comparável a uma câmara fria de armazenagem de fósseis à espera do degelo. Dada como certa numa sociedade estamental (em que as atividades se integram numa ordem ritualística e mítica), essa cultura institucional hostil ao aperfeiçoamento cultural permanente é hoje – em ambiente social dinâmico e movediço - incompreensível. Não há, inclusive, necessidade de provar o quanto essa noção tornou-se insignificante, antiquada e apequenadora numa civilização cada vez mais científica e tecnológica.

Uma vez implantado e normalizado, esse obscurantismo intelectual passa a funcionar como uma espécie de *blackhole* institucional: pode sugar qualquer coisa (iniciativa e motivação, por exemplo) e nada pode escapar dele (excelência e resolutividade). E tudo acaba se resumindo num agregado algo caótico de energias com amplo potencial para elevar-se e entregar resultados efetivos para a sociedade, mas que acaba sucumbindo ao *establishment*. Da indiferença instrucional à baixa resolutividade no exercício funcional, a linha é reta.

O esforço de educação permanente não pode ser apenas o coroamento de uma atitude heroica de alguns poucos membros, mas precisa de um ambiente institucional decididamente favorável e estimulante ao raciocínio, à reflexão, à análise. A qualificação daí derivada deve ser disponibilizada e proporcionada a todos os membros, sem distinção e sem fronteiras, com mecanismos de pronto reconhecimento e engrandecimento intelectual.

⁸ FICHTE, Johann Gottlieb. *O destino do erudito*. Tradução de Ricardo Barbosa. São Paulo: Hedra, 2014, p. 57.

A arte de defender interesses superiores de uma sociedade democrática (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e direitos sociais e individuais indisponíveis) não pode ser aprendida no fluxo inercial e opressivo do trabalho (“aprender fazendo”). O trabalho, a execução das competências constitucionais e legais do Ministério Público, deve ser o produto sequencial de estudos prévios ou concomitantes, numa retroalimentação permanente (as problematizações do trabalho sendo limadas em sala de aula, cujas soluções e certezas voltam ao exigente campo prático).

O volume e a diversidade de casos deixam a maioria dos membros ministeriais com pouco tempo para contemplar a sua instrução profissional.⁹ A urgência de gerenciar e resolver casos, além de microgerenciar sua unidade de gestão (órgão de execução) limita o tempo gasto com cursos de atualização e de formação continuada, mas não elide a necessidade em análise neste item.

O esforço de capacitação e a curva de autoaperfeiçoamento, apesar desses obstáculos referidos, prosseguem pela trilha da transdisciplinariedade, dada a necessidade do exercício eficiente e resolutivo das atribuições institucionais, com especial ênfase nas matérias, técnicas e práticas, que sirvam à máxima efetividade dos direitos fundamentais e à efetivação dos valores, princípios, objetivos e promessas constitucionais.

Tudo se pode ensinar e ser aprendido mediante um método apropriado e pode-se alcançar todo o gênero de aptidões e de caracteres mediante uma organização adequada do ambiente.¹⁰ Desde o primeiro dia como membro do Ministério Público, estratégias devem ser estabelecidas para despertar a atenção, mobilizar o esforço e voltar o foco do indivíduo para a cultura da instituição de resolução de problemas (com seus fins, deveres, prerrogativas etc.). Os relevantes princípios institucionais, valores comuns e ideias próprias ao ofício, devem compor o cardápio intelectual do novel membro, de modo a tornar-se um norte permanente na longa jornada que se inicia.

Neste aspecto, diz R. A. Leflar:¹¹

Há poucos de nós que se tornam tão instruídos, ou tão sábios, que não podemos nos aprimorar. Sabemos que isso é verdade para advogados e professores de direito, e me atrevo a sugerir que também é verdade para juízes.

⁹ MARKEY, Howard T. A need for continuing education in judicial ethics. *Valparaiso University Law Review*, v. 28, n. 2, p. 647–656, 1994, p. 648. Disponível em: <<https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1947&context=vulr>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

¹⁰ HACKER, Friedrich. *Agressividade: a violência no mundo moderno*. Tradução de Maria Emília Ferros Moura. Lisboa: Livraria Bertrand, 2. ed., 1981, p. 183.

¹¹ LEFLAR, Robert A. The quality of judges. *Indiana Law Journal*, v. 35, n. 3, p. 289–305, 1960, p. 290.

Mas um problema é colocado com certa recorrência nos esforços institucionais para a educação continuada de seus membros: como estimulá-los, após o vitaliciamento, a participar dos cursos oficiais voluntários de educação continuada organizados pelos Centros de Estudos ou Escolas Institucionais? Dentre as múltiplas medidas (ou “pacote de incentivos institucionais”), três soam importantes e são de fácil implementação:

a) Dotar de um aspecto mais prático e mais dinâmico os cursos de formação.

O estímulo educacional deve, de algum modo, sem perder o valioso *approach* teórico, relacionar-se com o dia a dia profissional do membro, trazendo para a sala de aula as problematizações fornecidas pela realidade e numa comunhão teórica, fornecer estruturas empíricas com algum sentido prático. Essa estratégia, não apenas faz surgir (ou alimentar) uma aptidão de aprendizagem, como também cria uma vontade crítica. Mede-se a validade desse recurso através da utilidade.

b) Conferir peso qualificado aos cursos oficiais para efeito de progressão funcional.

c) Adotar novos métodos pedagógicos: aulas invertidas, debates, estudos de caso, uso de recursos de rede, realização de simulações e contato com boas práticas institucionais.

