

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Bruno Ricardo Cyrilo Pinheiro Machado Cogan

***NEGOCIAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL E SISTEMA  
JURÍDICO BRASILEIRO***

Mestrado em Direito

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Bruno Ricardo Cyrilo Pinheiro Machado Cogan

***NEGOCIAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL E SISTEMA  
JURÍDICO BRASILEIRO***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva

Mestrado em Direito

São Paulo

2013

Banca Examinadora

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

*A minha mãe*, por provar na prática a doutrina do amor incondicional, por mais que eu a ponha a prova constantemente,

*A meu pai*, pela mostra de correção e dedicação que uma vida exige, pelo e discreto mas sempre presente carinho,

*Aos meus avós paternos*, pelo carinho, exemplo e mostra de vida,

*Aos meus irmãos*, por mostrar-me a graça da vida,

*Ao professor Marco Antonio Marques da Silva*, pelas incomparáveis preleções nos bancos da Pós-Graduação, e fora dela,

*Ao professor Cláudio José Langroiva Pereira*, de ótimo coração e sempre presente,

*Aos colegas de trabalho da Polícia Civil de São Paulo*, que muito me ensinam de um mundo sofrido.

*O acesso à verdade é deveras difícil. Nesse caminho áspero, os grandes muitas vezes tropeçam; que dizer dos pequenos? Entretanto, é a ventura de atingir o objetivo que impulsiona irresistivelmente as vocações. Um obstáculo ultrapassado – mínimo que seja – representa um passo à frente. Esse, o nosso esboço decidido. Ainda que em vão, vale a tentativa.*

*MOREIRA ALVES, José Carlos. Estudos de Direito Romano, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2009, p. 30.*

COGAN, Bruno. *Negociação no Inquérito Policial e Sistema Jurídico Brasileiro*, 161p. Dissertação (dissertação de mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

## **RESUMO**

O trabalho científico visa produzir conhecimento. Isso não se questiona. Mas a que se voltará este conhecimento, ou mesmo se possui alguma finalidade, é pergunta que se deve ser feita *ex ante* qualquer atividade.

A resposta ressoa: todo conhecimento deve ser voltado a dar instrumento, tecnologia para melhorar a vida das pessoas. Em Direito, põe-se em termos técnicos: é assistir a justiça, a democracia, a dignidade humana, segurança. Contudo, estes elementos básicos --justiça, democracia, dignidade da pessoa humana, segurança-- possuem grande fluidez, que não permite extrair-lhes um significado preciso. Fenômeno que se verifica nos grandes temas: pessoa, sociedade, Estado, Direito, Estado de Direito, Democracia. Sempre tomando visão unitarista de mundo.

Por isso, necessário introduzir advertências metodológicas, e a opção por analisar estes institutos sob sua forma e função, para chegar-se, de abstrações até conteúdos muito precisos e contextualizados. E ao fim propor solução para combate democrático à criminalidade atual, em especial a organizada. E assim estudar as possibilidades de negociação no inquérito policial, principal meio de investigação no Direito Processual Penal Brasileiro.

Palavras-chave: *Estrutura - Função - Estado e Direito - Estado Democrático de Direito - Direito-Processo Penal Constitucional – Inquérito Policial e Ação Penal – Negociação.*

COGAN, Bruno. Negotiation in Police Investigation and Brazilian Legal System, 161p. Dissertation (Master degree in Law). Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

## **ABSTRACT**

The scientific work aims to produce knowledge. This is not put into question. Although what is the purpose of that work, or if there is any purpose at all, is a question that must be made *ex ante* any task.

The answer resounds: all knowledge must be turned to the instrument, technology in order to improve people's lives. In legal terms, this should be put in technical terms: improving justice, democracy, human dignity, certainty. However, these basic elements - justice, democracy, human dignity, certainty - have great fluidity, which does not allow them to extract a precise meaning. Same phenomenon occurs in the large themes: people, society, State, Law, State of Law, and Democracy. Witch shall be studied in Unitarian philosophical view of the world.

Therefore it is necessary to introduce certain methodological warnings, and it explains the option for analyzing these institutes under the attributes of form and function, starting from abstractions up to very precise and contextualized content of those institutes; in order to propose solutions for fighting crime in a democratic way, especially organized crime. And therefore it is to be studied the possibilities of negotiation within the police investigation in Brazilian Criminal Procedural Law.



Key Words: *Structure - Function - State and Law – Democratic State of Law – Constitutional Criminal Process – Police Investigation e Criminal Law Suit – Bargaining.*

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2. A FILOSOFIA E A ABORDAGEM METODOLÓGICA.....</b>	<b>17</b>
<b>3. ESTRUTURA.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1. O Ser Humano.....</b>	<b>28</b>
<b>3.2. Sociedade.....</b>	<b>39</b>
<b>3.3. Estado e Direito.....</b>	<b>44</b>
<b>3.3.1. O Estado.....</b>	<b>45</b>
<b>3.3.2. O Direito.....</b>	<b>59</b>
<b>3.3.3. Nossa visão.....</b>	<b>63</b>
<b>3.4. Estado de Direito.....</b>	<b>68</b>
<b>3.5. Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>70</b>
<b>3.6. Processo Penal.....</b>	<b>73</b>
<b>4. FUNÇÃO.....</b>	<b>78</b>
<b>4.1. O Ser Humano e a Sociedade.....</b>	<b>80</b>
<b>4.2. Estado e Direito.....</b>	<b>83</b>
<b>4.3. Estado de Direito.....</b>	<b>89</b>
<b>4.4. Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>91</b>
<b>4.5. Função do Processo Penal.....</b>	<b>94</b>
<b>4.6. Nossa Posição.....</b>	<b>97</b>
<b>5. A NEGOCIAÇÃO NO INQUÉRITO.....</b>	<b>98</b>
<b>5.1. Fundamentos da Negociação no Inquérito.....</b>	<b>100</b>
<b>5.1.1. Bases filosóficas.....</b>	<b>100</b>
<b>5.1.1.1 Jeremy Bentham.....</b>	<b>100</b>
<b>5.1.1.2. John Stuart Mill.....</b>	<b>103</b>
<b>5.1.1.3. A questão ética na <i>negociação</i> .....</b>	<b>105</b>
<b>5.2. Polícia.....</b>	<b>109</b>
<b>5.3. Ministério Público.....</b>	<b>115</b>

5.4. Poder Judiciário.....	119
5.5. Bases jurídico-axiológicas.....	120
6. LEI 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013.....	126
7. CONCLUSÃO.....	147
8. REFERÊNCIAS.....	151

## 1. INTRODUÇÃO

Partindo de um estudo sobre forma de Sociedade, Direito, Estado e Direito Processual Penal, busca-se expor que tais institutos estão intrincados de maneira que não podem ser entendidos separados uns dos outros --mesmo numa análise que se abstém do conteúdo.

E sabendo o que são, poder-se-á contextualizá-los, para entender o Direito Brasileiro, o Estado Brasileiro e o Direito Processual Brasileiro. Tudo sob o contexto em que se escreve a presente obra, ou seja, em clima de avanço econômico repleto de injustiça social, de reconstrução política pós-ditadura militar permeada de oligarquias que se mantêm desde os tempos dos coronéis, e de aumento (ou revelação) da criminalidade organizada e institucional.

Especificamente, guiar-se-á o desenvolvimento desta linha, desde grandes questões --digamos talvez filosóficas e, certamente, ideológicas-- até a conclusão e proposta particulares acerca de tema pontual: a negociação no inquérito policial.

Assim é que se pretende concluir e propor pela possibilidade de, na investigação, especificamente no inquérito policial, que é o sustentáculo ordinário da ação penal, pela possibilidade de negociar-se com suspeitos de crimes ou indiciados, trazendo o Ministério Público e a Polícia Judiciária para unirem-se, cada qual em seu mister, ligados pela atividade funcional peculiar que exercem e pelo ideal do bem comum.

E a negociação terá por base o direito positivo tal qual se encontra: o Ministério Público, titular da ação penal pública (a qual abarca a grande

maioria de delitos dos textos jurídico-penais) e de fiscal da Lei; e a Polícia Judiciária, responsável por investigar e apurar infrações penais.

Tanto as exposições estruturais do direito como a funcional embasam a proposta, em nossa opinião. Assim que será possível negociar com um investigado, em troca de informações valiosas, com a consequência de não o denunciar, em contrapartida de ter o Estado informações que permitam agir com vigor contra a corrupção, o crime organizado ou outras formas de ilicitude (penal) que se faça necessário e razoável.

Primeiro, repercutir-se-á a visão formalizada. Partindo da estrutura em que se fundamenta o Direito Processual Penal Brasileiro vigente, no caso de o Ministério Público não dar denúncia em face de suspeito de cometer crime de ação penal pública, não haverá o que se fazer, não existirá qualquer outra medida para se lhe apurar responsabilidade penal (ressalvada a ação penal privada subsidiária da pública, *no caso de inércia do Parquet*). Está-se frente ao chamado *limite do Direito*, porquanto a deflagração da ação penal é incumbência deste Órgão, e deste Órgão apenas.

Num segundo plano, exposto o mecanismo em sua estrutura, resta verificar da licitude; afinal, a estrutura não está ontologicamente restrita a uma função. Exigir-se-á, com efeito, ponderação adequada dos valores constitucionais envolvidos no caso concreto, de modo a se realizar da melhor maneira possível a própria axiologia jurídico-constitucional. Especificamente, a necessidade de punição dos criminosos individuais e a realização da segurança pública como um todo.

Noutras palavras: se pela forma do sistema jurídico apenas o Ministério Público inicia a ação penal pública, isso não lhe garante poder discricionário. Insta agir autorizado pelos princípios constitucionais, de modo a tornar lícito o não oferecimento de denúncia.

Para findar, cumpre anotar sobre a dinâmica da proposta. Presente numa investigação policial a possibilidade de ser empregada, o presidente do inquérito policial deverá comunicar-se com o promotor natural e expor-lhe as vantagens deste negócio, bem como as desvantagens. Sendo recomendada, o membro do Ministério Público de primeira instância deverá oferecê-la ao investigado, sobrestando o inquérito policial em relação a este investigado, sempre sob condição de fornecer material de inteligência.

Todavia, dada a gravidade da medida, essa não deve ser tomada isoladamente. Até porque se arriscaria criar um mecanismo mais perigoso (se malversado) do que útil. Por isso, deverá ser exposto à apreciação do Procurador-Geral.

Em relação a esta aprovação pelo Chefe da Instituição, parece adequada porque é a consequência natural de um reexame de qualquer matéria *interna corporis*. Esse é o motivo da revisão dos atos ser apreciada por membros de hierarquia superior num mesmo órgão, ultimando sempre na chefia da Instituição ou em outro órgão com imbuído dessa função. Em relação ao Ministério Público, o Direito Positivo apresenta três possibilidades: revisão pelo Procurador Geral, por um membro de superior instância (como o Corregedor Geral) ou por um órgão colegiado (Conselho Superior do Ministério Público, Colégio de Procuradores).

Na verdade, não se usaria o artigo 28, do Código de Processo Penal, por analogia, mas a própria estrutura do Ministério Público e a função do Procurador Geral como promotor de justiça último da Instituição. Ou mesmo a revisão pelo Conselho Superior do Ministério Público, à imagem do artigo 9º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 --Lei de Ação Civil Pública; esta teria a vantagem, e igualmente a desvantagem, de dar maior publicidade ao ato em relação àquela.

Também se preferiu essa medida à apreciação judicial, como na promoção do arquivamento do inquérito policial, por se entender que esta análise judicial é anômala ao Poder Judiciário, refugindo à função jurisdicional --sua verdadeira atividade típica.

Ao final da elaboração deste trabalho, sobreveio a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, publicada no Diário Oficial da União em 5 de agosto de 2013, cuja vigência iniciar-se-á quarenta e cinco dias da publicação. Este texto define organização criminosa e, entre outras disposições, traz meios de obtenção de prova, inclusive a colaboração premiada (Capítulo II, Seção I, da Lei). Neste ponto há, além de causas de diminuição e extinção da punibilidade pelo perdão judicial, prerrogativa de não oferecimento de denúncia (artigo 4º, §4º, da Lei).

Duas consequências desta inovação normativa. Primeiro, possui requisitos diversos dos defendidos nesta dissertação, a serem analisados oportunamente. Segundo, ao tempo do depósito deste trabalho, não entrou em vigor, de modo que tem mera expectativa de autoridade jurídica, não produzindo efeitos durante a *vacatio legis*.

Lembre-se do acontecido com o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969). Publicado no Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969, deveria entrar em vigor na data de 1 de janeiro de 1970; prorrogada para 1 de agosto de 1970 (Lei nº 5.573, de 1 de dezembro de 1969, publicada no dia seguinte); depois sucessivamente para 1 de janeiro de 1972 (Lei nº 5.597, de 31 de julho de 1970, publicada no mesmo dia); 1 de janeiro de 1973 (Lei nº 5.749, de 1 de dezembro de 1971, publicada no dia seguinte); 1 de janeiro de 1974 (Lei nº 5.857, de 7 de dezembro de 1972, publicada no dia 12); 1 de julho de 1974 (Lei 6.016, de 31 dezembro de 1973, publicada em 3 de janeiro de 1974, com início de vigência em 1 de julho de 1974); para a data em que entrasse em vigor o

novo Código de Processo Penal --Projeto 633/75 do Poder Executivo, que tramitava na Câmara dos Deputados, retirado de pauta-- (Lei 6.063, de 27 junho de 1974, publicada no mesmo dia); sendo definitivamente revogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978, publicada no dia 13 [salvo quando exposto, as leis entraram em vigor na data da publicação].



## 2. A FILOSOFIA E A ABORDAGEM METODOLÓGICA

O presente trabalho traz sugestão de mecanismo, por ora, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos de maneira expressa. Qual seja, a possibilidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal quando houver efetivo interesse e vantagem em obter informações de suposto autor de infração penal acerca de outros ilícitos (mais graves).

Tal sugestão não pressupõe qualquer alteração legislativa, senão pela possibilidade de interpretar, dentro dos textos legislativos vigentes, a normatividade posta no sentido de realizar o bem público. E o meio para tanto será o de aplicação da *técnica de ponderação*, de maneira a avaliar os princípios jurídicos aplicáveis ao caso, e, conseqüentemente, os valores envolvidos, resultando em particular prevalência num caso específico.

E sendo, no acontecimento concreto, o valor *segurança pública* o prevalente, legítima --e lícita, como entendemos-- será a negociação no inquérito policial.

E realizar esta interpretação não seria aceitável sem contextualizar o inquérito policial como principal peça para a promoção da ação penal, a qual é o único mecanismo que permite a condenação criminal e aplicação de pena<sup>1</sup>. Mas, antes do inquérito policial e da ação penal, está o Processo Penal e o Direito Processual Penal. E ainda assim, antes do Direito Processual Penal está o Direito em si.

---

<sup>1</sup> Não temos a transação penal (artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995) como aplicação imediata de pena criminal, senão como realização de obrigação --muito mais próxima do negócio jurídico civil de fazer, não fazer ou dar, do que sanção criminal--, ainda que tenha repercussão na esfera penal. Impróprio, pois, a expressão usada pela própria Lei 9.099/95 de “aplicação imediata de pena”, sendo preferível o termo empregado na Constituição Federal de 1988, “transação” - artigo 98, inciso I;

Com efeito, contextualizar o Direito implica em contextualizar a sociedade e sua cultura; apenas assim poder-se-á rumar para noção de Estado, Estado de Direito e Estado Democrático de Direito.

Ora, o observador que observa, o espírito que pensa e concebe, são indissociáveis duma cultura, e portanto de uma sociedade *hic et nunc*. Todo o conhecimento, mesmo o mais físico, sofre uma determinação sociológica. Existe em toda a ciência, mesmo na mais física, uma dimensão antropossocial. *A realidade antropossocial projeta-se e inscreve-se precisamente no cerne da ciência física.*<sup>2</sup>

Para Edgar Morin há uma relação circular entre física, biologia e antropossociologia.<sup>3</sup> Tanto importante esta visão holística quando se tratar de objetos culturais, como Direito e Estado, uma vez que sofrem da própria relatividade axiológica que os constituem.

Exatamente este é o foco: partindo das noções de Direito e de Estado, seguir-se-á para Estado de Direito e Estado Democrático de Direito; apenas assim, será possível analisar *como* os postulados da Constituição Federal de 1988 hão de ser trabalhados no sentido de se permitir negociação no inquérito policial se houver efetivo interesse e vantagem em não se processar um suspeito em troca de informações. Sempre com vista à realização de valores jurídico-positivos e na realização do bem comum.

Aristóteles já demonstrou a importância de separar os temas complexos em suas partes simples, para então estudá-los.

Disso [as formas de governo] nos convencemos se examinamos a questão segundo o método analítico que nos guiou. Assim como em outros assuntos, somos obrigados a dividir o composto até que cheguemos a elementos absolutamente simples como representando as

---

<sup>2</sup> MORIN, Edgar. *O Método. I. A Natureza da Natureza*, 2ª ed., tradução de Maria Gabriela de Bragança, s/ cid., Portugal: Publicações Europa-América, 1977, p. 15.

<sup>3</sup> *O Método. I. A Natureza da Natureza*, 2ª ed., tradução de Maria Gabriela de Bragança, s/ cid., Portugal: Publicações Europa-América, 1977, p. 15.

partes mínimas do todo, do mesmo modo, examinando a cidade nos elementos que a compõe, saberemos melhor em que eles diferem, e se é possível reunir esses conhecimentos esparsos para deles formar uma arte.

Estudaremos, nesse assunto, como nos outros, a origem e o desenvolvimento dos seres. É melhor método que se pode adotar.<sup>4</sup>

Busca-se aqui atentar-se à advertência de Baruch de Espinosa, de que o erro não é falta de conhecimento, mas apenas sua parcialidade ou a simples justaposição de partes; sendo que o método, como instrumento de orientação da ideia, deve guiá-la no sentido da correção.

[36] Como, pois, a verdade não necessita de nenhum sinal, mas basta ter as essências objetivas das coisas, ou, o que dá na mesma, as ideias, a fim de que se tire toda a dúvida, daí se segue que não é o verdadeiro método procurar o sinal da verdade depois de adquirir as ideias, mas que o verdadeiro método é o caminho para que a própria verdade ou as essências objetivas das coisas ou as ideias (tudo isso quer dizer o mesmo) sejam procuradas na devida ordem. [37] Ainda uma vez, o método necessariamente deve falar de raciocínio e intelecção, ou seja, o método não é o próprio raciocinar para inteligir as causas das coisas e muito menos é o inteligir as causas das coisas, mas é o inteligir o que é a ideia verdadeira, distinguindo-a de outras percepções e investigando a natureza dela, para daí conhecer a nossa potência de inteligir e coibir nossa mente de tal modo que, segundo essa norma, entenda tudo o que deve ser entendido, dando, como meios auxiliares, regras certas e também fazendo com que a mente não se canse com inutilidades.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, São Paulo: Escala, s/a, p. 13.

<sup>5</sup> ESPINOSA, Baruch de. *Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político*; seleção de textos Marilena Chauí; tradução Marilena Chauí, Carlos Lopes de Mattos e Manuel de Castro. 4ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 50.

No mesmo sentido se tem defendido recentemente a complexidade do conhecimento, que não poderia ser enfrentada apenas pela ótica de um enfoque isolado.

Desde a concepção do cartesianismo<sup>6</sup>, que pregava a dúvida eterna, a secção dos problemas em partes menores para análise, o dualismo entre espírito e matéria, nunca a sociedade ocidental conseguiu um método que lhe trouxesse tanto avanço tecnológico. E tão bem sucedido foi que perdurou de maneira hegemônica desde sua concepção inicial por Rene Descartes, fundador da filosofia moderna, até o século XX.