O uso de métodos modernos de ensino constitui uma forma de melhorar a eficiência do ensino, a capacidade de aprendizado dos alunos, a experiência e o interesse nas atividades em sala de aula.

A aula invertida, por exemplo, ajuda a desenvolver a habilidade de aprendizagem autônoma dos alunos.¹² O conceito de "aprendizagem autônoma" enfatiza a participação dos alunos no processo de ensino e aprendizado como o principal foco. O objetivo é mudar a aprendizagem passiva tradicional para ser proativa, participativa e baseada em projetos.

d) Instituir gratificação de incentivo à qualificação ou ao aperfeiçoamento.

Esse tipo de gratificação tem os mais diversos epítetos: Adicional de Qualificação (AQ); Incentivo à Qualificação (IQ); Gratificação de Estímulo ao Aperfeiçoamento Profissional (GEAP); Gratificação por Qualificação (GQ); Gratificação de Incentivo Funcional (GIF).

A instituição, a implantação e a concessão de tais benefícios, além de exigir previsão em lei, devem observar alguns requisitos:

I) Correlação entre o curso de aperfeiçoamento e a área de atuação;

II) Comprovação de aproveitamento, por meio dos documentos necessários: diploma, certificado etc.

¹² SU, Weili. How to use modern teaching methods to cultivate students' autonomous learning ability. *Open Access Library Journal*, v. 8, n. 3, p. 1–5, 2021. Disponível em: <https://www.scirp.org/pdf/oalibj_2021032916325780.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

III) Cumprimento da frequência ou carga horária mínima.

IV) Cursos promovidos por instituições devidamente reconhecidas pelo Ministério da Educação ou por órgão equivalente em âmbito local.

Todavia, é importante destacar que gratificações desse tipo não gozam de unanimidade. Pesquisadores da Universidade de Massachusetts analisaram 51 estudos de incentivos econômicos em locais de trabalho.¹³ E descobriram “evidências incontestáveis” de que os bônus podem enfraquecer a motivação intrínseca e a bússola moral dos trabalhadores. Por exemplo, acadêmicos que são avaliados pelo número de publicações produzidas, acabam apresentando falsas pesquisas.

2.4- Educação do público

O quarto aspecto importante na melhoria da qualidade do membro do MP é a educação do público e de todos os *players* e *stakeholders* (que, direta ou indiretamente, lidam com a instituição) sobre o que os membros do Ministério Público fazem e como fazem, o que lhes permite desempenhar bem seu trabalho, ou o que os desabilita. O entendimento público da situação do membro ministerial e de seu trabalho pode criar um clima social, político e jurídico, que estimula o agente a uma otimização do desempenho e garante um reforço positivo para o bom trabalho e um desestímulo aos maus profissionais.

Programas de inserção social como “MP nas Escolas” (MPAM), “MP nas Universidades” (MPAM), “Júris Simulados” (MPAM), “MP no Rádio” (MPPR), “MP Responde” (MPPR), podem esclarecer a atuação dos membros do Ministério Público e atrair a sociedade como *stakeholder* importante. O efeito de retroalimentação sobre a instituição e seus membros é inegável, na medida em que eles não são colocados num pedestal, mas têm a garantia de receber a dose adequada de respeito necessária para que possam funcionar efetivamente.

Em estudo já clássico sobre a qualidade dos juízes e seu recrutamento, R. A. Leflar¹⁴ revela ângulos essenciais da educação do público em relação aos seus juízes (e por que não, de seus membros ministeriais):

Uma das maneiras mais seguras de obter um melhor desempenho, um desempenho máximo e bom por parte de qualquer servidor público é fazer com que ele saiba que

¹³ BREGMAN, Rutger. *Humanidade: uma história otimista do homem*. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Planeta, 5. reimp., 2021, p. 260–261.

¹⁴ LEFLAR, Robert A. The quality of judges. *Indiana Law Journal*, v. 35, n. 3, p. 289–305, 1960, p. 304.

um bom desempenho será compreendido e apreciado pelo público para o qual é prestado. Suspeito que a educação do público sobre a natureza e a função de nosso sistema legal, e especialmente de nossos tribunais, seja tão importante para o aprimoramento de sua qualidade quanto a educação dos próprios juízes¹⁵.

Na construção e manutenção da imagem do Ministério Público, como de qualquer outra instituição pública meritocrática, é a percepção razoável do povo que conta - e isso é tudo que conta.¹⁶ Esses agentes devem esperar ser o objeto de constante e crescente escrutínio público. Um Ministério Público protegido com uma forte reputação de conduta ética e profissional pode resistir a ataques de qualquer setor.

A manutenção de padrões elevados de profissionalismo e de ética é, sem qualquer dúvida, vetor importantíssimo para a legitimidade contínua do Ministério Público e seu acolhimento pelo público.

3. SELEÇÃO E FORMAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NUMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

O Ministério Público detém uma competência constitucional, ainda pouco explorada (em termos teóricos e práticos), que é a defesa do regime democrático (CF, art. 127, *caput*). A instituição faz apenas ato de presença na atribuição aludida, não desenvolvendo doutrinas nem teorias, de modo a extrair o máximo de efetividade de base normativa tão sólida. A competência parece encapsulada numa inércia exploratória, tanto teórica quanto prática.