Apenas recentemente é que se percebeu que a sociedade não pode prescindir do conhecimento multidisciplinar, ou transdisciplinar. Isto é, o conhecimento especializado, mas alienado da complexidade dos fenômenos, trará soluções frágeis e incompletas --mas não no sentido da natural incompletude e provisoriedade do conhecimento, senão numa patente miopia da realidade.

Se a noção de conhecimento se diversifica e multiplica ao ser é considerada, podemos legitimamente supor que ela comporta em si diversidade e multiplicidade. A partir daí, o conhecimento não se poderia reduzir a uma única noção, como informação, ou percepção, ou discriminação, ou ideia, ou teoria; antes se deve conceber nele vários modos ou níveis, aos quais corresponde cada um destes ramos. (...)

Assim, todo o conhecimento cognitivo necessita de conjunção de processos energéticos, elétricos, químicos, fisiológicos, cerebrais, existenciais, psicológicos, culturais, linguísticos, lógicos, ideais, individuais, coletivos, pessoais, transpessoais e impessoais, que se engrenam uns nos outros. O conhecimento é, portanto, um fenômeno multidimensional, no sentido em que é, de maneira inseparável, ao

---

<sup>6</sup> RUSSEL, Bertrand. *Obras Filosóficas*. Livro terceiro, 3ª edição, tradução de Breno Silva, São Paulo: Companhia Editor Nacional, 1969, p. 82-94.

mesmo tempo físico, biológico, cerebral, mental, psicológico, cultural, social.<sup>7</sup>

Por isso é que se deve iniciar um trabalho nos grandes temas para atingir-se uma questão tão específica<sup>8</sup> como a negociação no inquérito policial; de modo a criar conhecimento contextualizado da realidade.

As questões fundamentais são abandonadas como questões gerais, isto é, vagas, abstratas, não operacionais. A questão original que a ciência roubou à religião e à filosofia, para assumi-la, a questão que justificou a sua ambição de ciência: ‘Que é o homem, que é o mundo, que é o homem no mundo?’, é atualmente remetida pela ciência para a filosofia, sempre incompetente aos seus olhos por mitomania inveterada. Abandona todas as questões fundamentais aos não sábios, a priori desqualificados.<sup>9</sup>

Por ciência entendo o conjunto dos conhecimentos em função de princípios; para tanto, o princípio ordenador não deve ser entendido como aditamento externo do conhecimento, mas como esquema de interpretação dentro do qual dados -que de outro modo estariam isolados- ordenam-se reciprocamente, adquirindo somente nesse momento o caráter de conhecimento. (...) Todo conhecimento depende do contexto.<sup>10</sup>

E de pronto se põe outra questão: qual o papel da ciência na produção de conhecimento? Desde a aposição das bases da ciência, debate-se se o conhecimento deve se pautar por si mesmo ou por um fim social. Com

---

<sup>7</sup> MORIN, Edgar. *O Método.III/1. O conhecimento do conhecimento*, tradução de Maria Gabriela de Bragança, s/ cid., Portugal: Publicações Europa-América, 1986, p. 15.

<sup>8</sup> Afirma São Tomás de Aquino: “Sendo óbvio que é a partir das coisas compostas que se deve chegar ao conhecimento das coisas simples, e das posteriores chegar às primeiras, para que, partindo das noções mais fáceis, a exposição seja mais ordenada, por esta razão cumpre-nos partir do conceito de *ente* para depois atingir a *essência*.” (AQUINO, São Tomás, *O Ente e a Essência*, tradução de Luiz João baráúna, em *Os Pensadores*, v. VIII, Santo Tomás de Aquino, Dante Alighieri e John Duns Scot e e William of Ockham. seleção de textos, 1ª edição, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 09)

<sup>9</sup> MORIN, Edgar. *O Método. I. A Natureza da Natureza*, 2ª ed., tradução de Maria Gabriela de Bragança, s/ cid., Portugal: Publicações Europa-América, 1977, p. 16.

<sup>10</sup> JAKOBS, Gunther. *Ciência do Direito; e, Ciência do Direito Penal*, tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, SP: Manole, 2003, p. 5.

intensidade se notou tal debate na física, em que Max Planck que se negasse conotação antropológica, sendo combatido por Schroedinger, para quem “Todo estudo é dirigido ao Homem, até o estudo da Física”.<sup>11</sup>

Ora, nossas instituições, nossas leis, costumes, todos os nossos valores se baseiam em sentimentos inatos de justiça. Existem e se manifestam em todos os homens. Mas as organizações humanas, caso não se apoiem e se equilibrem sobre a responsabilidade das comunidades, são impotentes. Devo despertar e sustentar este sentimento de responsabilidade moral; é um dever em face da sociedade.

Hoje os cientistas e os técnicos estão investidos de uma responsabilidade moral particularmente pesada, porque o progresso das armas de extermínio maciço está entregue à sua competência. Por isto julgo indispensável a criação de uma “sociedade para a responsabilidade social da ciência”.<sup>12</sup>

Mais. Num mundo capitalista, globalizado, voltado para produção de resultados, a ciência é vista como fonte de proventos --materiais, leia-se: a lógica empresarial infiltra-se no âmbito científico e acadêmico de modo pernicioso. Desta forma, por vezes, perde-se de vista a verdadeira função da ciência.

O modelo no qual repousa a cientometria é o do “*inputs/outputs*” (“entradas/resultados”). A ciência funciona porque são realizados investimentos que permitem o desdobramento das atividades científicas (*inputs*). Estas produzem resultados que são suscetíveis de ter impacto (*outputs*). A estatística oficial da ciência centrou-se durante muito tempo sobre a mensuração de *inputs*. Outros provedores em estatística sobre a ciência (as empresas e os próprios universitários) concentram-se mais na mensuração de *outputs*; hoje em

---

<sup>11</sup> Citado em ARAÚJO, Vandyck Nóbrega. *Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: 1986, p. 11.

<sup>12</sup> EINSTEIN, Albert. *Como Vejo o Mundo*, tradução H. P. de Andrade, ed. especial, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 20-21.

dia, esses impactos são amplamente levados em consideração (cf. Godin & Ratel, 1999).<sup>13</sup>

É neste sentido, de desenvolver ciência voltada para o homem, que se desenvolve o tema, posto que há necessidade da Polícia e demais órgãos da Justiça realizarem suas atividades com eficiência e sem se exporem pessoalmente para atingir a finalidade precípua de sua atividade: a segurança pública.

E, como forma preferida de estruturação desta dissertação escolheu-se a separação dos temas em partes principais: (i) estrutura, (ii) função e (iii) tema em particular<sup>14</sup>. Sempre que possível, buscou-se mostrar como o direito está inserido em um campo maior, que é o social; e mesmo o social encontra-se disposto em um campo ainda maior, que é o universo mesmo<sup>15</sup>. Daí a importância de se aproveitar avanços e descobertas de outras áreas do conhecimento sempre que possam engrandecer o Direito vivo.

O conhecimento humano apoia-se em relações. Vivemos entre manifestações múltiplas, caloríferas, luminosas, elétricas, dinâmicas, de energia biológica e social; não penetramos a natureza das coisas. Lá onde utilizamos vários conhecimentos de relações, para satisfazer necessidades da vida, quase nada percebemos do que constitui a

---

<sup>13</sup> SHINN, Terry; RAGOUE, Pascal. *Controvérsias sobre a Ciência: por uma sociologia transversalista da atividade científica*, tradução de Pablo Rubén Mariconda e Sylvia Gemignani Garcia, São Paulo: Associação Filosófica Scientia Studia: Editora 34, 2008, p. 45-45

<sup>14</sup> Foi de importância para tal manejo do tema a obra de Norberto Bobbio, *Da Estrutura à Função (A Era dos Direitos)*, tradução Carlos Nelson Coutinho, 10ª tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004), em que analisa além da estrutura do Direito, com forte fundo kelseniano (que ocupou o início da produção do jurista), a função do Direito. Também nos influenciaram as obras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Garra, Mão e Dedo* (1ª edição, revisto e prefaciado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2002) e *O Problema Fundamental do Conhecimento* (Porto Alegre: Livraria do Globo, 1937).

<sup>15</sup> “Além do evolucionismo de Darwin apresentar o homem como apenas mais um ser vivo presente na Terra, sem nada que o colocasse em posição de superioridade relativa aos outros animais, havia ainda o fato de que o mecanicismo da seleção natural abolia completamente qualquer explicação de cunho teleológico (que supõe finalidade para todos os fatos). Como um processo aleatório, sem qualquer finalidade implícita, a evolução havia caminhado de um ser primário em direção à diversidade atual.” (BRAGA, Marco. GUERRA, Andreia. REIS, José Cláudio. *Breve História da Ciência moderna*, vol 4: A Belle-époque da ciência (séc. XIX). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 122-123)

essência do calor, da luz, da eletricidade, da vida, da sociedade. Aliás, nada é, para o sábio, a essência, porque, por definição, sabe o próprio investigador que também entre ele e o mundo há intransponível relação, que é a do próprio conhecimento. Daí a relatividade gnosiológica, que se vai perder, lá longe, no irreduzível dualismo da sensação: eu e não eu.

Em todo o caso, o relativismo do saber gradua-se ao infinito e, mais sabemos, mais nos aproximamos do conhecimento integral do universo. Inatingível ou não, isso não nos interessa; interessa-nos saber aumentar continuamente o que sabemos.<sup>16</sup>

Tanto mais importante esta visão holística<sup>17</sup> no campo do Direito porque seus temas são mais fluídos, consequência direta de seu relativismo axiológico.

Note-se que não se buscou dar definições definitivas, ainda que assim o pareça por vezes, porque são, por excelência, imperfeitas.<sup>18</sup>

Por dois motivos principais.

---

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à Política Científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 19.

<sup>17</sup> “Portanto, devemos aprender que a procura da verdade pede a busca e a elaboração de metapontos de vista, que permitem a reflexividade e comportam especialmente a integração observador-conceitualizador na observação-concepção e a *ecologização* da observação-concepção no contexto mental e cultural que é o seu.” (MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*; tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2ª edição revisada. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011, p. 30).

E completa EDGAR MORIN:

“O conhecimento do conhecimento, que comporta a integração do conhecedor em seu conhecimento, deve ser, para a educação, um princípio e uma necessidade permanentes. Devemos compreender que existem condições bioantropológicas (as aptidões do cérebro/mente humana), condições socioculturais (a cultura aberta, que permite diálogos e trocas de ideias) e condições noológicas (as teorias abertas), que permitem ‘verdadeiras’ interrogações, isto é, interrogações fundamentais sobre o mundo, sobre o homem e sobre o próprio conhecimento. Devemos compreender que, na busca da verdade, as atividades auto-observadoras devem ser inseparáveis das atividades observadoras; as autocríticas, inseparáveis das críticas; os processos reflexivos, inseparáveis dos processos de objetivação.” (op. cit, p. 29)

<sup>18</sup> FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 34-39.



Primeiro e mais evidente: qualquer definição é provisória, pois o conhecimento humano é dinâmico e está em constante evolução; isto é, constante “movimento” como diriam os antigos gregos. E há de se encontrar futuramente uma faceta explorada parcialmente.

Segundo, porque a definição é uma tentativa de reduzir o objeto a um signo. Ou seja, é uma tentativa de reduzir a realidade<sup>19</sup>, infinita em características e irreversível, a um sistema sógnico (ícones, índices ou símbolos) em ação. É essa a grande demonstração da Semiótica.

A Semiótica, como já foi possível perceber, é uma ciência formal que tem por objetivo estabelecer como devem ser todos os signos para uma inteligência capaz de aprender através da experiência. Deve, pois, conjugar dois aspectos para construir-se: construir diagramas que lhe permitam explicitar as relações essenciais na constituição dos signos como pensamento e conferir como base para essa construção os elementos fundamentais com os quais se compõe o universo de toda e qualquer experiência. Deverão daí resultar as formas permitidas para a representação da realidade fenomênica.<sup>20</sup>

No mais, é claro que a possibilidade de uma negociação não implica numa ampla liberdade. Até porque se entra numa temática sensível e que precisa de *publicidade* (para garantir a efetivação dos princípios

---

<sup>19</sup> Ainda que fora do contexto da semiótica, veja-se: “O resultado integral das nossas percepções é o que se chama a nossa experiência. Ora, visto como os sentidos são as portas do pensamento, mas não o pensamento mesmo, a experiência não fica em nós no estado bruto, antes vem a ser elaborada. A nossa mente é prodigiosa oficina, da qual os sentidos não são mais do que os municionadores.”(CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, tradução de Antonio Carlos Ferreira, 2ª impressão, São Paulo: Lejus, 1999, p. 24.)

E arremata: “Pode afirmar-se, em segundo lugar, que o característico da realidade não está em ser percebida, mas em ser pensada, isto é, se não puder ser percebida, em poder ser deduzida. O que não significa que se possa conhecer sem perceber, mas apenas que a percepção serve para o conhecimento, ainda mesmo para além dos limites do objeto imediato. Quer dizer, serve também para conhecer objetos diversos do objeto percebido. E para tal fim serve indireta e diretamente, mediante a razão e os seus dois processos elementares, que são a indução e a dedução.” (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, tradução de Antonio Carlos Ferreira, 2ª impressão, São Paulo: Lejus, 1999, p. 26-27)

<sup>20</sup> SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. *Curso de Semiótica Geral*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 38.

constitucionais, nos termos do artigo 5º, inciso LX; artigo 37, *caput*; e 93, inciso IX, da Constituição Federal). E, inversamente, de *sigilo* (para garantir a eficácia das informações), além da eterna e árdua tarefa de ponderação de outros princípios também em conflito.

Por derradeiro, há de se analisar como o próprio sistema jurídico haveria de permitir a realização e o controle da medida, seja sob o aspecto estrutural seja sob o funcional. Fica, neste ponto, sugestão de procedimento para aplicação da negociação, a ser tratada oportunamente.

### 3. ESTRUTURA

Aristóteles desenvolveu, inicialmente, uma teoria do conhecimento baseado na *matéria e forma*. Após, acrescentou novos elementos, tornando-a mais complexa; concebeu, desta forma, a teoria das quatro causas para explicar a problema do movimento assim como o fora concebido no mundo grego. Veja-se que *movimento*, então, tinha o sentido de qualquer alteração da realidade, seja ela como for<sup>21</sup>.

O filósofo [Aristóteles] julgava que todos os seres do universo continham em si mesmos duas dimensões indissociáveis, que denominou *matéria e forma*. Por exemplo, no caso da mesa analisada anteriormente [na teoria das Ideias de Platão], a matéria seria tudo aquilo que daria particularidade à mesa, isto é, o material do qual era feita, com uma cor específica, tendo todas as suas características captadas pelos sentidos. Já a forma seria o que havia de universal na mesa, sua essência ou seu *eidos*. A forma seria o princípio da especificação e generalização dos seres, algo comum a todas as mesas.

Essa proposta, apesar de resolver a discordância de Aristóteles com relação à teoria das ideias, não explicava o mundo em constante transformação. Para responder a esse problema, foi necessária a construção de uma nova teoria, a das quatro causas: causa material, causa formal, causa eficiente e causa final.<sup>22</sup>

Assim, há (i) *causa material*, a própria coisa, a matéria que constitui um corpo, como a madeira seria causa material da cadeira; (ii) *causa formal*, a estrutura, a forma que a matéria possui para constituir um corpo, de modo que a forma de cadeira é a causa formal da madeira; (iii) *causa motriz* ou *eficiente*, que é a operação que faz a matéria assumir determinada

---

<sup>21</sup> CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 7-8.

<sup>22</sup> BRAGA, Marco. GUERRA, Andreia. REIS, José Cláudio. *Breve História da Ciência moderna*, vol 1: Convergência de saberes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 19-20.

forma, assim como a atividade do marceneiro; e (iv) *causa final*, o motivo pelo qual uma determinada matéria passou a ter uma determinada forma.

A causa eficiente principal da argumentação é a pessoa que a produz. A causa eficiente instrumental é o intelecto da pessoa que a produz.

A causa final da argumentação é provar, tornar evidente uma determinada asserção.

A causa material da argumentação é constituída pelos elementos de que esta é feita.

A causa formal da argumentação é a forma imposta aos elementos materiais, a disposição dada a esses elementos.<sup>23</sup>

Certo é que se adota uma visão cósmica unitarista, de modo que a separação do todo em suas partes é tarefa acadêmica ou metodológica; não implica em se ter a coisa mesma seccionada.

Se, para Platão, o conhecimento do mundo, a compreensão da verdade, a ciência, se davam pela abstração, pelo abandono dos sentidos e pelo entendimento da ideia que gerou o objeto estudado, para Aristóteles, ao contrário, o conhecimento se dava no próprio mundo a partir dos sentidos, pois matéria e forma coabitavam o objeto.<sup>24</sup>

Com efeito, repudia-se o cartesianismo enquanto quebra da unidade orgânica do mundo, enquanto separação entre *res extensa* e *res cogitans*, entre ‘tempo’ e ‘espaço’<sup>25</sup>; e, avançando nas conclusões, entre ‘Direito’ e ‘Estado’, e entre estes e a ‘Sociedade’. Da mesma forma, as teorias ontológicas ou idealistas senão ocasionalmente adentrarão a matriz filosófica acatada, pois se busca estudo voltado para atingir fins práticos.

---

<sup>23</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da Consequência - Curso de Lógica Formal*, 5ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, .85.

<sup>24</sup> BRAGA, Marco. GUERRA, Andreia. REIS, José Cláudio. *Breve História da Ciência moderna*, vol 1: Convergência de saberes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 21.

<sup>25</sup> BRAGA, Marco. GUERRA, Andreia. REIS, José Cláudio. *Breve História da Ciência moderna*, vol 4: A Belle-époque da ciência (séc. XIX). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 72.

Neste ponto, analisar-se-á a causa formal dos institutos, ou seja, a forma.

### 3.1. O Ser Humano

Classificação tida por científica submete-se ao juízo utilidade-inutilidade. E as venturas do mundo real são tocadas pela hoje conhecida e difundida relatividade, percebida nos estudos físicos de Albert Einstein, mas já aventada desde a antiga filosofia de Protágoras.

Destaca-se [Protágoras], principalmente, pela sua doutrina de que o “homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são o que são, e das coisas que não são o que não são”. Isto é interpretação como significando que *cada* homem é a medida de todas as coisas, e que, quando os homens diferem, não há nenhuma verdade objetiva em virtude da qual um tenha razão e o outro esteja errado.<sup>26</sup>

Não existem certezas, apenas probabilidades. Esse é um postulado que antecede a própria física quântica.

Quisera eu que meu ponto de vista ficasse bem claro. Não somos daqueles cuja mente vagueia a esmo no erro sem ter um ponto de referência. Aliás, que cabeça teríamos nós, se nos faltassem não só normas para disputar, mas nem sequer para bem viver? Enquanto outros filósofos asseguram existirem coisas certas e coisas incertas, eu, discordando deles, professo existirem apenas coisas prováveis e outras não prováveis.<sup>27</sup>

Daí, não haver sequer uma definição jurídica universal e unívoca sobre o que seja um dos elementos atômicos do Direito: o ser humano.

---

<sup>26</sup> RUSSELL, Bertrand. *Obras Filosóficas*. Livro primeiro, 3ª edição, tradução de Breno Silva, São Paulo: Companhia Editor Nacional, 1969, p. 89.

<sup>27</sup> CÍCERO, Marco Tulio. *Os Deveres*, tomos II e III, texto integral. Tradução Luiz Feracine, São Paulo: Escala, 2008, p. 32.

Primeiro porque o forte traço separador daqueles “pertencentes-ao-grupo” dos “não-pertencentes-ao-grupo” é dificilmente aceito quando se enunciam características particulares de cada pessoa. Veja-se: caso se afirme que humano é o ente ereto, qualquer mal que impeça alguém de se erguer o extirparia do conjunto, bem como estariam incluídos outras espécies vivas. Da mesma forma, uma definição unicamente biológica, genética e neurológica, por exemplo, de que ser humano é aquele que possui vinte e três pares de cromossomos, teria o mesmo vício (observem-se todas as pessoas que sofrem desde Aceruloplasminemia até Síndrome de Warkany, passando por trissomias, Parkinson, entre outras). Ou seja, há sempre um espaço que força os limites da definição.

Tanto mais se evidencia que todas as classificações de ser humano que se basearam, por opção de método, muitas vezes influenciada por uma vontade psicológica de autoinclusão, pecaram por não prever o princípio da relatividade, combinado com o pragmatismo, fugindo-se do ontologismo<sup>28</sup>. Ora, não se deixam escapar as críticas evidentes que se seguirão: a começar, porque este próprio trabalho busca apresentar uma definição (que será também submetida à relatividade, e, pois, imperfeita); depois porque à relatividade o próprio interlocutor é um referencial, ou seja, aquele que se manifesta é um marco do próprio discurso.

---

<sup>28</sup>: “O relativismo continua de pé. Quer o pensamento exerça, na ocasião, função biológica, quer se produza fora de tal critério imediato e primeiro, como se dá no intelectualismo vicioso, -é sempre relativo o conhecimento humano, porque o é a própria experiência. O realismo crítico como que revela a conciliação entre instrumentalismo (pragmatismo) e o realismo. O que não podemos é ir, como realistas, até o pragmatismo ontológico (idealista) de Schiller, com a concepção do mundo inteiramente plástico, deformável pelo pensamento humano, porque as deformações concretas que ele sofre não são produtos do pensamento, porém da atividade humana, guiada pelo pensamento, o que é muito diferente, e as deformações abstratas, como o mundo geocêntrico, o de COPÉRNICO, o de EINSTEIN, são correções sucessivas no pensamento, para melhor se adaptar aos fatos.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 42.

O *sistema de referência* toma posição dominante em todo o conhecimento humano. Sem sistema de referência o conhecimento é desconhecimento.

*O sistema de referência é condição do conhecimento.*

A Física é que nos levou a compreender essa verdade. Veremos que a Física e a Ciência do Direito não podem fugir dela.<sup>29</sup>

Neste sentido que Baruch de Espinosa também já defendia a relatividade dos valores, enquanto qualidade intrínseca das coisas; posto que apenas um tal juízo se faz numa comparação pela imaginação. Em outras palavras, bem e mal são relativos.

Uma coisa considerada isoladamente não é dita ser *boa* nem *má*, mas somente em sua relação com uma outra à qual ela é útil ou nociva para obtenção daquilo que ama. E dessa maneira qualquer coisa pode ser dita ao mesmo tempo boa ou má sob diferentes relações.<sup>30</sup>

Assim, não se poderia afirmar que um conceito seja bom ou mau, senão contextualizando-o.

Só que Sócrates já advertiu: “só sei que nada sei”. A se concluir que é preferível apontar problemas científicos vividos, por vezes despercebidos, do que dar respostas definitivas<sup>31</sup>.

Retomando o problema em questão, o equívoco parece estar na própria metodologia buscada na conceituação de ser humano. Cada doutrinador, ansioso para ser humano --mormente porque cada qual definirá ser humano com base em sua própria essência humana (ou humanidade, que fica mais bem exposta como ‘humanidade particular’;

---

<sup>29</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*, ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 3ª tiragem, São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 73.

<sup>30</sup> ESPINOSA, Baruch de. *Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político*; seleção de textos Marilena Chauí; tradução Marilena Chauí, Carlos Lopes de Mattos e Manuel de Castro. 4ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 14.

<sup>31</sup> RUSSELL, Bertrand. *Obras Filosóficas*. Livro primeiro, 3ª edição, tradução de Breno Silva, São Paulo: Companhia Editor Nacional, 1969, p. 108.

para evitar a confusão semântica de humanidade como coletivo de humano).

Quer dizer, todo significado tem uma “unidade cultural”:

A tentativa de estabelecer o referente de um signo leva a defini-lo em termos de uma entidade abstrata que representa uma convenção cultural.

(...) Digamos que o significado de um termo (isto é, o objeto que o termo ‘denota’) é uma UNIDADE CULTURAL. Em qualquer cultura, uma unidade cultural definiu como unidade distinta, diversa de outras, podendo ser assim uma pessoa, uma localidade geográfica, uma coisa, um sentimento, uma esperança, uma ideia, uma alucinação (Schneider, 1968, p. 2).<sup>32</sup>

Com efeito, definir o ser humano não é tarefa de lente individualista. Como qualquer conceito, necessita de aceitação dos interlocutores: é a intersubjetividade que determinará a extensão conceitual de ser humano -- em especial porque se busca uma acepção estritamente jurídica.

Por vezes, advogou-se que a chave da natureza humana estaria da linguagem, que criaria condições para a comunicação social e para o progresso.

A linguagem humana parece estar biologicamente isolada em suas propriedades essenciais e ser um desenvolvimento na verdade recente sob uma perspectiva evolucionista. Não há hoje nenhuma razão séria para se desafiar a visão cartesiana de que a habilidade de usar signos linguísticos para expressar pensamentos formados livremente marque ‘a verdadeira distinção entre o homem e o animal’ ou a máquina, quer se entendam por ‘máquina’ os autômatos que ocuparam a imaginação dos séculos XVII e XVIII ou os que hoje estão fornecendo um estímulo ao pensamento e à imaginação.

---

<sup>32</sup> ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. 4ª edição, 1ª reimpressão, São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 56-57.



Além disso, a faculdade de linguagem entra de modo crucial em cada um dos aspectos da vida, do pensamento e da interação humanos. Ela é, em grande parte, responsável pelo fato de, sozinhos no universo biológico, os seres humanos terem uma história, uma diversidade e evolução cultural de alguma complexidade e riqueza, e mesmo sucesso biológico, no sentido técnico de seu número ser enorme.<sup>33</sup>

Todavia, costuma-se criticar esta visão argumentando-se que a linguagem humana não seria qualitativamente diferente da dos demais seres vivos.

Ou seja, ainda que mais desenvolvida --e conseqüentemente tenha permitido a criação de sistemas sociais e culturais complexos-- não seria característica (a linguagem) particularmente humana.

Pelo que se deve ter que o ser humano é o que o grupo no qual está inserido assim o considerar --do ponto de vista jurídico, claro--, bem assim se admitindo algum 'desvio de percurso' como forma de reconhecer o falibilismo e a o princípio da relatividade. Uma técnica minimamente adequada para auxiliar nesta missão seria o amor.

---

<sup>33</sup> CHOMSKY, Noam. *Linguagem e Mente. Pensamentos atuais sobre antigos problemas*. Tradução de Lúcia Lobato e revisão de Mark Ridd. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 17-18.

E completa o autor: "Pressupomos ainda que o órgão da linguagem é como outros, no sentido de que seu caráter básico é uma expressão dos genes. Como isso acontece é algo que permanece uma possibilidade de pesquisa para o futuro distante, mas podemos investigar de outras maneiras 'o estado inicial', geneticamente determinado, da faculdade da linguagem. Evidentemente, cada língua é o resultado da atuação recíproca de dois fatores: o estado inicial e o curso da experiência. Podemos imaginar o estado inicial como um 'dispositivo de aquisição de língua' que toma a experiência como 'dado de entrada' e fornece a língua como 'dado de saída' - um 'dado de saída' que é internamente representado na mente/cérebro. Os dados de entrada e os dados de saída estão ambos sujeitos a exame; podemos estudar o curso da experiência e as propriedades das línguas que são adquiridas." (op. cit., p. 19).

Finaliza, afirmando que "A aquisição de língua se parece muito com o crescimento dos órgãos em geral; é algo que acontece com a criança e não algo que a criança faz. E, embora o meio ambiente importe claramente, o curso geral do desenvolvimento e os traços básicos do que emerge são pré-determinados pelo estado inicial. Mas o estado inicial é uma posse comum aos homens. Tem de ser então que, em suas propriedades essenciais, as línguas são moldadas da mesma forma. O cientista marciano poderia concluir sensatamente que há uma única língua humana, com diferenças somente nas margens." (op. cit, p. 19)

Embora, em matéria científica, a infalibilidade me soe irresistivelmente cômica, eu me encaminharia mal se não pudesse manter elevado respeito pelos que a proclamam, porque entre eles está a maior parte das pessoas capazes de um mínimo de troca de ideias. Quando digo que a proclamam, quero dizer que a admitem assaz natural e inconscientemente. Nunca abriram os olhos para a completa significação do adágio *Humanum est errare*. Nas ciências [são acompanhados] do erro provável; e se essa prática não é observada nas outras ciências, isso se dá porque, nestas, os erros prováveis são demasiado amplos para serem estimados.<sup>34</sup>

Nem mesmo a visão entusiasmada dos biólogos sociais, que fundamentam a especificidade humana no amor, presta-se para dar a definição jurídica.

O amor é constitutivo da vida humana, mas não é nada especial. O amor é o fundamento do social, mas nem toda convivência é social. O amor é a convivência que constitui o domínio de condutas em que se dá operacionalidade da aceitação do outro como legítimo outro na convivência, e é esse modo de convivência que conotamos quando falamos do social. Por isso, digo que o amor é emoção que funda o social. Sem a aceitação do outro na convivência, não há fenômeno social.<sup>35</sup>

Não seria a racionalidade, como muito já se defendeu e se defende. Mas o amor.

Dizer que a razão caracteriza o humano é um antolho, porque nos deixa cegos frente à emoção, que fica desvalorizada como algo animal ou como algo que nega o racional. Quer dizer, ao nos declararmos seres racionais vivemos uma cultura que desvaloriza as

---

<sup>34</sup> PEIRCE, Charles Sander. *Semiótica e Filosofia*. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg, São Paulo: Culturatrix, Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 45-46.

<sup>35</sup> MATURANA, Humberto. *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes, 1ª edição atualizada, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 23-24.

emoções, e não vemos o entrelaçamento cotidiano entre razão e emoção, que constitui nosso viver humano, e não nos damos conta de que todo sistema racional tem fundamento emocional.

As emoções não são o que correntemente chamamos de sentimento. Do ponto de vista biológico, o que conotamos quando falamos de emoções são disposições corporais dinâmicas que definem os diferentes domínios de ação em que nos movemos. Quando mudamos a emoção, mudamos de domínio da ação. Na verdade, todos sabemos isso na práxis da vida cotidiana, mas o negamos porque insistimos que o que define nossas condutas como humanas é elas serem racionais.<sup>36</sup>

Semelhantemente, psicólogos demonstraram a universalidade das emoções. Partindo de estudos de Charles Darwin, realizaram estudos variados: literatura, estudantes universitários, programas televisivos, pacientes psiquiátricos, e variadas outras expressões culturais de povos ocidentais e orientais; até mesmo com povos não tocados pela “civilização”, de cultura isolada do resto do mundo.

E as descobertas revelaram que as expressões faciais ultrapassam limites políticos e sociais. As formas de expressar culturalmente as emoções, ou certos gestos significativos, possuem limites, parâmetros, regras próprias. Contudo, a emoção em si (como felicidade, medo, nojo, desprezo, surpresa, raiva), e a sua expressão básica --não influenciada por padrões culturais--, são inatas e universais.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> MATURANA, Humberto. *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes, 1ª edição atualizada, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 15.

Esclarece o autor que “Uso a palavra *amor* porque é a palavra que usamos na vida cotidiana para nos referirmos à aceitação do outro ou de algo como legítimo outro na convivência.” (Idem, *Ibid.*, p. 67).

<sup>37</sup> EKMAN, Paul. *Emotions Revealed, Recognizing faces and feelings to improve communication and emotional life*, 2ª edição, Nova Iorque: St Martin’s Griffin, 2007, p. 1-16. “I reconciled our findings that expressions are universal with Birdwhistell’s observation of who they differ from to culture to another by coming up with the idea of *display rules*. This I proposed, are socially learned, often culturally different rules about the management of

Ter-se-ia, portanto, uma característica humana comum. Todavia, persistiria o problema, pois o Direito, dotado de regras propriamente jurídicas, dá conceitos técnico-jurídicos, específicos do Direito Positivo.

De fato, um início de conceituação *democrática* de ser humano tem que acatar o falibilismo, o relativismo e a empatia ou amor. Mas isso é um ideal, uma maneira de qualificar a definição. Formalmente, não resolve o problema jurídico.

Razão pela qual, com todas as ressalvas apontadas, o ser humano<sup>38</sup> é aquela pessoa reconhecida pelo grupo como uma parte componente de seu corpo, e assim se positivou pelos instrumentos jurídicos.

---

expression, about who can show which emotion to whom and when they can do so. It is why in most public sporting contests the loser doesn't show the sadness and disappointment he or she feels. Display rules are embodied in the parent's admonitions - 'Get that smirk off your face'. These rules may dictate that we diminish, exaggerate, hide completely, or mask the expression of emotion we are feeling." [Tradução livre: Eu reconciliei nossos resultados que as expressões são universais com a observação de Birdwhistell de que eles diferem de cultura para outra, com a ideia de *regras de exibição*. Isto, eu propus, são socialmente aprendidas, por vezes regras culturalmente diferentes sobre a forma de mostrar expressões, sobre quem pode mostrar a emoção para quem, e quando se pode fazê-lo. É por isso que na maioria das competições desportivas, axibidas ao público, o perdedor não mostra a tristeza e decepção que ele ou ela sente. Regras de exibição são incorporados em admoestações do pai - 'Tire esse sorriso do seu rosto'. Essas regras podem ditar que se diminui, exagerar, esconda completamente ou se mascare a expressão da emoção que estamos sentindo.] (op cit, p. 4)

"Another critique disparaged our research in New Guinea because we used stories describing a social situation instead of single words. This critique presumed that emotion are words, which of course they are not. Words are representations of emotions, not the emotions themselves. Emotion is a process, a particular kind of automatic appraisal influenced by our evolutionary and personal past, in which we sense that something important to our welfare is occurring, and a set of physiological changes and emotional behaviors begins to deal with the situation. Words are one way to deal with our emotions, and we do use words when emotional, but we cannot reduce emotion to words. [tradução livre: Outra crítica desacreditando nossa pesquisa na Nova Guiné foi porque usamos histórias que descrevem uma situação social em vez de palavras individuais. Esta crítica presume que a emoção são as palavras, que, claro, não são. As palavras são representações de emoções, não as próprias emoções. Emoção é um processo, um tipo especial de avaliação automática influenciada por nosso passado evolutivo e pessoal, em que sentimos que algo importante para o nosso bem-estar está ocorrendo, e um conjunto de alterações fisiológicas e comportamentos emocionais começa a lidar com a situação. As palavras são uma maneira de lidar com as nossas emoções, e nós usamos palavras quando emotivos, mas não podemos reduzir emoção a palavras.] (op. cit., p. 12)

<sup>38</sup> Para visão mais profunda, entre outros, vejam-se PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Garra, Mão e Dedo*, revisto e prefaciado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª edição, Campinas: Bookseller, 2002, p. 83-104 e também FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. *O que*

Se “amado” por participar do corpo social; se possuir polegar oponente, vinte e três pares de genes, se o macho participa da criação dos filhos; se ampla ou restrita; se maior ou menor a curva de imprecisão das características essenciais que se aceita para caracterizar como humano. Tudo isso será relevante, mas para uma definição não jurídica. Para o Direito será o que exposto na norma jurídica; se justo, legítimo, ético, a questão estará também na própria justiça, legitimidade, eticidade do Estado e daqueles que fazem vivo o Direito<sup>39</sup>.

Insta apontar que a definição jurídico-positiva de ser humano é tautológica. O Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no artigo 2º, estipula que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Com efeito, pode-se dizer que é pessoa (natural) aquela que nasce “com vida”. Ou seja, aquele que, numa equação, nasce de ser humano *mais* respira (ingresso de ar nos pulmões), é ser humano.

Daí ser visível que há uma teratologia porquanto ser humano, por definição, é aquele que nasce de outro ser humano, os pais, que lhe passam a carga genética. Noutras palavras, aquele que provém de ser humano é ser humano.

---

*é o Ser Humano?: Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia*, tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

<sup>39</sup> É certo que não há Direito sem um mínimo de justiça, legitimidade ou ética. Mesmo nas formas autoritárias, há alguma aceitação social, ou inversamente não há grave rejeição. Sob pena se revolta social e desmonte do aparelho estatal.

Neste sentido já se manifestava Aristóteles: “(...) A natureza compele assim todos os homens a se associarem. Àquele que primeiro estabeleceu isso se deve o bem maior; porque se o homem, tendo atingido a sua perfeição, é o mais excelente de todos os animais, também é o pior quando vive isolado, sem leis e sem preconceitos. Terrível calamidade é a injustiça que tem armas na mão. As armas que a natureza dá ao homem são a prudência e a virtude. Sem virtude, ele é o mais ímpio e o mais feroz de todos os seres vivos; mas não sabe, por sua vergonha, que amar é comer. A justiça é a base da sociedade. Chama-se julgamento a aplicação do que é justo.” (ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, São Paulo: Escala, s/a, p. 16).

O Código [Código Civil de 1916] afastou as questões antiquadas da viabilidade e da forma humana, que, aliás, ainda se encontram em alguns códigos modernos.

(...) Ao direito civil, porém, estas questões [prematuridade, inviabilidade] não devem preocupar. Em primeiro lugar o ponto de visto do direito é social e não biológico; (...)

O direito romano recusava a capacidade jurídica aos que *contra formam humani generis, converso more, procreantur* (D. 1, 5, fr. 14).<sup>40</sup>

Todavia, o Direito Brasileiro, enquanto tecnologia, tem por satisfatória essa enunciação porque basta para os fins a que se destina. Isto é, dar personalidade jurídica a todas as pessoas, sem restrição. Daí o efeito que se produz supre a precariedade estrutural da definição.

### 3.2. Sociedade

Modernamente, a metodologia urge pela análise da complexidade dos fenômenos mediante raciocínio multidisciplinar, ou transdisciplinar, não mediante simples soma. Com efeito, uma análise parcial de um fenômeno faz perder-se de vista o sistema em que o fato se insere e a sua própria multiplicidade de características.<sup>41</sup>

Até porque unir coisas implica em operação diversa de uma mera soma: as partes reunidas formam coisa distinta de suas unidades.

Desta forma, ver a sociedade como reunião ou soma de indivíduos é afastar uma série de novas relações e interações que se formam. Tão

---

<sup>40</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Volume. 1 8ª edição, atualizada por Achilles Bevilaqua, São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1949, p. 189-190.

<sup>41</sup> MORIN, Edgar. *O Método. I. A Natureza da Natureza*. Tradução de Maria Gabriela de Bragança, 2ª edição, s/ cid., Portugal: Publicações Europa-América, 1977, p. 102-103.

simples é de se ver o óbvio, e ainda assim, tão difícil, que por vezes não se nota que o próprio Direito é prova disso: não existe sem interpessoalidade.

Portanto, um indivíduo, *só*, será fenômeno ajurídico. Porém, dentro de uma complexidade humana formar-se-ão as bases para a construção de sistema jurídico. Doutrinariamente se discute se esse sistema social possui origens contratuais ou naturais, não sem resposta definitiva, mas com alguma predominância da visão de "necessidade natural do homem", porque "imperativo natural"<sup>42</sup>.