Não é qualquer agente público que pode se apropriar dessa competência, que pressupõe, acima de tudo, um notável compromisso de lealdade com os princípios mais essenciais da democracia. Isso por uma razão muito simples: a competência de defesa democrática não se confunde com a simples defesa da ordem jurídica, tanto que a Constituição atribui, em separado, esta competência também ao Ministério Público. A defesa da democracia, guiada por uma convicção intensa e profunda, verdadeira consciência democrática, transcende

¹⁵ No original: “One of the surest ways to get better performance, maximum good performance, on the part of any public servant is to let him know that good performance will be understood and appreciated by the public for which it is rendered. I suspect that the education of the public as to the nature and function of our legal system, and particularly of our courts, is just about as important to the improvement of their quality as is the education of the judges themselves”.

¹⁶ MARKEY, Howard T. A need for continuing education in judicial ethics. *Valparaiso University Law Review*, v. 28, n. 2, p. 647-656, 1994, p. 653. Disponível em: <<https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1947&context=vulr>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

os limites gravitacionais do Estado, do governo de plantão e até da ordem jurídica posta (pois neste caso, até um burocrata de perfil antigo seria capaz de desincumbir-se).

Neste cenário, não se vive somente de teses e hipóteses, mas principalmente de convicções. E por este modo, os membros devem permanecer atentos o tempo todo para velar, com sua força intelectual e moral, pelos interesses da democracia, mantendo prudencial distanciamento do centro de gravidade política.

Numa sociedade democrática, plural e tolerante, é possível conviver com cidadãos céticos e até contrários (quando não, desleais) à agenda democrática¹⁷. A democracia é assegurada, conceitualmente, pela presença desses e de outros atributos essenciais. Mas tal quadro é absolutamente inaceitável para um membro do Ministério Público, pois para este agente público, a democracia (e sua defesa) não se coloca como uma opção ideológica ou política, mas como um dever de índole constitucional, supremo, irrenunciável, indisponível e irrecusável, que se impõe desde o recrutamento.

Um princípio de interpretação constitucional é o critério da *exatidão funcional*.¹⁸ Se a Constituição ordena a respectiva tarefa de defesa do regime democrático ao Ministério Público, o órgão interpretador da norma tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas; ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, ou até por omissão ou inércia, remover ou tornar letra morta a distribuição da função.

Na defesa da democracia e de sua consolidação, o membro ministerial se coloca como um mecanismo jurídico funcionalmente predisposto a executar tal tarefa, com total protagonismo, sem margem para dúvidas ou conflitos existenciais em torno de sua imanente lealdade ao sistema político forjado pela Constituição. Não teria muito sentido uma Constituição democrática criar mecanismos para garantir sua supremacia e estes mecanismos, por meio de seus agentes, atuassem contrariamente como energias desdemocratizantes ou não atuassem, reforçando o caráter simbólico de uma realidade normativa suprema.

A partir disso, como identificar os caracteres vocacionais mais adequados e imbuídos dessa elevadíssima atribuição constitucional? Ou como, continuamente, formar e reformar agentes ministeriais para manter o alinhamento e o engajamento com esse propósito

¹⁷ Isto não elide a evidência de que para a sobrevivência e prosperidade da democracia é crucial que o povo abrace valores democráticos, ou seja, acredite e seja fiel ao sistema. Se esta lealdade é rompida, mostrando-se o povo aberto e receptivo “a apelos autoritários, então, mais cedo ou mais tarde, a democracia vai ter problemas”. Ver LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 30.

¹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 67.

constitucional? De ambos os lados lançam-se os desafios: por um lado, os meios de recrutamento e de seleção; e de outro, a formação contínua.

A compreensão da democracia, em sua perene evolução, e sua prática diária, para uma instituição profissional como o Ministério Público, não se restringe à mera fiscalização da aplicação das leis e o correlato conhecimento técnico da ciência jurídica. Há a necessidade de inaugurar e consolidar uma estrutura cognitiva interdisciplinar envolvendo diversos ramos do conhecimento humano, como ciência política, sociologia, antropologia cultural, filosofia, psicologia social e cognitiva, teoria da informação, linguística, história, economia etc.

A sociedade moderna é caracterizada pela infiltração da ciência e tecnologia na vida social, com a aplicação cada vez mais abrangente de múltiplas disciplinas e tecnologias.¹⁹ A era de depender exclusivamente de uma única disciplina para solver os problemas está definitivamente ultrapassada. Cada setor do conhecimento se relaciona com outros e este contexto multirrelacional exerce decisiva influência sobre a vida em sociedade.

A profissionalização crescente do Ministério Público sob a perspectiva interdisciplinar apontada, impõe especialíssimos critérios para a seleção e a posterior formação continuada. Em princípio, o agente ministerial não deve ser apenas um técnico em ciência jurídica, pois suas atribuições superam a simples e mecânica aplicação das leis. Não parece certo que reduzir o horizonte técnico e científico de tal agente à simples dogmática jurídica seja suficiente para atender os desafios de quem tem o dever de defender a democracia e o interesse público ou social²⁰.