Humberto Maturana afirma que a aceitação do outro é propriamente um fenômeno biológico; e que o fenômeno social dá-se apenas com um espaço aberto à coordenação de ações, isto é, um campo para as pessoas se comunicarem e agirem como iguais, com respeito mútuo.

Em outras palavras, digo que só são sociais as relações que se fundam na aceitação do outro como legítimo outro na convivência, e que tal aceitação é o que constitui uma conduta de respeito. Sem uma história de interações suficientemente recorrentes, envolventes e amplas, em que haja aceitação mútua num espaço aberto às coordenações de ações, não podemos esperar que surja a linguagem. Se não há interações na aceitação mútua, produz-se a separação ou destruição. *Em outras palavras, se há na história dos seres vivos algo que não pode surgir na competição, isso é a linguagem.*<sup>43</sup>

É, pois, a influência do que o autor chamou de *amor*, como parte da biologia do homem e condição de sociabilidade nas relações.

---

<sup>42</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 7 e seguintes, especialmente p. 15.

<sup>43</sup> MATURANA, Humberto.  *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes, 1ª edição atualizada, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 24, grifos no original.

Note-se que para o Autor, linguagem é o domínio de coordenações consensuais de conduta de coordenações consensuais de conduta (Idem, *Ibid.*, p. 18-20). Para ele, "a linguagem não se dá no corpo como um conjunto de regras, mas sim no fluir em coordenações consensuais de conduta" (Idem, *Ibid.*, p. 27).

Ainda que não se acate a doutrina em suas últimas consequências<sup>44</sup>, é inegável que o amor, exposto não na linguagem técnica do autor, mas como sentimento comum, num ou noutro grau, caracteriza sim as relações sociais. Desde as mais íntimas, como a família, até as mais amplas, como a nacionalidade ou regionalidade.

Por isso há muito os filósofos já afirmam que o homem é um animal político<sup>45</sup>.

Há quem defenda que a própria natureza fez o homem ser político. Neste sentido, Marco Tulio Cícero já se manifestava, afirmando que a “socialidade condena o utilitarismo individual”. Assim, aponta:

“1. Se a natureza prescreve que o homem deve ter apreço pelo interesses do seu semelhante, seja quem for ele, pela simples razão de ser um ente humano, então é necessário segundo a mesma natureza que aquilo que é útil para todos também de alguma maneira deve ser compartilhado por todos.

Já que assim é, somos, conseqüentemente, regidos por uma única e mesma lei da natureza. Se isso é verdade, estamos, então, por certo, impedidos pela lei natural de agir com violência contra uma outra pessoa.

Ora, sendo verdadeira a assertiva anterior, então a posterior também será.”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Note-se que HUMBERTO Maturana entende que as leis não são fruto de relação social, pois implicam em obrigações, e esta seriam incompatíveis com a coordenação consensual de coordenações consensuais de ação. (Op. Cit, p. 71).

<sup>45</sup> “É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um vil ou superior ao homem. Tal indivíduo merece, como disse Homero, a censura cruel de ser sem família, sem leis, sem lar. Porque ele é ávido de combates, e, de combates, e, como as aves de rapina, incapaz de se submeter a qualquer obediência.” (ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, São Paulo: Escala, s/a, p. 15)

<sup>46</sup> CÍCERO, Marco Tulio. *Os Deveres*, tomos II e III, texto integral. Tradução Luiz Feracine, São Paulo: Escala, 2008, p. 159.



E Marco Tulio Cícero vai além. Já a seu tempo apontava que nem contra a família, nem contra ninguém seria lícito causar prejuízo; nem mesmo eleger critérios para criar *estranhos* seria aceitável. Sequer contra estrangeiros poder-se-ia negar assistência.

2. É absurdo o que alguns afirmam. Dizem que nada deve ser tirado de um pai ou de um irmão para proveito próprio, mas, em se tratando de outros cidadãos, tal procedimento é lícito.

Ora, ao sustentarem essa tese, eles suprimem os direitos que unem os cidadãos pelo vínculo do bem comum, corrompendo o espírito associativo dos aglomerados urbanos.

3. Outros há ainda que afirmam ser necessário usar certo critério seletivo em face de indivíduos oriundos de fora do país. Assim ao estrangeiro seja negado prestar assistência.

Tais indivíduos destroem o senso de solidariedade do gênero humano. Sem ela, a bondade, a liberdade, a generosidade e o senso de justiça ficam aniquiladas até a raiz.

Tal indivíduo subverte a socialidade implantada entre os seres humos, já que o vínculo dessa que une de modo estreito é bem convicção de que nada mais adverso à natureza humana do que espoliar o semelhante em proveito próprio, seja de algo externo ou infligido ao nosso corpo, seja algo de interno, afetando a alma. A justiça é a primeira das virtudes e a rainha de todas elas.<sup>47</sup>

Até o desenvolvimento da linguagem é prova que as relações sociais formam outras relações até então inexistente na unidade de seus membros.

A linguagem repousa sobre uma *estrutura inata*, ativada pelo meio [social] num processo que é o de aquisição da linguagem. A língua aparece, com efeito, como aptidão própria da espécie humana [...]; essa aptidão repousa em bases biológicas [...], particularmente a

---

<sup>47</sup> CÍCERO, Marco Tulio. *Os Deveres*, tomos II e III, texto integral. Tradução Luiz Feracine, São Paulo: Escala, 2008, p. 159-160.

localização da linguagem na parte posterior do hemisfério esquerdo do cérebro.<sup>48</sup>

A gramática universal, condição genética prévia para a aprendizagem da língua pela criança, é o “conjunto de propriedades, condição ou qualquer coisa que venha a constituir o ‘estado inicial’ do indivíduo que aprende uma língua, e portanto a base sobre a qual a língua se desenvolve” (CHOMSKY, 1981:59), estado que pressupõe “uma matriz biológica subjacente que fornece uma estrutura dentro da qual se dá o crescimento da linguagem” (id., 142).<sup>49</sup>

E outros tantos atributos humanos são produtos da inter-relação, e apenas na inter-relação é que existem: a política, a economia, o Direito.

Por fim, afora as grandes estruturas ligadas à humanidade, vem aquelas outras imperceptíveis pelos clássicos sentidos da visão, olfato, audição, tato e olfato.

É a lição de Carl Gustav Jung. Defende estrutura diferente do inconsciente individual: o inconsciente coletivo, que tem natureza universal.

Uma camada mais ou menos superficial do inconsciente é indubitavelmente pessoal. Nós a denominamos *inconsciente pessoal*. Este, porém, repousa sobre a camada mais profunda, que já não tem sua origem em experiências ou aquisições pessoais, sendo inata. Esta camada mais profunda é o que chamamos *inconsciente coletivo*. Eu optei pelo termo “coletivo” pelo fato de o inconsciente não ser de natureza individual, mas universal; isto é, contrariamente à psique pessoal ele possui conteúdos e modos de comportamento, os quais são *cum grano salis* os mesmos em toda parte e em todos os indivíduos. Em outras palavras, são idênticos em todos os seres humanos,

---

<sup>48</sup> DUBOIS, Jean *et alii*, citado em LUFT, Ceso Pedro. *Língua e Liberdade: por uma nova concepção da língua materna e seu ensino*, Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 58

<sup>49</sup> LUFT, Ceso Pedro. *Língua e Liberdade: por uma nova concepção da língua materna e seu ensino*, Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 58,

constituindo, portanto, um substrato psíquico comum de natureza psíquica suprapessoal que existe em cada indivíduo.<sup>50</sup>

Note-se que arquétipo é modo herdado de funcionamento; é padrão de comportamento, que relaciona o universal ao individual, o geral ao particular, e é comum a toda a humanidade, mesmo que se individualize peculiarmente em cada um<sup>51</sup>.

Uma existência psíquica só pode ser reconhecida pela presença *de conteúdos capazes de serem conscientizados*. Só podemos falar, portanto, de um inconsciente na medida em que comprovamos os seus conteúdos. Os conteúdos do inconsciente pessoal são principalmente *complexos de tonalidade emocional*, que constituem a intimidade pessoal da vida anímica. Os conteúdos do inconsciente coletivo, por outro lado, são chamados *arquétipos*.<sup>52</sup>

As artes, mitos, alquimia, arquétipos; economia, direito, política cultura. Tudo isso está ligado ao homem porque ser social. E é social porque, por algum motivo evolutivo, assim se constituiu nossa essência, que criou o desejo e a necessidade das pessoas se relacionarem entre si.

Pois, igualmente problemática à do indivíduo, são as características da sociedade, que se costumam definir: “a) uma finalidade ou valor social; b) manifestações de conjunto ordenadas; c) o poder social”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> JUNG. Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Tradução de Maria Luiza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva, 9ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 12.

<sup>51</sup> STEVENS, Anthony. *Jung*. Tradução de Rogério Bettoni, Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 62-64.

<sup>52</sup> JUNG. Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Tradução de Maria Luiza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva, 9ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 12.

<sup>53</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 15.

### 3.3. Estado e Direito

O ato de definir é sempre tentador. Pela própria arrogância de autor, que deseja resolver o problema que muitos antes encontraram e não foram capazes de resolver; pela vontade de entrar para a história, e afastar a pouca significância da passagem pelo mundo; pela necessidade de restringir o número de espécies que se compatibilizem com o gênero, já com uma tal intenção de ciência. Mas nenhum motivo é maior que a necessidade de exercer controle: num mundo de desordem, a definição “científica” (e portanto precisa, coesa, objetiva) dá toda “certeza” procurada por aquele que teme o incerto, o desconhecido, o novo.

As infundáveis definições sobre estes grandes temas da vida em sociedade --Estado e Direito-- mostram o esforço em conquistar o seu objeto, e sujeito, e partes, e a si próprio. E nesse processo acaba-se por inserir os medos e desejos do cientista.

Tem-se, pois, que se atentar para os problemas que se enfrentam numa empreitada tal; até porque o tema-objeto, dentro de sua especificidade (ou seja, a negociação no inquérito policial), terá, ao largo mas sempre presente, as visões sobre estes grandes temas.

Tal é a relação entre Direito e Estado. Não se duvida que haja intrínseca conexão. Todavia, a doutrina diverge grandemente sobre a extensão desta conexão.

Seguir-se-á paulatino preenchimento das instituições Estado e Direito, que serão primeiramente vistas sob a forma lógica --isto é, abstraídos de todo conteúdo.

Não por acaso, há de se abordar a vertente juspositivista, uma vez que é ela que estuda o Direito e o Estado sob ótica estruturalista. Após, vêm as

teorias comunicacionais do Direito, que embora não analise o fenômeno jurídico sob aspecto exclusivamente formal, ressalta sim a mecânica do Direito --a linguagem constitutiva da juridicidade.

Partindo destas teorias, paulatinamente serão preenchidas para a estrutura do Processo Penal Brasileiro hodierno. E, pois, com certa carga de matéria, de concretude; isto é, perdendo a abstração inaugural.

### 3.3.1. O Estado

A figura do Estado surge como resposta às necessidades de maximizar as forças humanas em grandes empreitadas e garantir segurança interna e externa. Apontam-se como finalidades do Estado como a realização do bem público ou bem comum; especificamente mantendo a ordem, promovendo justiça e favorecendo o progresso e suas manifestações.<sup>54</sup>

Neste sentido está a definição de Emer de Vattel: “As Nações ou Estados são corpos políticos, sociedades de homens unidos em conjunto e

---

<sup>54</sup> “O objetivo ou finalidade do Estado é o *bem público*, expressão geralmente usada em Ciência Política, e que distingue o Estado das demais sociedades. No bem público, ou bem comum, podem-se distinguir três elementos essenciais: a) o Estado tem como objetivo fundamental e principal assegurar a ordem, quer interna quer externa. Internamente prevenindo e reprimindo as atividades nocivas ao próprio Estado ou aos indivíduos entre si; externamente, defendendo sua existência e integridade contra agressões partidas de outros Estados. b) a *Justiça*, fundamento mesmo da ordem, é um valor moral e jurídico que incumbe ao Estado observar e fazer observar em suas relações com os indivíduos e nas relações dos indivíduos entre si. c) o *progresso* e suas manifestações, como bem-estar, desenvolvimento material, cultural, etc. O Estado é uma sociedade *natural* porque os homens vivem necessariamente em sociedade e a vida social exige uma organização com poder para pelo menos assegurar a ordem, sem a qual a sociedade desapareceria. E é uma sociedade *obrigatória*, porque, no mundo moderno, o globo está dividido em Estados, e em qualquer ponto da terra, do mar ou do ar, onde o indivíduo nascer fica fazendo parte de um Estado, e este que dispõe do monopólio da força material, não permite que ele se liberte de seu domínio, senão para passar ao domínio de outro Estado.” (DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA, 1ª edição, 1ª impressão, Porto Alegre: Editora Globo, 1963, p.118.)

de forças solidárias, com o objetivo de alcançar segurança e vantagem comuns.”<sup>55</sup>

É certo que a existência do Estado é precedida por outras estruturas sociais, ou como afirma Aristóteles, a cidade é uma “espécie de associação”<sup>56</sup>, a qual tem por “natural” --decorrência natural da reunião de pessoas, que formam as famílias, que formam os Estados.

Evidentemente o Estado está na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo isolado não se basta a si mesmo, assim também se dará com as partes em relação ao todo. Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. A natureza compele assim todos os homens a se associarem. Àquele que primeiro estabeleceu isso se deve o bem maior; porque se o homem, tendo atingido a sua perfeição, é o mais excelente de todos os animais, também é o pior quando vive isolado, sem leis e sem preconceitos. Terrível calamidade é a injustiça que tem armas na mão. As armas que a natureza dá ao homem são a prudência e a virtude. Sem virtude, ele é o mais ímpio e o mais feroz de todos os seres vivos; mas não sabe, por sua vergonha, que amar é comer. A justiça é a base da sociedade. Chama-se julgamento a aplicação do que é justo.<sup>57</sup>

Como forma mais desenvolvida, o Estado é formado pela continuidade e complexidade crescente das relações sociais; inclusive relacionando membros externos ao grupo: por isso que é considerado como tema de Direito das Gentes.

Duas proposições devem ser postas como princípios fundamentais: I. Quando começa a existência do Estado já existem

---

<sup>55</sup> VATTEL, Emer de. *O direito das Gentes*, prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel . Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 01.

<sup>56</sup> ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, São Paulo: Escala, s/a, p. 13.

<sup>57</sup> ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, São Paulo: Escala, s/a, p. 16. Veja-se o livro primeiro de “A Política”, p. 11-34.

outros círculos sociais; portanto, já existe Direito. O conceito de comunidade abrange o de Estado e outras estruturas; sociedade é conceito sociológico. II. O Estado supõe a existência de outros Estados; ou já surgiu após a vida jurídica entre eles, ou se formou com personificação de círculo há muito existente ou recente, como polo mesmo daquelas relações.

Quando dizemos que Estado é conceito de direito das gentes, afirmamos que há Estados, periferias estatais, contatos, relações, acordos e lutas eventuais, e que *entre* eles e *por sobre* eles está o direito das gentes. Se só houvesse um Estado, o conceito não seria de direito das gentes; seria dado sociológico único, correspondente a um único poder ejetor de regras constitucionais.<sup>58</sup>

Inicialmente, as pessoas uniram-se em grupos pequenos, com um mínimo de pessoas que permitissem a continuidade da vida (reprodução) e a subsistência, seja sob visão contratualista ou natural.

Colocadas essas clássicas visões do Estado, mister analisá-lo desde sua gênese.

Tinha-se, pois, a família como núcleo da formação social. E sua importância foi ímpar para as demais reuniões humanas, tanto por sua estrutura como pelas relações sociais, e mesmo jurídicas (em sentido largo), que se estabelecia.

A família não recebeu suas leis da cidade. (...) O direito privado existia antes da cidade. Quando a cidade principiou a promulgar suas próprias leis, encontrou já esse direito estabelecido, vivo, enraizado nos costumes, fortalecido pela adesão universal. Aceitou-o, não podendo proceder de outro modo e não ousando modifica-lo, senão a longo prazo. O antigo direito não é obra do legislador. Na família teve sua origem. Nasceu ali espontaneamente e foi inteiramente elaborado nos antigos princípios que a constituíram. Derivou das crenças

---

<sup>58</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970, p. 159

religiosas universalmente admitidas na idade primitiva desses povos (romano e grego), exercendo domínio sobre as inteligências e sobre as vontades.<sup>59</sup>

Assim foi durante muito tempo a família antiga. As crenças, que havia nos espíritos, bastaram, sem necessidade do direito da força ou da autoridade de um poder social, para constituí-la regularmente, para dar-lhe disciplina, governo, justiça, e para fixar, nos mínimos detalhes, o direito privado.<sup>60</sup>

Adiante, a natureza jurídica da família romana desperta dúvidas. Nota-se que, nos estudos, passou por diversas visões doutrinárias: como *contractus personarum*, *actos legitimus*, contrato real, *affectio moratalis*, *affectio maritalis* e relação de fato.<sup>61</sup>

Família é sinônimo da *gens* romana ou *ghenos* grega, ainda que alguns autores acreditem na artificialidade ou criação política destes institutos; há também quem afirme que a *gens* seria um coletivo de famílias distintas.

Todavia, Fustel de Coulanges discorda desta visão porquanto a família antiga, ou *gens* ou *ghenos*, seria um núcleo ligado pela unidade de religião particular, ou seja, louvavam os mesmos deuses; noutras palavras, louvavam os mesmos antepassados. Tinham a mesma justiça, unidade

---

<sup>59</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga, Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. tradução de J Cretella Jr e Agnes Cretella, 2ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 109-110.

<sup>60</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga, Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. tradução de J Cretella Jr e Agnes Cretella, 2ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 119.

<sup>61</sup> Neste sentido, veja-se MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de Direito Romano*, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2009, p.31-41.

E completa JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES: “A nosso ver, o matrimônio, no direito romano, foi sempre um ato jurídico, surgindo, assim, no consentimento inicial que gera o *vinculum iuris*, e prescindindo da vontade contínua que dá vida a um estado de fato” (op cit, p. 37), com a ressalva de que “pelo menos no período justinianeu” (op. cit, p. 38).



patrimonial, governo interno, leis privadas – tudo cronologicamente anterior à formação da cidade<sup>62</sup>.

Inclusive, no Direito das Doze Tábuas, primeiro estava a filiação, depois o parentesco agnação, depois a *gens* e, por fim, a cognição no direito hereditário. Ter-se-ia, pois, dispositivo legal -e posterior- a atestar um fato histórico: a familiaridade dos membros da *gens*. A família vive uma antítese com a sociedade. Grandes famílias, como da antiga Roma, e Grécia, apenas enquanto pequena a sociedade. Aumentando esta, diminui aquela. E vice-versa.<sup>63</sup>

A estrutura essencial é simples: há o chefe da família, que é o pai; a matriarca, que auxilia as funções do pai; e os filhos, que formam o corpo que se submete às ordens no interesse de sua própria sobrevivência e criação<sup>64</sup>.

Vejam-se as associações: têm o presidente, os órgãos consultivos e de assessoramento e os associados. E os Estados Nacionais: têm o Monarca, os Czares ou Presidentes, seus ministros e o povo.

---

<sup>62</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga, Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. tradução de J Cretella Jr e Agnes Cretella, 2ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 136-140.

O autor completa: “Pode-se, pois, entrever longo período durante o qual os homens não conheceram nenhuma outra forma de sociedade a não ser a da família. É, então, que surgiu a religião doméstica, que não poderia ter nascido em sociedade constituída de outro modo e que até serviu de entrave ao desenvolvimento social.” (op. cit., p. 142)

<sup>63</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga, Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. tradução de J Cretella Jr e Agnes Cretella, 2ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 143.