A defesa do regime democrático, tal como disposto no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, embora competência aparentemente simples quando observada em sua fria normatividade e feitiço semântico, tem sua peculiar complexidade. Além da “arquitetura cognitiva” interdisciplinar, exige também, correlatamente, saberes e habilidades que transcendem o convencional marco acadêmico, dogmático e teórico. Exige, acima de tudo, um compromisso deontológico para garantir que a dimensão semântica constitucional expresse um conteúdo prático e operativo, não se colocando apenas como uma infrarrealidade carente de

¹⁹ SU, Weili. How to use modern teaching methods to cultivate students' autonomous learning ability. *Open Access Library Journal*, v. 8, n. 3, p. 1–5, 2021, p. 4. Disponível em: <https://www.scirp.org/pdf/oalibj_2021032916325780.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

²⁰ Essas considerações aplicam-se tanto a membros do Ministério Público quanto do Judiciário. Daí porque, segundo Nalini, os cursos jurídicos não têm a função de fornecer juízes (ou agentes ministeriais) para a República. Estes devem ser preparados pelo próprio Poder Judiciário (ou Ministério Público), que tem função capacitada de incutir em seus integrantes a consciência profissional e a responsabilidade ética sem as quais não se exercerá a contento a missão de julgar (ou de executar as promessas constitucionais, no caso do Ministério Público). Ver NALINI, José Renato. Como recrutar magistrados? *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 67–82, mar./abr./maio 2014, p. 71.

sentido. É necessário que o mandamento constitucional, que em si é uma realidade normativa incondicionada, seja traduzido em efetiva entrega de resultados.

O conhecimento multidisciplinar de cambulha com saberes, experiências e habilidades pessoais, redefine, de forma contínua, o que é ser Ministério Público no desempenho de suas peculiares atribuições constitucionais e sociais, na compreensão de sua essência republicana, de sua origem democrática, de como funciona e de como cumpre seus deveres de guardiania constitucional. Toda essa deontológica formação profissional e intelectual leva a instituição e seus membros a um plano superior de consciência e de operacionalidade.

É certo que os problemas se estabelecem, e são resolvidos, dentro de contextos. Não é diferente com as competências constitucionais do Ministério Público, em especial a que se liga com a democracia. A contextualidade em que se insere o MP na defesa da democracia rompe os limites do sistema jurídico, admitindo questões a ele exteriores, cuja solução exige novas estruturas mentais e cognitivas. O Direito à escoteira e isolado, definitivamente, não logra solucionar os problemas concretos que angustiam o cidadão real.

4. A EDUCAÇÃO CONTINUADA COMO UM VALOR EMANCIPATÓRIO PARA O MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Após recrutamento e seleção rigorosos, o membro do Ministério Público precisa encontrar meios institucionais e pessoais para alavancar sua formação continuada e a capacidade de aprendizagem autônoma. Põe-se uma enorme desvantagem à instituição e ao profissional integrante quando, ao longo da carreira, não são oferecidos ou desenvolvidos meios de educação contínua.

O mundo e as diversas sociedades evoluem sem parar. Às vezes, debatem-se no seio de ideias contraditórias, superando problemas e encontrando as soluções correspondentes. A sociedade brasileira não é diferente, apresentando problemas urgentes que atazanam e angustiam, cotidianamente, as pessoas. Insegurança pública, altos índices de criminalidade, violência, corrupção, saúde, educação, meio ambiente, urbanismo, saneamento etc., são alguns problemas crônicos à espera de solução. Neste contexto, o membro do Ministério Público se insere como um “solucionador de problemas” e superador de aporias, devendo entregar as promessas de que a Constituição é pródiga e que correspondem a tantas outras capacidades

fundamentais que a democracia deve oportunizar a seu povo: saúde, segurança, alfabetização, conhecimento, liberdade de expressão, participação política, lazer, relações sociais etc.

Estudar e diagnosticar, com precisão, esses problemas crônicos, são os passos iniciais para encontrar e encaminhar soluções. Para isso, todavia, o membro precisa de uma contínua e imersiva atualização, não apenas em conhecimento técnico-jurídico, mas em habilidades, saberes e experiências sobre a realidade total, em que é chamado a agir²¹. A tendência profissional de uma instituição meritocrática como o MP é sempre melhorar sua ação no entorno social.

Essas habilidades referidas são aprendidas gradualmente e rapidamente esquecidas, o que reforça a necessidade da formação continuada, abrindo canais para consolidar as aquisições e adicionar outras ao patrimônio cognitivo sempre em expansão.

Como se não bastasse esse importante ganho pragmático, a educação continuada ao operar e desenvolver o raciocínio abstrato (ou potência abstrativa), contribui para apurar o senso moral²², limpar a mente de fantasias, de mistificações limitadoras e de uma versão simplificada do mundo. O processo cognitivo, ao descolar-se e apartar-se das particularidades/paixões confusas da própria vida e refletir: “Quais as causas de tamanha desigualdade social?”, ou “Como o mundo seria se todos fizessem isso?”, pode ser uma porta de entrada para a compaixão e a ética²³.

Os atos de reflexão desenvolvidos em sala de aula devolvem ao membro sua homeostase e autorregulação, alteradas inevitavelmente pelos estímulos constantes do entorno social e pelos hábitos vinculados ao tradicional pensamento comum. A evolução cognitiva e moral, a partir destes estudos e reflexões contínuos, emancipa o membro de antigas práticas tidas por dogmas, mantendo-o a tempo e hora com as lições mais atualizadas de um mundo em

²¹ Isso porque o saber científico, ainda mais quando necessariamente transversal, é sempre tentativo, em aperfeiçoamento contínuo. Ver SMOOT, George; DAVIDSON, Keay. *Dobras no tempo*. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Rocco, 1995, p. 12.