<sup>64</sup> Expõe-se aí o que constitui o mínimo familiar antropológico. É certo que por vezes havia agregados, como trabalhadores, escravos, outros familiares e pessoas que conviviam neste círculo. E em regra, os membros da família eram ligados entre si por laços mágicos, religiosos; o que mostra a origem do instituto, juntamente com rastros do tempo em que se originou: conhecimento humano ainda incipiente acerca de fenômenos mundanos em geral, que eram explicados como se mágicos fossem; daí a forte tônica religiosa da família que, com a manutenção desta modalidade, adquiriu força de dever-ser (normatividade, não-jurídica, até porque pré-Estatal).

Também não se ignora as novas modalidades de família, monoparental e homoafetiva, que – enquanto estruturas familiares aceitas pela coletividade – são recentes na história da humanidade, muito provavelmente pela impossibilidade de sobrevivência do clã mesmo.

Observe-se que a confusão entre vida privada e vida pública é própria da evolução do Cristianismo. A vida pessoal e familiar deixou de ser um asilo para ser tema de interesse e interferência da coletividade. Foi nessa toada que surgiu o conteúdo do que se chama de âmbito ou esfera social: nem pública, nem privada, mas de interesse *contido* --diremos-- da coletividade, em que se equilibram os vetores intimidade e publicidade.

E é nesse sentido que a liberdade deixa de ser igualdade perante a lei para assumir o contexto cristão de livre-arbítrio.<sup>65</sup>

A formação do Estado no sentido moderno exige, pois, uma clara compreensão dessa evolução que sofre a vida política no Ocidente desde a Antiguidade. O marco inicial de sua concepção está naquela distinção entre esfera pública e a privada. Como se viu, para os gregos e mesmo para os romanos, a linha divisória entre ambas era claramente traçada. Os homens viviam juntos na família e a isso eram compelidos pela necessidade de sobreviver, Essa era a esfera da vida privada. De outro lado, havia a esfera da vida pública, sob o domínio da liberdade. Na primeira imperavam as desigualdades naturais, posto que os seres humanos eram diferentes entre si por diversos atributos e havia sujeição de um a outro, fruto da necessidade vital (Arendt, 1981). Na segunda imperava igualdade perante as normas ou isonomia.

Não obstante, o que a concepção grega se propunha a sustentar, e com veemência, é que a estrutura da vida privada não devia ser transposta para a vida pública. E quando isso acontecia, tínhamos tirania. O princípio da vida pública -política *stricto sensu*-, sendo liberdade, exigia igualdade.

Ora, segundo H. Arendt, tal situação se vê alterada quando, na Idade Média, a expressão político passa a ser traduzida por social. O *zoon politikon* de Aristóteles é agora o “animal social” de São Tomás

---

<sup>65</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional - liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 419-420.

de Aquino. Com isso, a distinção entre esfera pública e privada se vê enfurecida. Social é um termo ambíguo, posto que alcança as duas esferas: o homem é um ser social tanto na vida pública quanto na privada, fazendo com que entre a esfera pública e a privada se introduza uma outra, intermédia, a esfera social, também reconhecida pela noção cristã de bem comum enquanto algo que propriamente não era nem público nem privado, correspondente a características materiais e espirituais dos indivíduos, quer na vida pública, quer na sua vida particular.<sup>66</sup>

Até, vê-se que tão mais há de se parecer o Estado com a família quanto maior for o desejo do comando da burocracia imiscuir-se na esfera propriamente mais íntima das pessoas, e assim majorar sua esfera de atuação --ou seja, fazer-se *paterfamilias*, desta forma aumentando seu “poder pessoal”.

Relativamente à experiência brasileira do Estado Novo, manifestou-se Francisco Campos de que o povo pede por uma figura que resuma suas aspirações; e desta forma clama por um líder carismático, que estabelecerá valores a serem seguidos, e ditar-lhes-á o rumo político-social.

Essa relação entre o cesarismo e a vida, no quadro das massas, é, hoje, um fenômeno comum. Não há, a estas horas, país que não esteja a procura de um homem, isto é, de um homem carismático ou marcado pelo destino para dar às aspirações da massa uma expressão simbólica, imprimindo a unidade de uma vontade dura e poderosa ao caos de angústia e de medo de que se compõe o *páthos* ou a demonia das representações coletivas. Não há hoje um povo que não reclame por um César. Podem variar as dimensões espirituais em que cada povo representa essa figura do destino. Nenhum, porém, encontrando a máscara terrível, em que o destino tenha posto o sinal inconfundível

---

<sup>66</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional - liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 418-419.

do seu carisma, deixará de colocar-lhe nas mãos a tábua em branco dos valores humanos.<sup>67</sup>

Nós podemos dizer, a esta altura do regime, que o Estado Novo é o Presidente – a realização dos seus intuitos, o desdobramento do seu programa, a projeção de sua vontade – e nele tem o seu mais proveito doutrinador e o defensor mais intransigente e valioso.<sup>68</sup>

Passou-se das reuniões familiares para sociedades pré-Estatais, que possuíam uma inicial configuração burocrática; e nestes, rumou-se até a complexa e organizada.

Léon Duguit já definira Estado como resultado da diferenciação entre governantes e governados.<sup>69</sup>

Diz-se que o Estado é ordenação objetiva e unitária da sanção. E assim é a forma de organizar e regar o exercício do poder por sua forma e processo de execução do Direito.

É a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isto que alguns constitucionalistas definem o Estado como instituição detentora de coação incondicionada. Como, porém, a coação é exercida pelos órgãos do Estado, em virtude da competência que lhes é atribuída, mas certo será dizer que o Estado, no seu todo, consoante ensinamento de Laband, tem ‘a competência da competência’.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua Estrutura, seu Conteúdo Ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 24.

<sup>68</sup> CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua Estrutura, seu Conteúdo Ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 109.

<sup>69</sup> PAUPÉRIO, A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 160.

<sup>70</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76.

BARÃO DE MONTESQUIEU afirma que a reunião de todas as forças particulares forma o Estado Político.<sup>71</sup> Todavia, não parece certa: o Estado não é uma reunião de forças particulares, mas uma reunião das próprias forças que compõem o Estado e a sociedade.

Por isso alguns consideram a Constituição como *pedaço de papel* em que se encontram os *fatores reais de poder*<sup>72</sup> ou como *elemento normativo* ordenador e conformador da realidade histórica, política e social, guiado pela *vontade de Constituição*<sup>73</sup>.

Certo é que o Estado, para ser efetivamente uma estrutura assim denominada --e não uma organização pré-Estatal--, necessita de burocracia organizada e diversa do grupo social que há de ser o objeto das ações do Estado.

Em Estado já se atende ao elemento organizativo específico, a certa contactuação regrada entre as entidades de tal natureza, e --se o definimos em sua forma moderna-- à sua *temporiedade* (pois que antes não o havia), de produto sociológico inconfundível com o povo, com a nação e com a sociedade ou círculo social.”<sup>74</sup>

Com efeito, no povo está a gênese humana da formação política vindoura. A nação guarda em si o perfil espiritual desse povo em suas peculiaridades: a cultura.

No Povo, a origem (raça), ou a história, ou as duas, são o laço; na Nação, a cultura. Antes de lançar certo colorido uniforme de cultura um povo não se faz nação. O Estado moderno não é outro nome, com que se designa povo ou nação, mas é com povos e nações

---

<sup>71</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 25.

<sup>72</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*, sem nome do tradutor, Leme, SP: Edijur, 2012, p. 11-19 e 48-56.

<sup>73</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, traduzido por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991p. 24-27.

<sup>74</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970, p. 159-160.

que se edificam os Estados modernos, posto que neles caibam organismos menos estáveis e elementos formadores de círculos mais largos ou menos largos, à semelhança dos nômades ao tempo das invasões.<sup>75</sup>

O Direito estatal já representa avanço cultural, pois tendo nascido de formas rudimentares pré-Estatais, passa a ser a ver normas restritivas estatais bloqueadoras das outras fontes de Direito.

Note-se que o Estado é, para Pontes de Miranda, *instituição* de direito das gentes, apenas reflexamente de direito interno.<sup>76</sup> Desta forma, acredita que o Estado seja um desenvolvimento não natural, posterior ao Direito e produto do meio social.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970, p. 160.

<sup>76</sup> “Estatal ele (o Direito) o é em formas já adiantadas de cultura, por fato de evolução da própria sociedade, quando já se delimita, espacialmente; e mergulha em ambiência jurídica, concriada com ele, ou anterior, a comunidade jurídica do Estado.

Quando alguns escritores dizem que o Estado é a infraestrutura do Direito e o Direito é a superestrutura normativa do Estado, forçam o paralelismo. O conceito de Estado é de direito das gentes e, por extensão, de direito interno; e conceito sociológico, se atendemos só à realidade social em sua aparição fática. Por isso o sociólogo há de tratar do Estado, incidentalmente: e interessa esse Estado, então principalmente, ao cultor do direito das gentes, ou, como discriminação de linhas exteriores, ao cultor do direito público interno, máxime constitucional. O que o Estado pode fazer é restringir, por meio de regras jurídicas de Método de Fontes e Interpretação, os outros veios não-estatais de produção das regras jurídicas. De posse do poder de legislar, a elaboração das leis fica à sua mercê, dentro do quadro da competência estatal (coexistência e juridicidade dos Estados entre si).

O Estado atua na *formação do direito* (atos normativos), na sua *praticidade* (atos de execução e atos judicantes), e no fato mesmo de se submeter a direito seu. Supõe ordem supraestatal, que é a do direito das gentes, e ordem intraestatal, que ele *realiza*. É *vontade* entre dois ordenamentos jurídicos: a superfície convexa, para os que vêm do plano interestatal ou do plano supraestatal; a superfície côncava, para os que o vêm de dentro, da *vida intraestatal*.

Em todos os Estados, o Direito exerce papel estabilizante, que lhe é específico. Os princípios políticos e econômicos são mais instáveis do que os jurídicos; ganham peso, transformando-se em princípios jurídicos. Mais estabilizantes do que o Direito só a Arte, a Moral e a Religião, em ordem crescente de valor de frenamento.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970, p. 161-162.)

<sup>77</sup> Neste sentido, anotou: “Há em toda a comunidade, em todos os corpos sociais, certa virtude de organização intrínseca para a qual somente existe uma explicação e um processo: o Direito. Não poderia ser, cremo-lo bem, pura criação do Estado. Se algum deles criou o outro, foi o Direito. Até onde a história nos apresenta materiais inteligíveis, outra não é a lição da ciência. Nem sequer foi o que é imutável no Direito, que criou o Estado; também ele é produto do que, no conjunto do meio social e das sucessivas formas jurídicas, é variável e contingente. O que

Desta forma, causa certa estranheza esta posição, haja vista que o desenvolvimento do Estado, ou do proto-Estado, e simultaneamente do Direito, pareça ser de dentro para fora --então antes organização de direito “interno” do que de direito das gentes--; da pessoa para a família para o Estado. Seja ou não esta reunião influenciada por fatores externos (como guerra e dominação).

Atento à finalidade prática apontada, independentemente da origem, é hoje o Direito estatal, bem como é o Estado jurídico.

Já se afirmou que defender o Estado como criador único do Direito seria autoritarismo.<sup>78</sup> Todavia, o Estado e o Direito serão autoritários --isto é, realizarão atos de desrespeito ao homem (num sentido de mínimo ético)- - independentemente da definição que se dê.

Definição é ato intelectual, científico. Autoritarismo é agir político. Uma coisa está no *dever-ser*; a outra no *ser*.<sup>79</sup>

Assim, no plano fenomênico, o Direito, em sua essência, não obsta o autoritarismo. É, sim, incompatível com o *Estado de Direito* ou com o *Estado Democrático de Direito*. E é essa pureza de significados que se busca; especialmente numa análise formal dos institutos.

Note-se que o conceito de Estado pode variar segundo a ótica: sociológica, política, jurídica entre outras. Quer dizer, é instituto jurídico,

---

parece como invariável somente produz fenômenos de igual intensidade. À vida humana não é essencial o Estado; o que é imprescindível às organizações humanas, às sociedades, é o ritmo, a ordem.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 75.

<sup>78</sup> PAUPÉRIO. A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980', p. 161.

<sup>79</sup> É claro que autoritarismo não é, necessariamente, apenas uma forma de agir. A própria violência simbólica do Direito é autoritária, porque dita conceitos e afasta qualquer outro. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 276).

mas não apenas jurídico; como fato social de adaptação, as diversas facetas correspondentes aos diversos processos sociais de adaptação<sup>80</sup>.

O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário (Jellinek); sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção (Malberg); sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial, soberana (Biscaretti di Ruffia); na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 41, I). Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público, pois a teoria da dupla personalidade do Estado acha-se definitivamente superada.<sup>81</sup>

Analisando os traços modernos do Estado, tem-se que é composto por um *povo*, num determinado *território* e que não reconhece nenhum *poder* interno ou externo superior ao seu.

O Estado é constituído de três elementos originários e indissociáveis: *Povo*, *Território* e *Governo soberano*. *Povo* é o componente humano do Estado; *Território*, a sua base física; *Governo soberano*, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do Povo. Não há nem pode haver Estado independente sem *Soberania*, isto é, sem esse poder absoluto, indivisível e incontestável de organizar-se e de conduzir-se segundo a vontade livre de seu povo e de fazer cumprir as suas decisões inclusive pela força, se necessário. A vontade estatal

---

<sup>80</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à Política Científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 133-145.

<sup>81</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et alii*, São Paulo: Malheiros, 2004, 60.



apresenta-se e se manifesta através dos denominados *Poderes de Estado*.<sup>82</sup>

Com efeito, pode-se concluir que Estado é um *organismo político*, porque uma unidade complexa, a qual representa outrem, a sociedade, sem com ela não se confundir; que cria suas próprias regras, aplica-as ao caso concreto e as impõe.

Tão logo os homens se veem em sociedade, perdem o sentimento de fraqueza, cessa a igualdade que havia entre eles e começa o estado de guerra.

Cada sociedade particular vem a sentir a própria força: o que produz um estado de guerra de nação contra nação. Os particulares, em cada sociedade, começam a sentir a própria força; procuram reverter em seu favor as principais vantagens dessa sociedade: o que cria um estado de guerra entre eles.

Esses dois tipos de estado de guerra fazem que sejam estabelecidas as leis entre os homens. Considerados como habitantes de um planeta tão grande, que é necessário haver diferentes povos, eles têm leis sobre a relação que esses povos têm entre si: tal é o DIREITO DAS GENTES. Considerados como seres que vivem numa sociedade que deve ser conservada, têm leis sobre a relação que os que governam têm com os que são governados: tal é o DIREITO POLÍTICO. Têm ainda leis sobre a relação que todos os cidadãos têm entre si: é o DIREITO CIVIL.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et alii*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

Ainda: “Segundo as definições correntes no Direito Público, o Estado é a instituição composta de três elementos essenciais: população, território e governo, e de um requisito que lhe é inerente, soberania. Se não dispõe de soberania, trata-se de um Estado não soberano. Se não possui qualquer dos três componentes que o integram, não é um Estado. Entretanto, a importância dessa instituição não se esgota nem em sua caracterização jurídica, nem em sua caracterização sociológica.” (NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*, 2ª edição, Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010, p. 62)

<sup>83</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 25.

No mesmo sentido estão os cientistas políticos, ressaltando o Estado é órgão de produção do Direito e é, em si, um complexo de relações jurídicas; não que isso resuma o fenômeno estatal, pois sua complexidade resvala noutras áreas da vivência social.

A primeira grande contribuição da conceituação do Estado contemporâneo como realidade jurídica se deve à obra clássica de Georg Jellinek, *Doutrina Geral do Estado*, publicada em 1900, e que pela primeira vez estabeleceu na teoria do Estado uma distinção ao estabelecer que o Estado é, ao mesmo tempo, um órgão de *produção jurídica*, isto é, que produz o ordenamento jurídico que rege a sociedade, a economia e as instituições políticas que o integram, mas é, também, o resultado de um *ordenamento jurídico*, ou seja, é produto daquelas leis que o configuram desta ou daquela forma, com estas ou aquelas características. Em outras palavras, é como se fosse uma instituição dotada de duas personalidades distintas, uma social, outra jurídica.<sup>84</sup>

Daí ser possível estudar o Estado sob aspecto das normas jurídicas, que estabelecem o *ser* e o *dever-ser* numa incidência jurídica obrigatória, em confronto com as normas que são efetivamente respeitadas ou desrespeitadas. A primeira fica a cargo da ciência jurídica e analisa situações de eficácia jurídica (chamada validade ideal para a ciência política); a segunda, da sociologia e analisa situações de efetividade normativa (chamada validade empírica).

A teoria desenvolvida por Jellinek se baseia na afirmação de que a *doutrina social* do Estado ‘tem por conteúdo a existência objetiva, histórica ou natural do Estado’, enquanto a *doutrina jurídica* se ocupa das ‘normas jurídicas que nessa existência real se manifestam, criando a famosa contraposição entre as esferas do ‘ser’ e do ‘dever ser’. Fazendo essa mesma abordagem, do ponto de vista da sociologia

---

<sup>84</sup> NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*, 2ª edição, Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010, p. 62.

jurídica, da qual foi um dos fundadores, Max Weber foi quem primeiro estabeleceu a necessidade de se entender a diferença entre a *validade ideal* das normas jurídicas, de que se ocupam os juristas, e a *validade empírica*, da qual se ocupam os sociólogos. O que ele pretendeu fazer com isso? Os juristas se ocupam de todo o conjunto das leis, que compõem o ordenamento jurídico de cada Estado, independentemente de serem ou não aplicadas e da forma como sejam aplicadas. Ao sociólogos interessa não o conjunto de todas as leis, mas, dentro desse conjunto, apenas aquelas que têm efetiva aplicação e são efetivamente obedecidas, seguidas e cumpridas. Trata-se, portanto, de dois enfoques para uma mesma realidade, o ordenamento jurídico de cada Estado.<sup>85</sup>

Posteriormente, como se verá adiante, Hans Kelsen opôs-se a esta posição<sup>86</sup>.

De uma forma ou de outra, importa analisar o Estado como fenômeno tal qual se apresenta nos dias de hoje: é ente detentor do poder máximo de violência e que não reconhece nenhum outro superior a si; tem um território e uma população; e cria e aplica as regras jurídicas, sendo o gestor principal do Direito.

### **3.3.2. O Direito**

Os cientistas políticos divergem acerca da natureza do Estado, que é, nessa grande construção humana, o que há de mais concreto e visível. Imagine-se agora o Direito, que possui vida espiritual e alma, intenções e

---

<sup>85</sup> NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*, 2ª edição, Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010, p. 62-63.

<sup>86</sup> Neste sentido, Robert Walter, em comentários à obra de Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 55-57).

vontades, valores, princípios. E sofre de ainda maiores dúvidas: desde sua constituição intrínseca, seus meios, sua essência e seus fins.

Desde o Direito Romano afirma-se *ubi societas ibi ius*. Mas o certo é que o positivismo jurídico, com sucesso, separou a estrutura indispensável do Direito daquelas mais fluidas e que não permitiriam estudo científico “puro”.

Para manter o estudo do Direito sob um aspecto formal, deve-se voltar para a teoria mais prolífica: o positivismo jurídico.

Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir desse conhecimento tudo o que não pertence ao exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos.<sup>87</sup>

Então, inicialmente, marcou que o estudo do Direito deve ser separado de quaisquer temas não científicos, aí incluídos justiça, valores outros, ideologias, fatos naturais<sup>88</sup>; a ciência do Direito deveria estudar apenas fenômenos jurídicos<sup>89</sup>.

Tem-se que “O direito como ordenamento ou ordenamento jurídico é um sistema de normas jurídicas.”<sup>90</sup> E estas normas não têm sua validade atrelada ao conteúdo, posto que se submetem à norma hipotética

---

<sup>87</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 67.