²² PINKER, Steven. *O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 293.

²³ Obviamente, não há uma correlação imediata e instantânea entre conhecimento técnico-científico e aumento da generosidade humana. Na verdade, o conhecimento técnico-jurídico não é suficiente para que o membro do MP leve uma vida profissional digna. A “barbárie da razão” pode ser mais selvagem que a barbárie do passado. E muitas vezes, há bons motivos para supor que o “radar” moral funciona *melhor* sob a pressão da experiência. A maioria dos norteamericanos só despertou para a imoralidade da guerra do Vietnã quando viu fotos de crianças vietnamitas queimadas pelo napalm americano. Ver ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 75.

constante mudança, ou, como diz Kolakowski²⁴, um mundo que se “transforma mediante saltos mutativos” e evolui por uma série de aperfeiçoamentos gradativos.

5. TEMAS E MATÉRIAS QUE DEVEM CONSTAR NOS CURSOS DE INGRESSO E VITALICIAMENTO

De acordo com a Resolução CNMP n. 146/2016, “os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Escolas ou órgãos similares farão a adaptação de seus programas, projetos e planos de formação às diretrizes emanadas pela Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público” (art. 10).

Todavia, como já dito neste estudo, os cursos oficiais para ingresso, formação inicial e vitaliciamento de membros do Ministério Público são montados levando em consideração as peculiaridades e as necessidades de cada unidade ministerial. A formação inicial deve atender a essas específicas situações. Este princípio é claramente observado pela Resolução do CNMP n. 271, de 25.09.2023 (que estabelece diretrizes gerais para os cursos oficiais para ingresso, formação inicial e vitaliciamento de membros do Ministério Público), em seu art. 2º., §único: “Ficam asseguradas a validade e a eficácia das normas específicas sobre cursos oficiais para ingresso, formação e vitaliciamento existentes em cada ramo e unidade do Ministério Público” (art. 2º., §único).

De qualquer modo, há temas que apresentam um corte transversal e universal, e nestes casos especiais, o CNMP, através de sua normativa, determina o encaixe na grade pedagógica das escolas. Abaixo seguem alguns exemplos:

a) Diretrizes, métodos e finalidade do atendimento público como dever institucional do membro do MP (Res. CNMP n. 205/2019, art. 8º., inciso VI), adotando itens expositivos como: simulações de atendimento ao público; protagonismo cidadão; cortesia e respeito; registro do atendimento; informalidade e simplicidade; quais informações coletar; medidas adotadas; encaminhamento.

b) Inclusão de Ética Profissional e do conteúdo do Código de Ética do Ministério Público Brasileiro (Res. CNMP n. 261, de 11.04.2023, art. 37, inciso II): Integridade Pessoal e Funcional; Independência e responsabilidade; Diligência, Dedicção e Presteza; Cortesia e

²⁴ KOLAKOWSKI, Leszek. *La presencia del mito*. Tradução de Gerardo Bolado. Madrid: Ediciones Cátedra, 1990, p. 15.

Respeito; Prudência e Motivação Racional; Sigilo Funcional; Conhecimento e Capacitação; Dignidade e Decoro; Educação continuada em ética profissional; Inteligência artificial e problemas éticos.

A maioria dos membros ministeriais que violam a ética própria à categoria o fazem por descuido devido à pressão do tempo, falha em reconhecer a questão ética, ou, até mesmo, por ignorância das regras de ética.²⁵ Obviamente, o descuido ou a ignorância das regras não é uma desculpa. No entanto, seminários sobre ética ministerial podem fornecer aos membros o tempo necessário para refletir, silenciosamente, sobre questões éticas e aprender as regras de ética e sua aplicação.

A educação em ética, tanto nos cursos de formação inicial quanto na formação continuada, para todos os membros do Ministério Público, é justificada pela natureza do assunto e sua importância para cada integrante da instituição (bem como para o público consumidor de seus serviços quanto para o próprio sistema de justiça). A ética não pode ser separada da função pública atribuída ao membro ministerial. Ela é da sua essência. Ninguém respeita ou tolera o antiético, e o respeito conquistado (não ordenado, comprado ou presumido) é vital à higidez de uma instituição com tantas e elevadas competências constitucionais visceralmente ligadas à defesa da democracia.

É óbvio que nenhuma instituição tem ética, mas sim as pessoas que a integram. As pessoas, membros integrantes do MP, carregam o nome da instituição. Quando um membro faz algo errado, isso reflete na instituição e, em última análise, na percepção pública da integridade de cada membro, individualmente considerado.

c) Prevenção, promoção e vigilância em saúde mental (Res. CNMP n. 265, de 03.07.2023, art. 17): formação específica sobre competências socioemocionais; bem-estar emocional; cuidados com a saúde física e mental; ética profissional; fatores psicossociais; riscos psicossociais; discriminação; assédio; gestão de pessoas e de competências; gestão de unidades; liderança; comunicação não-violenta; escuta ativa.

d) Violência de gênero e institucional (Recomendação CNMP n. 80, de 24.03.2021): definição de violência de gênero; contextualização da violência institucional; tipos de violência (física, psicológica, sexual, econômica); estatísticas sobre violência de gênero; fatores de risco e consequências; exemplos de violência institucional; impacto na sociedade e nas vítimas;