<sup>88</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 68, 75-76, 81-82.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 72.

<sup>90</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 121.

fundamental em última análise, que é norma de estabilidade na produção jurídica -institucional- e que garante sistematicidade normativa<sup>91</sup>.

Com efeito, entende que o Estado é ordenamento jurídico. Contudo nem todo ordenamento jurídico é Estado: há direito nos costumes primitivos (sociedades pré-estatais) e no direito internacional que se sobrepõe aos ordenamentos uniestatais.<sup>92</sup>

Tão relevante o positivismo jurídico que ainda encontra ressonância nas definições atuais de Direito: (...) o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país.”<sup>93</sup>

Adiante, analisa-se o construtivismo lógico-semântico. Adverte-se que, ainda que possua traços normativistas, esta teoria é baseada no Giro-Linguístico, Semiótica e na Teoria dos Valores<sup>94</sup>.

É sim uma teoria que ressalta o aspecto estrutural do Direito.

Lourival Vilanova já apontou que

A forma global do sistema [jurídico] é, antes de tudo, uma forma sintática que o Direito (evoluído racionalmente e vertido numa linguagem) adquire. (...)

O que ele [sistema jurídico] tem de formal é a estrutura de linguagem, é a composição sintática interior, que não se vê sem sair do plano empírico. Só no plano da metalinguagem é que se fala da estrutura de linguagem que apresenta o Direito-objeto.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 122-126.

<sup>92</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 170-172.

<sup>93</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4ª edição atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 2.

<sup>94</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito (o Construtivismo Lógico-Semântico)*, São Paulo: Noeses, 2009, p. 77.

<sup>95</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e Sistema do Direito Positivo*. -São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1977, p. 112.

Para o Construtivismo Lógico-Semântico, o direito é um complexo normativo válido, vertido em linguagem competente para disciplinar numa determinada finalidade condutas sociais; desta forma, é um produto cultural.<sup>96</sup>

Noutras palavras:

O sistema jurídico carece de aplicabilidade à Física, à Geografia, à Sociologia. As suas proposições são proposições prescritivas sobre a conduta e não proposições quaisquer, aplicáveis aos astros, aos átomos, às células. Por isso, dizemos: o sistema jurídico é um *sistema empírico*, não *sistema formal-lógico*; é um sistema sobre uma *região material*.<sup>97</sup>

Daí, lembrar-se que o estudo do Direito, sob o viés lógico, será sempre um estudo incompleto, porque afasta de si o mutável, o fluxo cultural corrente, os valores contextualizados.

Já foi explicado (nos nº 15 e 16) que a lógica não se interessa por qualquer argumentação, mas somente pela argumentação perfeita, isto é, a argumentação capaz de orientar o ato da razão. Tal é o motivo pelo qual a Lógica só considera a argumentação *em si mesma*, não na qualidade de resultante de uma determinada operação intelectual, e, sim, na qualidade de norteadora do intelecto.

Assim, não pode interessar à Lógica a causa eficiente da argumentação, isto é, o estudo dos homens e dos intelectos humanos, criadores principais e instrumentais dos produtos intelectuais.<sup>98</sup>

Por sua vez, e dentro do sistema comunicacional, Gregorio Robles escreve que o Direito é sistema comunicativo que visa organizar a convivência humana pela regulação, em viés pragmático e sob forma

---

<sup>96</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito (o Construtivismo Lógico-Semântico), São Paulo: Noeses, 2009, p. 77-78.

<sup>97</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e Sistema do Direito Positivo*. -São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1977, p. 112.

<sup>98</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da Consequência - Curso de Lógica Formal*, 5ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 86.

linguística, de normas sobre condutas. Por este motivo, atento à natureza comunicativa do Direito, tem-no como *texto organizador-regulador*. Em seu movimento *-atos de fala-* são tomadas *decisões*, que produzem atos comunicativos, hermeneuticamente considerados, que produzem normas jurídicas (consequência do processo).<sup>99</sup>

Tem-se, assim, a lógica jurídica como uma exposição parcial do fenômeno jurídico; e que inegavelmente tende a ser reduzido à norma em face da própria metodologia: um estudo formal. E semelhantemente será o positivismo jurídico, porquanto reduz a complexidade à norma.

### **3.3.3. Nossa visão**

Estado é a *res extensa* e o Direito, *res cogitans*. Inegável que um não existe sem o outro, bem como nenhum existe numa forma “pura” de separação: Estado puramente matéria ou Direito puramente pensamento.

Daí fazer-se como aproximação: o Estado é o que há de concreto, é os órgãos, o patrimônio, os funcionários; o Direito é a ideia, as regras que explicam, justificam, fundamentam e regem o agir dos membros do Estado, mas que nem por isso perde sua realidade.

Note-se que esta conceituação é própria do Estado e Direito moderno, pois se atenta à finalidade prática do estudo.

E como não há coisa sem ideia, não há Estado sem Direito. Porque o Direito é uma energia que dá vida ao Estado. Este não é um grupo ou reunião qualquer de pessoas e coisas, mas o detentor e executor do poder de mando contextualizado.

---

<sup>99</sup> ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves, Barueri, SP: Manole, 2005, p. 1-2.

Ver-se o Direito como *Direito justo*, ontologicamente, parece antes confundir o instituto real Direito --inserido num tempo, espaço e cultura-- e a ideia de perfeição do Direito, que sempre é de certa forma tendente a um viés teológico, ainda que assim não se reconheça.<sup>100</sup>

Essa visão tateia tanto um idealismo como ontologismo filosóficos. Respectivamente, sobrepõe a ideia do objeto (ou seja, a ideia do Direito mesmo) ao objeto real, e busca uma essência que desloca a objeto das demais relações (Direito ontológico).

Importante, então, notar que falar em Direito como *ideia* pode acabar por confundir a semântica buscada -- que é de Direito como energia que dirige atos voltados ao Estado-- com “Direito ideal” ou “ideia de Direito”.

O Direito Objetivo é a ordenação de determinadas espécies de interações humanas. É a ordenação que quantifica a liberação das energias humanas para assegurar o equilíbrio das forças, e para garantir que, a cada direito, corresponda uma obrigação. É a ordenação que delimita a liberação da energia, nos *campos* dos homens, para que a sociedade seja efetivamente o que ela precisa ser, isto é, um *meio* a serviço dos *fins* humanos.

Pelo prisma do Direito, os homens são partículas delimitadas de energia. São objetos quânticos, ou *quanta*.

---

<sup>100</sup> Veja-se o problema de não perceber a diferença entre o ente (que é elemento perceptível de algo existente, ou que pode existir) e a ideia que se faz do ente, que é uma forma de pensar o ente:

“Por tudo que foi dito acima, não pode haver concordância algum entre o ente real e os ideados da Razão. Por aí é fácil ver com que zelo é preciso precaver-se na investigação das coisas para não confundir os entes reais com os entes de Razão. Investigar a natureza das coisas é diferente de investigar os modos pelos quais nós as percebemos. Se confundirmos isto não poderemos entender nem os modos de perceber nem a própria natureza, pior ainda, o que é mais grave, por causa disto incidiremos nos maiores erros, como aconteceu a muitos até hoje.” (ESPINOSA, Baruch de. *Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político*; seleção de textos Marilena Chauí; tradução Marilena Chauí, Carlos Lopes de Mattos e Manuel de Castro. 4ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 05)



As interações dos homens -dos homens considerados como *quanta* (quantidades *discretas* de energia)- são regulamentadas por uma *ordenação quântica*.

O Direito é a ordenação quântica das sociedades humanas.<sup>101</sup>

Daí falar em Direito como energia que se faz das consciências daqueles que buscam, procuram ou agem em relação, direta ou indireta, com o Estado (Moderno). Mas nunca isolado no Estado, porque inconcebível: sempre agindo dentro da estrutura Estado-Sociedade-Indivíduo.

O próprio fundamento unitarista assumido desde o começo nos faz crer que uma coisa não existe sem a outra. Não há parte sem todo e vice-versa; nem corpo sem pensamento, e vice-versa.

E a justiça será sempre um dos valores constitutivos do Direito, ao lado da segurança jurídica e certeza. Assim como em qualquer outro objeto cultural: a direção das energias sociais faz a coisa ser valorada.

Todavia, enquanto características axiológicas necessárias, não significa sejam prevalentes num certo momento. Daí o Direito manter sua característica, e nomenclatura, mesmo quando autoritário ou cruel.

Com efeito, não se nega traço ontológico ao Direito.

“Comprova essa assertiva [de que o objeto da Jurisprudência é o conhecimento do Direito] o fato de haver quem julgue necessário, para que o jurista possa conhecer o Direito, que se determine escrupulosamente esse objeto, ou melhor, que se capte o que o Direito é, que se elucide qual é a sua essência, isto é, qual é o ‘ser’ do objeto. Só depois dessa reflexão de cunho nitidamente ontológico é que se poderá conhecer esse objeto: o Direito. Para tanto, a Ontologia jurídica deve partir da experiência imediata, ou seja, dos fenômenos

---

<sup>101</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*, ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 3ª tiragem, São Paulo: Max Limonad, s/d., p. 285.

que sejam indicativos do objeto ‘Direito’, para determinar seus elementos essenciais que, por sua vez, serão estudados pelos juristas.”<sup>102</sup>

Como escreve Lourival Vilanova, a questão gnoseológica não elimina o aspecto ontológico, mas o implica como fundamento necessário.<sup>103</sup>

Entretanto, por ser uma fenômeno voltado para suas realizações fenomênicas, prevalece a visão pragmatista. Ainda que de certa forma ofendidos aqueles valores inatos.

Tomar a questão de outra forma seria negar qualidade de Direito ao Nacional-socialismo, por exemplo, ou qualquer outro que tenha admitido a escravidão, desde o Direito Romano até o Direito Brasileiro do Império.

Ainda que se tomasse a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, como fundamento mínimo de proteção dos direitos humanos<sup>104</sup>, qualquer ordenamento jurídico em desacordo não seria Direito. Ora, desta forma, a vida jurídica milenar da humanidade ainda assim seria ignorada.

Com efeito, não existe Estado (Moderno) sem Direito tal qual não há corpo sem alma. Um corpo pode funcionar bem, mas sem uma alma boa para guiá-lo, é cego. Por outro lado, uma alma bela em um corpo doente é, no mais das vezes, retórica e discurso; é o caso do Brasil, que tão arduamente se tentar modificar. Aí hão de incidir *juílgamentos* sobre o Estado e o Direito: eficiente, ineficiente, justo, injusto.

---

<sup>102</sup> DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídico*, São Paulo: Ed Reenha Universitária, s/ data, p. 3.

<sup>103</sup> *O conceito de Direito*, p. 88, citado em DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídico*, São Paulo: Ed Reenha Universitária, s/ data, p. 3.

<sup>104</sup> Este marco é tomado por Norberto Bobbio como referência de todo o sistema de proteção dos Direitos Humanos, e especificamente o evento que tornou supérflua a discussão sobre sua natureza e fundamentação. (*A Era dos Direitos*, trad Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso lafer, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 10ª reimpressão, p. 22-23).

Veja-se que se propôs conceituação formal de Direito. Portanto, não existe num tempo e espaço; quer dizer, não dizer sobre *um* ente real, senão análise formal, estrutural de instituto. E por isso que esta definição é parcial: não possui conteúdo<sup>105</sup>.

Traçar linhas estruturais do Direito apresenta sempre um problema: o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior apontou como problema linguístico que ou cairia na generalidade e abstração (imprestáveis para traçar limites) ou cairiam na particularidade de vivências específicas (opostas a uma universalidade do fenômeno)<sup>106</sup>.

Num afã científico, procedeu-se tentando separar os conceitos de Estado e Direito, e os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. Mas ainda que se atenha a uma metodologia rigorosa, as dificuldades persistem; em especial por se propor recorte valorativo (estudo de instituições em viés formal).

Contudo, um julgamento de legitimação --ou seja, de atingir os ideais de democracia e justiça (ou seja, elementos próprios do Estado Democrático de Direito em última análise; e desejados socialmente)-- não deve imiscuir-se no conceito formal de Direito e de Estado. Até porque historicamente foram (ou são) injustos e antidemocráticos.

Assim, a advertência de Hans Kelsen, de que se deve ver o Direito “(...) como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto (...)”<sup>107</sup>. Esses são temas especialmente destinados ao Estado de Direito e Estado Democrático de Direito, mister em seu aspecto funcional.

---

<sup>105</sup> Uma definição completa seria a de Miguel Reale: Direito como fato, valor e norma (vide *Filosofia do Direito*, v. 2, 7ª edição, revista, São Paulo: Saraiva, 1973, p. 473 e seguintes).

<sup>106</sup> *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 34-39.

<sup>107</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

### 3.4. Estado de Direito

A estrutura do Estado de Direito, propriamente dito, não difere das demais formas políticas em que podem se constituir os Estados. A diferença reside na estrutura jurídica do ente político: ou conforme a analogia que usamos, o *discrímen* entre um e outros está mais na alma que no corpo; está no Direito, e não no Estado.

Afirma-se que, em Estados autoritários, a lei não se aplica aos governantes; ou que os membros do Estado não respeitam a lei porque materialmente imunes a ela.

Da mesma forma, pode-se dizer: no Estado de Direito, a pessoa jurídica de Direito Público respeita as próprias leis<sup>108</sup>.

Por isso, a única condição para que exista um Estado é que, sobre um determinado território, se tenha formado um poder capaz de tomar decisões e torna-las efetivas para todos aqueles que o habitam, sendo respeitadas pela grande maioria dos destinatários, no caso em que seja requerida obediência. Mas até esse poder pode ser limitado, por uma norma ou um conjunto de normas, escritas ou não, que mesmo validado por uma lei, pode ser considerada ilegítima e, como tal, anulada por um processo previsto na Constituição de cada Estado. Essa limitação é que torna o Estado um Estado de Direito, uma velha distinção da Filosofia Política que separa o ‘governo das leis’ do ‘governo dos homens’, expressões tomadas aqui como os limites que, dentro do Estado se impõem a seus titulares, ou seja, os governos que os dirigem e representam.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et alii*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

<sup>109</sup> NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*, 2ª edição, Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010, p. 68-9.

Ter-se-ia, desta forma, o Estado de Direito como uma união harmônica entre Estado e Direito; corpo são e mente sã, como diríamos.

Cunha-se, a partir de então, o conceito de *Estado de Direito*, isto é, de um Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao superado *Estado-Polícia*, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos.<sup>110</sup>

Com efeito, o Estado de Direito é marcado pela relação entre o Estado e o indivíduo. Por isso que possui estas características: “a) a supremacia da Constituição, b) separação dos Poderes, c) superioridade da lei e d) garantia dos direitos individuais”<sup>111</sup>.

Note-se que se trata da proteção dos direitos individuais (espécie), e não direitos fundamentais (gênero) como um todo.

Destes direitos individuais da pessoa em face do Estado criou a temática dos *direitos públicos subjetivos*. Quer dizer, supera-se a visão de que o indivíduo teria direitos apenas em face de outros indivíduos, podendo opor ao Estado os novos direitos públicos subjetivos.<sup>112</sup>

Atento à conceituação formal, percebe-se que as três primeiras características do Estado de Direito -supremacia da Constituição, separação dos Poderes e superioridade da lei- são mecanismos que visam realizar um valor: a proteção dos direitos individuais; estes sim são valores.<sup>113</sup> Aqueles, estruturas.

---

<sup>110</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36.

<sup>111</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

<sup>112</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

<sup>113</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

### 3.5. Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito configura-se na reunião dos princípios do Estado Democrático com os do Estado de Direito<sup>114</sup>. É Estado em que o povo, como destinatário do poder, participa de seu exercício.<sup>115</sup>

Desta forma, o Estado Democrático de Direito é um ente mais complexo, mais agregado de características que o Estado de Direito. Seria, na visão kantiana, uma vitória da razão prática na realização da moral do Direito positivo.

O direito transmuda progressivamente os imperativos técnicos em imperativos categóricos, situando-se no cruzamento do sensível com o supracensível e tornando possível dizer que existe uma disposição moral da humanidade. Participa, portanto, da efetuação da moralidade na história, permitindo conceber um possível progresso moral da humanidade que encontre sua expressão numa constituição política cada vez mais conforme aos mandamentos morais.<sup>116</sup>

Com efeito, o Estado Democrático de Direito possui as seguintes características: a) perfil constitucional, b) eleição e responsabilização de altos funcionários, c) exercício direto do poder pelo povo, e indireto por Poderes independentes e harmônicos, d) Estado e seus agentes devem respeitar a lei elaborada pelo Poder Legislativo, e) cidadãos dotados de direitos públicos subjetivos, especialmente individuais e políticos.<sup>117</sup>

A democracia moderna tomou sua feição básica na democracia grega. Quanto a isso não há dúvidas. Mas muito se evoluiu conceitualmente

---

<sup>114</sup> José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª. Edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112.

<sup>115</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

<sup>116</sup> VAYSSE, Jean-Marie. *Vocabulário de Immanuel Kant*. Tradução Claudia Berliner, revisão técnica Maurício Keinert. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2012, p. 24.

<sup>117</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53-54.

daquela inicial democracia para a atual. Não mais se tem a democracia como forma de escrutínio apenas, de perguntas e respostas entre governantes e governados, mas como um todo axiológico do sistema, de constante participação da vontade popular em tudo que se refere à coisa pública.

E atentos a essa amplitude, mister algumas precisões, porquanto muito se risca em confundir num mesmo elemento sintático as diferentes cargas semânticas carregadas.

Por primeiro, a noção democrática é uma *forma* de se garantir ao povo a participação na política local. Ou seja, é *estruturalmente* acesso à tomada de decisões dos órgãos públicos.

Daí afirmar-se que

da idade clássica até hoje o termo democracia sempre foi empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos de governo com que pode ser exercido o poder político. Especificamente designa a forma de governo na qual o poder público é exercido pelo povo.<sup>118</sup>

Por isso que sua maior imagem é a votação.

A forma democrática diz da declaração de vontade do povo nos rumos do Estado. Assim, é aferição e respeito a decisão da maioria, de maneira a se estabelecer uma certa homogeneidade.

O que se procura colher é o que, nos eleitores, gente que é o povo organizado para as eleições, os liga uns aos outros. Os votos em cada candidato revelam elemento particular e indecomponível da declaração de vontade, que há no voto. Não é possível governar-se sem certa homogeneidade de interesses, desejos, convicções, ainda nas monarquias absolutas. A democracia atribui à maioria a revelação das homogeneidades

---

<sup>118</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 135.

ou concordâncias, ao mesmo tempo que a escolha dos órgãos para que essa homogeneidade *atue*.<sup>119</sup>

Daí se firmar que a democracia “serve, portanto, à classificação da consciência coletiva”; ou seja, que se estabeleça sempre uma maioria (de regra simples, e não qualificada), sem violência, coação ou fraude, com vistas a integrar o povo e satisfazer um “sentimento de poder”<sup>120</sup> -ao menos nos rumos político-jurídicos do Estado.

Todavia, Pontes de Miranda é peremptório em afirmar que a democracia é questão de forma, de meio de operacionalização. E que assim não teria outro conteúdo de fundo.

*Democracia* é forma, processo, método; não é fundo. Forma de criação da ordem estatal, ou de parte dela; processo ou método para se decidir (mediante referendo ou em reunião do povo mesmo), ou para se escolherem chefes, legisladores, juízes, executantes. O que se decide, ou o que fazem os chefes, legisladores, juízes, não pertence à democracia, que é forma; pertence ao fundo -regra, programa, ato. Por isso, ao lado da forma, processo ou método, as Constituições soem conter enunciados de direitos, de obrigações, de ordens ou mandamentos, que são o conteúdo mesmo da ordem estatal.<sup>121</sup>

Esta posição hoje é discutida; e em geral, tem-se que o princípio democrático possui ampla gama valorativa, como se mostrará oportunamente.

Num geral, a essencial nota da Democracia está na alma. Está no Direito. E fará deste *Democrático*.

---

<sup>119</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Questões Forenses (Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual e Privado)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, tomo II (pareceres 56 a 104), p. 382.

<sup>120</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Questões Forenses (Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual e Privado)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, tomo II (pareceres 56 a 104), p. 382-383.

<sup>121</sup> *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)*. 1ª edição, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2002, p. 50.



### 3.6. Processo Penal

Numa ótica formal, o processo presta-se à aplicação do direito material. Assim, o Direito é uma realidade, mas sua realização será ou espontânea ou por meio dos aparelhos estatais, a que se destina o Direito processual.

O Direito *é*; mas a medida do seu *ser* é dada pela sua *realização*. Tal realização, ou ocorre pela observância espontânea, ou pelos aparelho do Estado, tendentes a isso, às vezes criados para isso, como o é o da Justiça. Existe, ainda, o direito especial, que se destina à realização do Direito -o direito processual.<sup>122</sup>

Especificamente o processo penal, presta-se estruturalmente à aplicação do Direito Penal; tem, pois, em sua forma essencial, a constituição de relação jurídica (processual) entre o Estado-Juiz, o Acusador (em regra o Estado-Administração, por meio do Ministério Público) e o réu, que é quem pode sofrer as consequências do processo (uma constituição, declaração, condenação, mandamento ou execução *lato sensu*).

Essa é a forma do direito processual: dar ensejo à correta, senão legítima, aplicação direito material. Por isso que se afirma ser adjetivo, porque vive –ou viveria, melhor- em razão do principal.

Para dar adequada conceituação de Direito Processual Penal, deve-se atentar para os bens jurídicos envolvidos: em última análise, a liberdade do réu; ou mesmo sua morte (artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘a’, da Constituição Federal).

---

<sup>122</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970, p. 30.

Mas, como sói acontecer, as Artes, livres em seu ser, desprendidas da linguagem da Ciência do Direito, e assim, muito mais fluidas na transmissão de ideias, acaba por afirmar uma imagem do que seja o Processo Penal.

Veja-se a seguinte citação, em que Dante e Virgílio chegam às portas do Inferno.

*Chegando à porta do Inferno, os dois poetas deparam a ameaçadora inscrição. Entram e encontram no vestibulo o caminho; alcançam o Aqueonte, rio onde Caronte, o barqueiro infernal, conduz as almas dos danados à margem oposta, rumo ao suplício.*

‘Por mim se vai à cidade das dores; por mim se vai à ininterrupta dor; por mim se vai à gente condenada. Foi Justiça que inspirou meu Autor; fui feito por Poderes Divinais, Suma Sapiência e Supremo Amor. Antes de mim, havia apenas coisas eternas, e eu, eterno, perduro. Abandonai toda a esperança, ó vós que entrais!’<sup>123</sup>

Assim como na narrativa os condenados são levados ao *Inferno* pela personagem *Caronte*, o Processo Penal é, em sua estrutura, o meio pelo qual se aplica a maior violência estatal possível. Com efeito, afirma-se: *Caronte* é o Processo Penal; é o instrumento que se usa para aplicar o ramo do Direito mais odioso, mais vingativo.

E esta forma de violência não é sem razão: o autor de um delito realiza um mal tamanho que merece da coletividade uma sanção. É o caminho para o *inferno* dito civilizado e racional. Da mesma forma que há, na religião e nas artes, o Inferno, há na vida em sociedade o Direito Penal.

---

<sup>123</sup> ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*, tradução de Fábio M. Alberti, São Paulo: Nova Cultural, 2002, canto III, p. 17, grifos no original.

Desta função mínima do processo resplandece a forma básica do Direito Processual: conjunto de instituições, normas e pessoas que aplicam o direito objetivo, sendo o Estado o substituto da justiça de mão própria.<sup>124</sup>

*O sentido (e o escopo) do direito processual vigente foi posto em relevo, desde Adolf Wach (Handbuch, I, 11), como independente daquilo que tem por fito as partes; portanto, acima do próprio intuito de pacificação. A realização do direito, em que o Estado se interessa, é o que prima. Seja como for, a tutela da esfera jurídica dos indivíduos não vem na primeira plana (assim, Friedrich Bunsen, Lehrbuch, 1-3); e foram vítimas da antiga concepção, primitiva, correspondente ao símbolo das mãos cruzadas, Konrad Hellwig (Lehrbuch, I, 2) e tantos outros. Hoje os estudos de etnoantropologia e de psicologia analítica veiram comprovar o que Adolf Wach apontara e se tirava da perspectiva histórica.*

*Se o Estado chamou a si a decisão das questões, a função da justiça, criou a todos os interessados a pretensão à tutela jurídica, a que corresponde o seu dever de prestar aos figurantes o que prometera. Seria absurdo que se visse no Estado o dever do Estado, a sua obrigação de resolver os litígios, e não se visse no autor, no réu e nos que podem intervir ou serem chamados o direito e a pretensão a que a entidade estatal faça aquilo que retirou aos que lutariam em justiça de mão própria.*

*O fim do processo é aplicar a regra jurídica ao caso concreto. (...)<sup>125</sup>*

E é nesse afã que se criam as estruturas necessárias para a realização da promessa estatal de distribuir justiça.

---

<sup>124</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo I (art. 1º ao 45), p.99-101.

<sup>125</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, tomo I (art. 1º ao 45), p. XXI, grifos no original.

Especificamente em relação ao Processual Penal é isso que ocorre. É soma e interação das normas de Direito Processual Penal e das pessoas e instituições (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, ao menos; segundo conformação de sistema acusatório, com separação das funções).

Especificamente em relação ao Processo Penal, Galdino Siqueira assim o definiu:

Nesta acepção, e no ponto de vista *científico*, o *processo criminal*, parte integrante e complementar da ciência do *direito criminal* ou de *repressão*, tem por objeto a determinação dos órgãos necessários e respectivas funções para a reintegração da ordem jurídica turbada pelo delito e a investigação das normas e das formas que devem ser observadas e do método que é necessário seguir para atingir aquele fim.

Encarado o processo criminal por outra face, isto é, como *positivo ou legislativo*, pode-se definir como o *complexo de atos solenes preestabelecidos, pelos quais certas pessoas, legitimamente autorizadas, conhecem dos delitos e dos delinquentes, para justa aplicação das penas.*<sup>126</sup>

Semelhantemente o fez João Mendes de Almeida Júnior:

O *Direito Judiciário*, pois, como ramo da ciência jurídica que demonstra os princípios e as regras da atividade do Poder Judiciário, divide-se em quatro doutrinas: a doutrina da *organização judiciária*, a doutrina das *ações*, a

---

<sup>126</sup> Siqueira, Galdino, *Curso de Processo Criminal*. 2ª ed., São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1917, p. 1.

doutrina das *provas* e a doutrina do *processo*. O *processo criminal* é o complexo das formas da justiça criminal.<sup>127</sup>

Temos que é o conjunto das possibilidades e atualidades da incidência e aplicação<sup>128</sup> de normas de Direito Penal.

Tem-se exposta a causa formal do direito processual. Não significa, como já se pretendeu, fosse a única característica do processo; daí, definir o direito processual como mero instrumento de aplicação do direito material soar vazio num Estado Democrático de Direito.

E se faz evidente essa insuficiência, tanto mais quanto se aproxima do Estado Democrático de Direito, o qual é caracterizado pelas funções que exerce, muito mais do que sua estrutura. Em poucas palavras: é mais função que estrutura.

---

<sup>127</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. volume I, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959, p. 12.

<sup>128</sup> Sobre o conceito de *incidência e aplicação*, usamos a posição de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970, p. 384-386.)

## 4. FUNÇÃO

Sabe-se que a teoria da causalidade aristotélica classifica em graus de valia as quatro causas, como já exposto. Desde a de menor valia, a causa eficiente, até a de maior valia, a causa final, que se vincula à “ideia de uso”<sup>129</sup>.

Um aspecto fundamental dessa teoria da causalidade consiste no fato de que as quatro causas não possuem o mesmo valor, isto é, são concebidas como hierarquizadas, indo da causa mais inferior à causa superior. Nessa hierarquia, a causa menos valiosa ou menos importante é a causa eficiente (a operação de fazer a causa material receber a causa formal, ou seja, o fabricar natural ou humano) e a causa mais valiosa ou mais importante é a causa final (o motivo ou finalidade da existência de alguma coisa).<sup>130</sup>

Nota-se que não se faz distinção entre função e finalidade, porquanto o primeiro termo –função- é tomado sobre o sentido aristotélico de *causa final*.

Neste ponto, a ótica central serão as instituições brasileiras contemporâneas; isto é, os órgãos, em sua estrutura, em sua forma, a serem completados por função; quer dizer: postas em uso.

Sabe-se que não existe um Direito bom, apenas um Direito bom para um povo num determinado tempo e contexto, e é isso que se pretende: analisar as instituições em seu efetivo mister, de modo a poder aperfeiçoá-las.

---

<sup>129</sup> CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 10.

<sup>130</sup> CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 9.

Por isso, quando a primeira Carta Brasileira, a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, prescrevia, no artigo 5º, que

A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo. (SIC)

se deve entender como um avanço nas liberdades individuais. Leitura, pois, contextualizada. Todavia, hoje, seria um atentado contra o sentimento de liberdade –especificamente religiosa- do brasileiro.

Daí reiterar-se que se deve entender a *função* do Direito, Estado e Processo Penal vigentes, contemporâneos. Somente assim é que se poderá notar incoerência e agir para modificá-las, bem como fazer sugestões.

Antes de Fichte e Marx, Kant descobre o primado da prática, o fato de que existem problemas, e em primeiro lugar o da liberdade humana, que não têm solução teórica, somente prática.<sup>131</sup>

Neste sentido é que se deve divisar um fim, e atentar para que este fim seja alcançado; entra então a problemática do meio. Noutras palavras, atingir qualquer meta exige que se pense no caminho a se percorrer: está posta a questão da ideologia.

Tão problemática é a questão da ideologia que até se prefere usar o termo *método* e *metodologia* para manter precisão semântica.

O termo surgiu em 1801, com Destutt de Tracy, que desejava criar um ciência da gênese das ideias. Posteriormente assumiu sentido pejorativo remonta da Revolução Francesa, quando Napoleão Bonaparte rompeu com os “ideólogos”. E com Karl Marx assume definitivamente o sentido de *inverter o sentido entre ideias e realidade*; transmuda-se para *conjunto de*

---

<sup>131</sup> VAYSSE, Jean-Marie. *Vocabulário de Immanuel Kant*. Tradução Claudia Berliner, revisão técnica Maurício Keinert. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2012, p. 22.

*ideias de uma época. Perdeu, portanto, o sentido original de atividade filosófica e científica que estuda a gênese das ideias*<sup>132</sup>

Esta problemática vai ao encontro da crítica existencialista, em especial de Jean-Paul Sartre, que afirma que a existência precede a essência, de modo que se está condenado à liberdade.<sup>133</sup>

Posteriormente Sartre, atento ao humanismo que se propõe, afirma que fé é agir do nada, sem fingir imposição ou exigências socioculturais ou biológicas; é dotar o mundo de significados.<sup>134</sup>

Diante disso, não se quer forçar uma ideologia à função dos institutos estudados, porém é evidente que a função democrática é uma meta que se busca, em especial para o Direito Processual Penal.

#### **4.1. O Ser Humano e a Sociedade**

Sob os riscos de se cair em dogmas metafísicos, particularmente espirituais, é de se discutir a função do indivíduo.

Na história encontrar-se-ão inúmeras visões sobre a função do indivíduo: servo, soberano, braço da revolução, plebeu, cidadão. Mas são visões envolvendo o indivíduo em relação ao corpo político. É a questão da *autoridade*, que é *poder formal* de uma estrutura política<sup>135</sup>.

Especialmente em relação ao homem e à sociedade, é difícil falar em função sem adotar alguma linha ideológica preestabelecida: a verdade,

---

<sup>132</sup> CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 22-29.

<sup>133</sup> REYNOLDS, Jack. *Existencialismo*. Tradução de Caesar Souza, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 15.

<sup>134</sup> REYNOLDS, Jack. *Existencialismo*. Tradução de Caesar Souza, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 17.

<sup>135</sup> NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*, 2ª edição, Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010, p. 113-114.



justiça social, liberdade, religiosidade, amor, poder, igualdade, lealdade, paz, ordem social.<sup>136</sup>

Por isso, ao discorrer da função do homem, reconhece-se como decorrência da dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher o destino a seguir.

Emmanuel Kant já apresentou a clássica função do indivíduo: ser fim em si mesmo. E é esse o germe da visão democrática da pessoa humana, que fundamenta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República).

O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou sentimento [*Affektionspreis*]; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.<sup>137</sup>

Tem-se, pois, o fundamento moralista da dignidade da pessoa humana.

Diversas outras visões existem.

Marque-se a ideologia cristã, segundo a qual toda existência tem por finalidade D'us. Em outras palavras, a finalidade do Universo é D'us. Daí a máxima: “para Sua maior glória e honra”<sup>138</sup>. A função envolve o vínculo entre a pessoa e o Ente Supremo.

---

<sup>136</sup> Para análise dos temas, veja-se: MACEDO, Silvio de. *Curso de Filosofia Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 33-66.

<sup>137</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 65.

<sup>138</sup> CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 9-10.

Outros, como Ruse, entendem que a marca distintiva do homem é o altruísmo<sup>139</sup>. Tem-se marcada a finalidade do homem com foco nas relações intersubjetivas. A função envolve o indivíduo como ser social.

Importante a posição de Friedrich Nietzsche, que defende que o homem deve se esvaziar de todos os valores mundanos, no sentido de poder evoluir e fazer-se *sobre-homem*, e assim atingir a grandeza.

Ali o homem é superado a cada momento, o conceito de “super-homem” fez-se ali realidade suprema - tudo o que até aqui se chamou grande no homem situa-se a uma distância infinita, *abaixo* dele. O elemento alciônico, os pés ligeiros, a onipresença de malícia e petulância, e o que mais for típico do tipo Zaratustra, isso jamais se sonhou como essencial à grandeza. Precisamente nessa extensão de espaço, nessa acessibilidade aos contrários, é que Zaratustra se sente como a *forma suprema de tudo o que é*, e, ouvindo como ele a define, renuncia-se a procurar seu símile.<sup>140</sup>

A própria ideia pragmatista<sup>141</sup>, de estudar o objeto pelas relações que estabelece, já mostra como uma parte não existe sem a outra. Um indivíduo sem o outro, bem como o indivíduo sem a sociedade e (modernamente) sem o Estado.

---

<sup>139</sup> FERRY, Luc. VINCENT, Jean-Didier. *O que é o Ser Humano? Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia*, tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 58-59.

<sup>140</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo - como alguém se torna o que é*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza, 2ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 86.

<sup>141</sup> Veja-se uma exposição da teoria comunicação: “A ideia de prioridade pragmática dos atos de fala setraslada às decisões jurídicas, de modo que o significado de normas e instituições só é perceptível a partir da decisão geradora. Por esse motio, a decisão é o elemento central do direito, e dela resultam a norma e a instituição.” (ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves, Barueri, SP: Manole, 2005, p. 3).

## 4.2. Estado e Direito

Exposta a intrínseca dificuldade em separar estrutura de função, torna-se a clássica definição de Estado: “O *Estado*, em suma, nada mais é do que o organismo político de um corpo social subsistente por si, com as funções de definir e manter os direitos individuais e de promover o interesse comum.”<sup>142</sup>

Note-se que o próprio João Mendes de Almeida Junior. definiu a essência do Estado –numa proposta ontológica- sem impedir-se de adentrar na função.

O fez certamente porque não há no mundo real uma causa única: é novamente o fenômeno da unidade e complexidade.

Max Weber aponta que não há uma função que já não tenha sido tentada nos Estados.

Não é possível discutir um grupo político -nem mesmo o Estado- indicando o seu objetivo. Não há nenhum objetivo que os grupos políticos não se tenham alguma vez proposto e não há nenhum que todos não tenham tentado alcançar, desde a garantia da segurança pessoal, à determinação do direito.<sup>143</sup>

Quer dizer, a função no Estado não é algo inerente à causa formal ou às demais, mas parte do perfil real da coisa que possui existência história e um futuro a ser construído com base nas decisões presentes.

E, com efeito, conclui que a verdade está no mundo dos fenômenos. Quer dizer, a opção por uma função específica será questão do perfil constitucional, que envolve a peculiaridade de cada grupo social.

---

<sup>142</sup> ALMEIDA JUNIOR. João Mendes de. *Noções Ontológicas de Estado, Soberania, Autonomia, Federação e Fundação*, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 30.

<sup>143</sup> citado em NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*, 2ª edição, Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010, p. 68.

Toda essa tradição, todas essas lições (que poderiam ser repetidas em outras incontáveis citações) confluem para formar uma concepção do Direito, a que é a base da doutrina clássica do Estado de Direito.<sup>144</sup>

Emer de Vattel se pronunciava sobre o Estado, cuja finalidade seria promover a felicidade da Nação; contudo, baseava-se no direito natural para atingir essa conclusão.

Continuemos a expor os principais objetivos de um bom governo. O que dissemos nos cinco capítulos precedentes refere-se aos cuidados em prover as necessidades do povo e em buscar a afluência no Estado. Trata-se de questão de necessidade, o que não é bastante para a felicidade de uma Nação. A experiência mostra que um povo pode ser infeliz no meio de todos os bens terrestres e no seio das riquezas. Tudo o que pode habilitar os homens a desfrutarem de verdadeira e sólida felicidade constitui um segundo objetivo, que merece a mais séria atenção do governo. A felicidade é o centro para o qual são direcionados todos os deveres que indivíduos e povos querem para si próprios; é o grande fim da lei natural. O desejo de ser feliz é o mais poderoso incentivo que move os homens; a felicidade é o fim para o qual todos tendem e ela deve ser o grande objetivo da vontade pública.<sup>145</sup>

Marco Tulio Cícero, discorrendo sobre os benefícios para o povo que a ciência jurídica pode trazer, já batia pelo mister do Estado prestar serviços aos cidadãos no sentido de ajuda-los; mas não pela entrega de dinheiro, senão com serviços.

---

<sup>144</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

<sup>145</sup> VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*, prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel, Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 76-77.

“Benefícios que se concretizam não em doação de dinheiro e sim em prestação de serviços, acontecem tanto em favor do Estado em geral quanto para o bem dos cidadãos em particular. Com efeito, proteger alguém em seus direitos, dando-lhe assistência, mediante conselhos, ajudando-o em tudo quanto possível com sua especialidade de conhecimento, isso contribui e muito para angariar simpatia e popularidade.<sup>146</sup>

João Mendes de Almeida Júnior expõe que o indivíduo tem a alma, racional e sensitiva, como princípio formal da vida; não apenas como organismo, de modo que mantém a unidade entre estado animal e ético. E há este estado ético tanto no indivíduo como na sociedade. Naquele, as forças atrativas permanentes constituem os estados de liberdade, família e cidade; nestes, determinam os órgãos e funções.<sup>147</sup>

E assim conclui:

A força vital da sociedade civil se manifesta nos poderes: *Legislativo*, cujo fim é definir o direito e desenvolver o interesse social; *Executivo*, cujo fim é manter o direito e promover o interesse social; e *Judiciário*, cujo fim é aplicar o direito às relações individuais. A palavra *função* exprime a causa final específica da atividade de um organismo; a palavra *órgão* exprime o instrumento da atividade. O *Estado* é o organismo político de um corpo social; distingue-se do mesmo corpo social, como o *organismo* do animal distingue-se do corpo animado; a força do *organismo* não decorre simplesmente da disposição dos órgãos, mas do espírito e da tensão que o anima.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> CÍCERO, Marco Tulio. *Os Deveres*, tomos II e III, texto integral. Tradução Luiz Feracine, São Paulo: Escala, 2008, p. 97.