²⁵ MARKEY, Howard T. A need for continuing education in judicial ethics. *Valparaiso University Law Review*, v. 28, n. 2, p. 647-656, 1994, p. 650. Disponível em: <<https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1947&context=vulr>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

normas culturais e sociais; impunidade; melhoria dos serviços de apoio; educação e conscientização sobre gênero desde cedo.

e) Direitos da vítima e vitimologia (Recomendação CNMP n. 101, de 08.08.2023 e Resolução CNMP n. 243, de 18.10.2021): definição de vítima e seus diferentes tipos; priorização das vítimas mais vulneráveis; definição de fato vitimizante; assegurar direitos à informação, segurança, apoio, proteção física, patrimonial, psicológica, documental, participação e reparação dos danos; implementação de projetos e mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos; implementação de políticas de atuação em rede; estímulo a políticas públicas de prevenção à revitimização; criação de núcleos próprios de jurimetria para diagnóstico e produção de políticas eficazes; inclusão da vítima como meta de defesa institucional; encaminhamento de planejamento escalonado para implementação dos núcleos ou centros de apoio às vítimas; criação do portal informativo sobre os direitos das vítimas.

f) Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme Decreto nº 6.949/2009 (Recomendação CNMP n. 25, de 09.06.2014): definição de pessoa com deficiência; contextualização da importância dos direitos das pessoas com deficiência; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da ONU; papel da CDPD na proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência; Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil (Lei Brasileira de Inclusão); principais aspectos e garantias estabelecidos pelo Estatuto; direito à igualdade e à não discriminação; direito à acessibilidade; direito à saúde e reabilitação; garantia do acesso à educação para pessoas com deficiência; princípios da educação inclusiva; direito ao trabalho digno e inclusivo; incentivos e medidas de inclusão no mercado de trabalho; direito à acessibilidade em espaços públicos e privados; adaptações necessárias para garantir a mobilidade urbana; acesso a serviços de saúde especializados; programas de reabilitação física e psicossocial; importância da promoção da inclusão e do respeito aos direitos humanos para uma sociedade mais justa e igualitária.

g) Currículo mínimo (Res. CNMP n. 271/2023): o conteúdo, preferencialmente prático, acerca das leis orgânicas; a deontologia do Ministério Público; a atuação criminal, cível e eleitoral; os direitos fundamentais, humanos, de políticas públicas e da defesa da democracia; as resoluções e recomendações editadas pelo CNMP; a segurança institucional; os direitos, deveres e prerrogativas dos membros do Ministério Público e dos demais atores do Sistema de Justiça; a atuação resolutiva e as soluções alternativas de conflitos; a realidade social do respectivo estado; a gestão documental e de memória do Ministério Público; as rotinas

administrativas e o atendimento ao público; a prática em audiências extrajudiciais, judiciais e públicas; a gestão de gabinete e de unidades administrativas.

6. METODOLOGIA, CORPO DOCENTE, MONTAGEM DOS CURSOS E AVALIAÇÃO

Na construção de um membro do Ministério Público resolutivo e adequado ao tempo e à realidade social onde atuará, a metodologia de ensino e de formação deve ser inovadora e ativa, com etapas presenciais ou à distância, de cunho teórico-expositivo. O objetivo fundamental não é, simplesmente, incutir conhecimento nos alunos, mas desenvolver habilidades para cultivar a capacidade de aprendizado autônomo, preparando-os para a futura formação contínua.

O próprio caráter resolutivo e inovador que se pretende incutir no membro não depende exclusivamente do preparo intelectual. A teoria moderna de desenvolvimento de talentos sustenta que, embora as atividades inovadoras devam ser baseadas em um certo nível de inteligência, o fator inteligência não é a razão fundamental para o desenvolvimento e o sucesso do talento, que depende da formação e desenvolvimento da personalidade inovadora do indivíduo.²⁶ Enfim, o processo de inovação não é apenas um processo puramente intelectual, mas também inclui muitos fatores psicológicos de caráter e de personalidade. O cultivo de uma personalidade inovadora, portanto, dependerá muito mais de ideais ambiciosos, crenças firmes, emoções ricas, vontade forte, habilidade de autoestudo contínuo e outras qualidades e habilidades excelentes.

Tendo em vista esses propósitos, as práticas pedagógicas e educacionais devem proporcionar aos alunos um espaço de aprendizado amplo, flexível e criativo, incluindo aulas, aulas invertidas, debates, pesquisas, estudos de caso, grupos de trabalho, aprendizagem baseada em problemas, participação em eventos como oficinas, seminários, palestras, congressos e conferências, realização de simulações e visitas técnicas, e a observação de boas práticas desenvolvidas na instituição²⁷.

O corpo docente deve ser composto por membros do Ministério Público ou profissionais de outras instituições, desde que tenham notório saber na área de atuação (art. 8º.,

²⁶ SU, Weili. How to use modern teaching methods to cultivate students' autonomous learning ability. *Open Access Library Journal*, v. 8, n. 3, p. 1-5, 2021, p. 4-5. Disponível em: <https://www.scirp.org/pdf/oalibj_2021032916325780.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

²⁷ Resolução nº 39/2020-PGJ/MS, de 6 outubro de 2020, art. 8.

Res. CNMP n. 271/2023). O modelo recomendável a ser adotado pelos professores centra-se mais no aprendizado autorregulado que no ensino dirigido, onde o professor deixa de “falar” e passa a “orientar”, permitindo que os alunos se envolvam totalmente no processo de ensino. O estereótipo do aluno passivo e reativo é substituído por um acentuado protagonismo.

Não se exige dos professores que tenham apenas conhecimentos profissionais avançados, experiência e alto nível de ensino, mas também pensamentos e técnicas educacionais modernas. E como já sugerido, espera-se do docente um espírito mais organizador, instrutor, auxiliar e avaliador.

De acordo com a Res. CNMP n. 271/2023 (art. 4º, §único), os cursos serão promovidos pelos Centros de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional ou pelas Escolas Superiores, conforme o caso, no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, ou pela Escola Superior do Ministério Público da União, no âmbito da União, com a efetiva participação das Corregedorias-Gerais, tanto na fase da construção, quanto nas fases de realização, respeitada a autonomia pedagógica das escolas institucionais.

As associações de classe dos membros dos ramos e unidades do Ministério Público poderão participar do planejamento das atividades, assim como os Centros de Apoio Operacional ou outros órgãos semelhantes, em relação à área de atuação respectiva.

Após os cursos de formação inicial e de vitaliciamento, abre-se a desafiadora arte da avaliação, em que os efeitos do treinamento são avaliados, não os métodos. Uma abordagem profissional em relação à formação começa com a identificação das necessidades e dos objetivos de aprendizado. Ao analisar as necessidades de aprendizado, determina-se a lacuna entre o conhecimento e as habilidades existentes dos membros e aquelas que são necessárias, possibilitando o planejamento do curso. Os objetivos de aprendizado pretendidos descrevem o que os participantes devem saber ou ser capazes de fazer ao final do treinamento que não sabiam ou não podiam fazer antes. Os objetivos de aprendizado devem ser específicos, mensuráveis, alcançáveis, relevantes e oportunos.

Os objetivos e as necessidades estão intimamente relacionados aos métodos de ensino e entrega, e o docente, portanto, ao planejar uma atividade, também deve decidir sobre os métodos de entrega adequados para alcançar os resultados/objetivos necessários. O contexto e o significado da avaliação devem ser considerados para definir os objetivos de avaliação e escolher as ferramentas de avaliação apropriadas. Projetar a avaliação juntamente com os objetivos de aprendizado facilitará a decisão sobre quais dados precisam ser coletados e como fazê-lo. No entanto, antes de projetar uma avaliação, as seguintes perguntas sobre quais

ferramentas de avaliação usar devem ser feitas²⁸: a) Por que avaliar? b) O que avaliar? c) Quem avalia? d) Quando avaliar?

As ferramentas de avaliação dos cursos formativos são múltiplas e podem ser agrupadas exemplificativamente:

1- Pesquisa de satisfação: A intenção é obter *feedback* direto e rápido dos participantes da atividade formativa e pedagógica. O resultado deste tipo de avaliação é usado para melhorar o treinamento, revisar conteúdos ou trocar docentes/capacitadores. Esse tipo de avaliação proporciona uma boa ferramenta para comparar as opiniões dos participantes com a visão do coordenador, obtendo uma perspectiva holística do treinamento. Também os dados coletados na avaliação podem subsidiar a adoção de políticas institucionais internas.

O questionário de avaliação deve ser enviado ou entregue logo após o final da atividade, para que as primeiras reações dos participantes não desapareçam.²⁹ É recomendável que o maior número possível de participantes preencha o questionário de avaliação para obter o maior número de informações úteis. Enviar lembretes por e-mail e/ou não fornecer o certificado até que tenham preenchido o questionário de avaliação são duas maneiras de aumentar o número de respondentes.

2- Efetiva participação: O critério de avaliação de desempenho é binário, sendo aferido pela “participação efetiva” nas atividades pedagógicas (sobre um limite percentual estabelecido, normalmente acima de 80%) e “sem participação efetiva”, com índice de participação abaixo de 80%.

3- Projetos de pesquisa: Avaliação do processo de pesquisa e produção de conhecimento dos alunos por meio de projetos que exigem investigação independente e apresentação dos resultados.

4- Avaliação formativa: *Feedback* contínuo fornecido aos alunos durante o processo de aprendizagem para identificar áreas de melhoria e orientar o progresso.

5- Avaliação somativa: Avaliação realizada no final de um período de ensino para resumir o aprendizado dos alunos e atribuir notas ou classificações.

²⁸ EUROPEAN JUDICIAL TRAINING NETWORK (EJTN). *Judicial training methods: guidelines for evaluation of judicial training practices*. 2017. Disponível em: <<https://ejtn.eu/wp-content/uploads/2023/10/Handbook-JTM-guidelines-for-evaluation-of-judicial-training-practices-2017.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

²⁹ EUROPEAN JUDICIAL TRAINING NETWORK (EJTN). *Judicial training methods: guidelines for evaluation of judicial training practices*. 2017. Disponível em: <<https://ejtn.eu/wp-content/uploads/2023/10/Handbook-JTM-guidelines-for-evaluation-of-judicial-training-practices-2017.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2024.

Esses são apenas alguns exemplos de meios de avaliação pedagógica. A escolha do método de avaliação depende dos objetivos de aprendizagem, do conteúdo do curso e das preferências do formador.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os mecanismos de recrutamento, seleção e preparação predis põem-se a garimpar e polir as qualidades ótimas e estabelecer salvaguardas para minimizar ou neutralizar o impacto de qualidades indesejáveis, eventualmente negligenciadas no processo de seleção de membros do Ministério Público. As forças derivadas desses mecanismos têm o potencial de elevar os padrões institucionais de atuação funcional, descolando-os de um estado de inconsciência tradicional e pondo-os, a tempo e hora, à altura do contínuo fluxo de estímulos proveniente da vida social.

Representa, o membro do MP, o último degrau em uma escada cujo primeiro degrau é o recrutamento. Entre as fases de recrutamento, seleção e formação devem ser construídos elos lógicos, de modo a correlacioná-las produtivamente, uma sendo a continuação da outra (e não interagindo por mera agregação ou justaposição), para, no fim, criar as condições adequadas de educação continuada: a *lifelong learning*.

O agente ministerial do futuro será emancipado por uma qualificação contínua e diversa, devotado à pesquisa intelectual impelida por um desejo de autodesenvolvimento, aberto às mudanças, às novidades e às complexidades da vida moderna, e senhor delas, e não um passageiro ou espectador passivo. E neste elevado propósito, incumbe, constitucionalmente, aos Centros de Estudo e às Escolas Superiores institucionais formar e preparar esse profissional do futuro, a partir de experiências deontológicas inovadoras e superadoras da simples e mecânica aplicação das leis.

Ao manter um alto nível de qualificação profissional e ao trabalhar constantemente para elevá-lo ainda mais, desafiando a capacidade humana de autoaperfeiçoamento, tanto o Ministério Público, como instituição, quanto os membros, individualmente, se beneficiarão. Esse profissional qualificado funciona como unidade fundante da resolutividade institucional, tendo o domínio de sua própria vida funcional e sendo o autor de sua própria experiência de espaço público. Uma vida profissional mais consciente é a melhor que se adapta ao perfil multiforme da instituição ministerial.

Embora uma imagem imponente aos olhos do público seja importante para o Ministério Público e, em certas ocasiões, até determinante, eleva-se ainda em maior relevo seus próprios valores institucionais, sua identidade e seus métodos de legitimidade. Os caminhos ainda não percorridos e os desafios que se abrem de par em par, colocam a instituição na contingência de encontrar em si e nas suas origens históricas a plena realização de seus fins e o rumo certo para entregar os resultados tão ansiados pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BREGMAN, Rutger. *Humanidade: uma história otimista do homem*. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Planeta, 5. reimp., 2021.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EUROPEAN JUDICIAL TRAINING NETWORK (EJTN). *Judicial training methods: guidelines for evaluation of judicial training practices*. 2017. Disponível em: <https://ejtn.eu/wp-content/uploads/2023/10/Handbook-JTM-guidelines-for-evaluation-of-judicial-training-practices-2017.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2024.

FERRATER MORA, José. *Fundamentos de filosofia*. Madrid: Alianza Universidad, 1985.

FICHTE, Johann Gottlieb. *O destino do erudito*. Tradução de Ricardo Barbosa. São Paulo: Hedra, 2014.

GALDÓN, Lorena Sierra et al. *Estrategias de aprendizaje basadas en la modelización matemática en educación secundaria obligatoria*. In: JAEM – Jornadas sobre Aprendizaje y la Enseñanza de las Matemáticas, 15., 2011. Anais [...]. [S.l.]: FESPM, 2011. Disponível em: https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/12689/Ponencia_XVJAEM_v2.pdf. Acesso em: 11 mar. 2025.

HACKER, Friedrich. *Agressividade: a violência no mundo moderno*. Tradução de Maria Emília Ferros Moura. Lisboa: Livraria Bertrand, 2. ed., 1981.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KOLAKOWSKI, Leszek. *La presencia del mito*. Tradução de Gerardo Bolado. Madrid: Ediciones Cátedra, 1990.

LEFLAR, Robert A. The quality of judges. *Indiana Law Journal*, v. 35, n. 3, p. 289–305, 1960.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARKEY, Howard T. A need for continuing education in judicial ethics. *Valparaiso University Law Review*, v. 28, n. 2, p. 647–656, 1994. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1947&context=vulr>. Acesso em: 19 mar. 2025.

MCBRIDE, Jeremy; PEARSON, John. *Comparative study on initial training for public prosecutors*. Strasbourg: Council of Europe, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/comparative-study-prosecutors-initial-training-eng/16807255ed>. Acesso em: 17 fev. 2025.

MUNIZ-ARGUELLES, Luis; FRATICELLI-TORRES, Migdalia. Selection and training of judges in Spain, France, West Germany, and England. *Boston College International & Comparative Law Review*, v. 8, n. 1, 1985. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254563969_Selection_and_Training_of_Judges_in_Spain_France_West_Germany_and_England. Acesso em: 23 fev. 2025.

NALINI, José Renato. Como recrutar magistrados? *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 67–82, mar./abr./maio 2014.

PINKER, Steven. *O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SMOOT, George; DAVIDSON, Key. *Dobras no tempo*. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

SU, Weili. How to use modern teaching methods to cultivate students' autonomous learning ability. *Open Access Library Journal*, v. 8, n. 3, p. 1–5, 2021. Disponível em: https://www.scirp.org/pdf/oalibj_2021032916325780.pdf. Acesso em: 20 mar. 2025.