<sup>147</sup> ALMEIDA JR. João Mendes de. *Noções Ontológicas de Estado, Soberania, Autonomia, Federação e Fundação*, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 25-6.

<sup>148</sup> ALMEIDA JR. João Mendes de. *Noções Ontológicas de Estado, Soberania, Autonomia, Federação e Fundação*, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 28-29.

Têm-se as linhas mestras da função do Estado: função normativa, administrativa e judicial, todas *precípua*s dos respectivos Poderes.<sup>149</sup>

No mesmo sentido se manifesta Celso Antonio Bandeira de Mello. E acrescenta que existem duas principais formas de classificar as funções do Estado: a) critério orgânico, em que a função é indicada por quem a produz; e b) critério objetivo, em que a função é classificada pela atividade, e se divide em material (elementos intrínsecos da atividade) e formal (deduzidas no ordenamento jurídico). Ao fim, aponta que o critério correto seria o formal.<sup>150</sup>

Com relação à função do Direito, apresentam-se algumas teorias.

Emmanuel Kant entende que o Direito tem por função a coexistência de liberdades.

Por conseguinte, a lei universal de direito: age exteriormente de modo que o livre uso de seu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal, é, na verdade, uma lei que me impõe uma obrigação; mas não exige de mim que à causa dessa obrigação deva eu sujeitar minha liberdade a essas próprias condições; (...)<sup>151</sup>

Já Ihering aponta que o Direito é uma realidade de luta constante.

O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força com

---

<sup>149</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et alii*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60-61.

<sup>150</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30-34.

<sup>151</sup> KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, tradução de Edson Bini, São Paulo: Icone, 1993, 46.

a qual a Justiça impunha espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.

O direito é um labor contínuo, não apenas dos governantes, mas de todo o povo.<sup>152</sup>

Ter-se-ia uma derivação da doutrina utilitarista, entrelaçada em contexto histórico e social, e submetida à ideia de coação estatal -“direito pela força”, sendo o Estado fonte única do Direito.<sup>153</sup>

Numa doutrina idealista objetiva, em que realidade e racionalidade se confundem e se movimentam em processo dialético, Hegel tem o Estado como realizador do Direito, sendo pelo Estado que o indivíduo poderá realizar seus fins.<sup>154</sup>

O que é o direito em si afirma-se na sua existência objetiva, isto é, define-se para a consciência mediante o pensamento. É conhecido como o que, com justiça, tem valor: é a lei. Esse direito é, por meio desta determinação, o direito positivo em geral.<sup>155</sup>

Numa linha socialista, ROBERTO LYRA FILHO defende que nada está num sentido pronto e acabado; ou seja, não é concebível que se tenham institutos por imutáveis: tudo está em construção.<sup>156</sup>

Todavia, acata a possibilidade de buscar a “essência” do direito, num processo ontológico --baseando-se em Lukács, que parte do fenômeno para

---

<sup>152</sup> IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella, 6ª edição, revisão da tradução, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

<sup>153</sup> PAUPÉRIO. A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 78-79.

<sup>154</sup> PAUPÉRIO. A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 69- 71.

<sup>155</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas de Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1997, p. 182.

<sup>156</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*, 7ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 13.

deduzir o *ser* no interior de cada cadeia. Acredita que Direito e Justiça caminham entrelaçados; e Justiça é Justiça social, antes de tudo<sup>157</sup>.

”Direito é processo, dentro do processo histórico: não é coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de liberação das classes e grupos ascendentes e que define na exploração e opressão que o contradizem, mas de cuja contradição brotarão as novas conquistas.”<sup>158</sup>

E conclui com Bloch, que Direito tem por função a instauração da faculdade de agir de classes e grupos, sem alienação, nas normas de agir de uma comunidade enfim não alienada.<sup>159</sup>

Por sua vez, Miguel Reale defende o Tridimensionalismo Jurídico. Assim, o Direito é entendido como no aspecto cultural e fenomenológico, bem como num aspecto normativo, o qual pressupõe situação de fato referido a valores. Portanto, os três elementos fundamentais: fato, valor e norma. Ademais, o Direito é concreto e dinâmico.<sup>160</sup>

Admite a dialética da implicação e da polaridade: quer dizer que os fatos realizam os valores mediante a norma; isto é, estão em permanente atração polar. Nesta entoada, forma uma unidade funcional e de processo -- chamada tridimensionalidade específica, que estuda a validade social, ética e técnico-jurídica.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*, 7ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 14-15 e 120.

<sup>158</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*, 7ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 121. E acrescenta: ““O aspecto jurídico do processo é o que delinea a forma positivada, aspecto próprio dos princípios da práxis social justa, e do controle social legítimo, com indicação das normas em que ele venha a se organizar, no modelo atualizado e vanguardeiro de organização social da liberdade” (*idem, ibid.*, p. 123).

<sup>159</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*, 7ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 123.

<sup>160</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compênciade Introdução à Ciência do Direito*. 8ª edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 128.

<sup>161</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compênciade Introdução à Ciência do Direito*. 8ª edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 128.



### 4.3. Estado de Direito

Desde seu tempo, Aristóteles já defendia que a função da cidade--que se deve atentar para a diferença evolutiva do termo-- é alcançar a felicidade.<sup>162</sup>

Numa nota terminológica, a expressão Estado de Direito pode ser equívoca por apontar --além com conteúdo de oposição ao Estado absolutista tardio--, um outro, em sentido literal, que propugna pela simples existência de regras jurídicas, sentido este inaceitável.<sup>163</sup>

A temática do Estado de Direito iniciou-se com a doutrina do Direito Natural, sendo diversos de seus postulados ainda debatidos na doutrina.

Tão logo o direito natural foi colocado como fundamento do moderno Estado de direito e assim que seus princípios de vínculos apenas políticos ou externos passaram a ser também jurídicos ou internos, perdeu sua função de parâmetro exclusivo de valoração do direito positivo. Tal função, depois da inclusão daqueles princípios entre as normas constitucionais, também emana destas últimas, de forma que todo ‘Estado de Direito’, especialmente quando está dotado de uma Constituição rígida, é susceptível de valoração não só externa, referida a princípios naturais de justiça, senão também interna, quer dizer, referida a seus próprios princípios tal e como são garantidos por regras positivas de direito natural que são os textos constitucionais. E esta valoração não se refere somente à justiça, senão diretamente à validade das normas jurídicas. Mais precisamente, a diferença entre dever ser e ser *no* direito tem chegado a coincidir com a existente entre justiça e direito positivo em seu conjunto.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, São Paulo: Escala, s/a, p. 13-16.

<sup>163</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

<sup>164</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*; prefácio da 1ªed italiana, Norberto Bobbio. 2ª edição rev e ampl. Tradutores Ana Paula Zomer Sica *et alli*. Colaboradores Alexis Augusto Couto de Brito *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 329.

E conclui que a norma superior será entendida como direito em relação às inferiores. E estas, fato em relação àquelas. Daí a garantia da normatividade da norma superior --principalmente de direito natural positivado.<sup>165</sup>

Noutra linha, ressalte-se, o Estado de Direito caracteriza-se pela *submissão ao império da lei, divisão dos poderes e garantia dos direitos individuais*.<sup>166</sup>

Tem, portanto, forte contexto axiológico: “Na verdade, hoje, a concepção de Estado de direito liga-se a um contexto de valores e à ideia de que o direito não se resume à regra escrita.”<sup>167</sup>

No mesmo sentido, afirma-se o seguinte:

A separação de Poderes, a superioridade da lei, a Constituição, não são valores em si mesmos, antes existem para tornar efetiva, permanente e indestrutível a garantia de direitos fundamentais. A proteção do indivíduo contra o Estado é o objetivo de toda a magistral construção jurídica que percorremos.<sup>168</sup>

Para garantir a clareza terminológica, a proteção dos direitos individuais deve ser entendida como um mínimo deôntico do Estado de Direito.

---

<sup>165</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*; prefácio da 1ªed italiana, Norberto Bobbio. 2ª edição rev e ampl. Tradutores Ana Paula Zomer Sica *et alli*. Colaboradores Alexis Augusto Couto de Brito *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 329.

<sup>166</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113.

<sup>167</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

<sup>168</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

#### 4.4. Estado Democrático de Direito

Pontes de Miranda entende que a Democracia é um método, um processo de participação do povo dos assuntos públicos.

Democracia é a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha dos legisladores, na escolha direta ou indireta dos outros encarregados do poder público.<sup>169</sup>

Certo é que esta visão hoje se encontra isolada.

E mesmo o autor não deixa de negá-la carga funcional. Admite ele que a democracia está ligada à paz, à verdade e ao pluralismo:

Persuadir, tal a arma democrática. Imita a ciência, que tem por fito o valor verdade por sua própria função persuasiva. Um dos ideais democráticos é o de transformar a decisão pela vontade em decisão pela verdade; outro, o de evitar que as minorias prevaleçam, salvo pelo prestígio das fórmulas que exibem.<sup>170</sup>

Primeiramente, há forte ligação entre o Estado de Direito e a Democracia. Inclusive a democracia, não no sentido moderno, é que teria dado origem ao Estado de Direito. E na atual situação, não seria possível existir um sem o outro.<sup>171</sup>

Sobre as decisões políticas do povo, Augusto Comte já advertiu que o próprio povo é que deve decidir sua vida pública; não os governantes. A estes caberia, apenas, realizar as aspirações populares.

---

<sup>169</sup> *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)*. 1ª edição, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2002, p. 191.

<sup>170</sup> *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)*. 1ª edição, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2002, p. 277.

<sup>171</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Traduzido por Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 112.

Só o público deve indicar o objetivo a ser alcançado, porque, se nem sempre ele sabe o que lhe é necessário, sabe perfeitamente o que quer, e ninguém deve pensar em querer por ele.

Dos meios para atingir esse objetivo, ocupar-se-ão, entretanto, exclusivamente os especialistas em política, desde que tal objetivo seja claramente indicado pela opinião pública. Seria absurdo que a massa pretendesse discorrer a esse respeito. A opinião deve *querer*, os publicistas *propor os meios de execução*, e os governantes *executar*. Enquanto estas três funções não forem distintas, haverá confusão e arbítrio em maior ou menor grau.<sup>172</sup>

Tão carregada de carga axiológica é a Democracia que se irradiou no direito processual, fazendo-se positivar, em instrumento constitucional, direitos propriamente processuais:

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.”<sup>173</sup>

De outra forma, a Democracia estica suas ramificações para além da estrutura básica do Estado; e assim passa a transmitir sua normatividade para todos os setores da vida do cidadão, de modo que os princípios constitucionais se tornam perenes e onipresentes.

Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual constitucional* e que consiste na ‘condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo’. A ideia-síntese que está à base

---

<sup>172</sup> COMTE, Augusto. *Opúsculos de Filosofia Social*, tradução de Ivan Lins e João Francisco de Souza, Porto Alegre: Globo; São Paulo: Ed da universidade de São Paulo, 1972, p. 10-11.

<sup>173</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Rumo Gráfica Ed., 1986, p. 14.

dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito, significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como fio dito, é justificado pela instrumentalidade).<sup>174</sup>

E veja-se: a Democracia é caracterizada pelo crescente poder jurisdicional que garante a soberania popular<sup>175</sup>.

Isso muito adequadamente se relaciona com a intrínseca relação entre processo, Constituição e Democracia, pois as garantias processuais e o processo evoluíram simultaneamente em importância e densidade.

Em relação ao cidadão, além de aprofundar os conteúdos próprios do Estado de Direito, dá amplitude maior aos direitos dos cidadãos: passam a ser tutelados direitos individuais e sociais.

No Brasil, a Constituição Federal estipula que

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

---

<sup>174</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Rumo Gráfica Ed., 1986, p. 13.

<sup>175</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Traduzido por Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 112.

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Assim, tem-se o perfil do Estado Democrático de Direito - que é o Brasileiro.

#### **4.5. Função do Processo Penal**

O Processo Penal está umbilicalmente ligado ao Direito Penal. E assim se estabelecem suas estruturas: estruturas jurídicas e estatais. E dentro destas estruturas há um mínimo de função, que é a aplicação do Direito Penal, nada mais.

Neste sentido, Carnelutti vê o Processo Penal --que nomeia Direito Penal Processual-- como meio necessário de aplicação da pena. Esta seria a função maior. Caberia ao Direito Penal Material preocupar-se com o delito.

*O direito penal material* tem, portanto, como objeto o delito; o *direito penal processual* tem, em troca, como objeto a pena. Um e outro conjuntamente formam o *direito penal*.<sup>176</sup>

Na doutrina brasileira, é tradicional a menção do Processo Penal como meio de realização das garantias constitucionais.

Neste sentido já se manifestou Galdino Siqueira:

---

<sup>176</sup> Carnelutti, Francesco. *As Funções do processo penal*. Tradução, Rolando Maria da Luz, Campinas: Apta, 2004.

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais.<sup>177</sup>

É certo que se fala nas semelhanças entre a jurisdição penal e a civil. Muitos vêm idênticos institutos, que se diferenciariam apenas no seu objeto.

A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório. O *ne procedat judex ex officio* sucedeu à velha paremia do direito gaulês de que *‘tout juge est procureur général.’*

Em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, que atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade.<sup>178</sup>

A tempo, explica que as semelhanças entre os dois ramos do Direito - Processo Penal e Processo Civil - não apagam a diferença própria do objeto. Portanto, haveria diferença de grau.

Não há dúvida de que a marcha e o desenvolvimento do processo penal apresentam peculiaridades que não se encontram no processo civil. Trata-se, porém, de fenômeno que se verifica dentro dos próprios quadros do processo

---

<sup>177</sup> SIQUEIRA, Galdino, *Curso de Processo Criminal*. 2ª ed., São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1917, p. 3.

<sup>178</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 15.

civil e do processo penal, respectivamente, no tocante ao procedimento de uma ou outra ação.

O conteúdo deles, às vezes, é diferente em um e outro processo; diferença, no entanto, apenas de grau, e não qualitativa.<sup>179</sup>

Atento às peculiaridades, José Frederico Marques ressalta a íntima ligação entre o processo e o Estado de Direito. Preleciona que a mera função de aplicação do Direito material não resume o papel do Direito Processual no Estado de Direito, mormente porque é aí que se vão realizar direitos e garantias constitucionais.

No Estado de Direito, o processo não é simples conjunto de regras subalternas para a aplicação do direito material. Se assim fosse, o procedimento poderia vir contido em decretos e regulamentos para a fiel. Execução da lei, tal como se lê no art. 87, nº I, da Constituição Federal [de 1946]. Mas, o processo, dentro da ordem democrática, é instrumento de realização da justiça na órbita da legalidade.<sup>180</sup>

E como se vê, o Processo Penal Democrático é instituição realizadora de valores: é a “justiça na órbita da legalidade”.

Neste sentido, anota João Mendes de Almeida Júnior:

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discricção dos

---

<sup>179</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 16.

<sup>180</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 75.



juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos árbitros, seria uma ocasião constante de desconfiças e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos juízes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões.<sup>181</sup>

E assim resume as dificuldades a serem enfrentadas na legislação, de modo que se mantenha um sistema processual eficaz, mas que respeite os direitos individuais:

1º Conciliar as garantias necessárias à conservação da ordem na sociedade com as garantias ao mesmo tempo reclamadas pela liberdade individual;

2º Prover a acusação dos meios de investigar e convencer, e prover ao mesmo tempo a defesa dos meios de se justificar;

3º Proporcionar ao ofendido segurança e reparação, e proporcionar ao ofensor um anteparo às paixões do ofendido, a fim de que esta luta entre o acusado e o acusador não sofra senão a influência da justiça;

4º Prestabelecer, em suma, instituições e formas igualmente garantidoras, igualmente eficazes, igualmente fortes, tanto para o direito social de punir, como para o direito individual de defesa.<sup>182</sup>

#### **4.6. Nossa Posição**

Desde as linhas iniciais, buscou-se a pureza dos conceitos dividindo separar com clareza Direito de Estado, e estes de estruturas jurídico-políticas Estado de Direito e Estado Democrático de Direito.

---

<sup>181</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. volume I, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959, p. 13.

<sup>182</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. volume I, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959, p. 12-13.

Com efeito, defende-se que --ainda que existente alguma essência de justiça, objetivando o bem comum-- a prática do Direito e do Estado supera em muito esse *quid* ontológico, de modo que há prevalência do pragmatismo, até porque é de relações que vive o mundo.

As essências permanentes foram a preocupação da Ontologia: o idealismo socrático, platônico e aristotélico, e a ciência da idade média não constituíram outra coisa. O pensamento moderno tomou novos caminhos, -os resultados são assombrosos e sólidos. Hoje, reconhecemos que só é possível conhecer *relações*; na própria Aritmologia (Aritmética, Álgebra, Análise infinitesimal), são relações numéricas que estudamos: apenas abstraímos de tudo que não seja o dado de número.<sup>183</sup>

Daí relegar-se a metafísica em detrimento do estudo dos fenômenos naturais. No caso do Direito, das relações jurídicas.

Basta respeitar a estrutura e a função do Direito, divisando atingir fins práticos, pois as necessidades humanas são principalmente práticas. Se bem que questões metafísicas sejam de grande importância para os seres humanos, mas devem ser tratadas noutros processos adaptativos, sob pena de desvirtuar o Direito.

O Processo Penal presta-se a aplicar o Direito Penal. Mas num Estado Democrático de Direito, onde a nota maior dos institutos em relação ao indivíduo está nas funções, falta fundo ético nesta visão mecânica.

Portanto, o Processo Penal Democrático deve realizar direitos fundamentais em todos os aspectos que o compõe: tanto no estrutural (normas, instituições, agentes) quanto no funcional (eficácia jurídica dos direitos fundamentais).

---

<sup>183</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 8-9.

## 5. A NEGOCIAÇÃO NO INQUÉRITO

Primeiramente, não se trata o termo “negociação” no sentido civilístico de “negócio”, especificamente “negócio jurídico”. É intrínseco ao negócio jurídico valor econômico, o que não é o caso do negócio ou da negociação no inquérito. Muito menos envolve direitos disponíveis.

E a noção de liberdade de contratar, exposta no artigo 421, do Código Civil<sup>184</sup>, não é aplicável, uma vez que inexiste “liberdade de contratar” neste caso específico. Muito menos quando se lembra que, como se exporá melhor adiante, criar-se-á instituto com consequências materiais; quer dizer, é mecanismo processual com efeitos penais --de extinção da punibilidade.

Deste modo, não se pode falar na “liberdade” do direito obrigacional; apenas em atividade vinculada. É certo que, neste ponto, revelar-se-á um obstáculo à medida: ainda que não seja impossível, torna-se difícil falar em ato vinculado quando as condições desta vinculação não estão expressas; soa como ato potestativo e discricionário do Estado, a favorecer uns --ou seja, prejudicando o interesse social e as bases republicanas.

Mas não. A medida possui embasamento em princípios constitucionais: máxime na proporcionalidade.

Claudio José Langroiva Pereira, ao avaliar o Estado Democrático de Direito, constata que “o princípio da proporcionalidade surge como instrumento capaz de captar a sensibilidade popular às violações de

---

<sup>184</sup> Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. “Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

normas, bem como a valorização social racional do próprio sentido das penas”.<sup>185</sup>

Assim, aproveita-se o termo pela acepção comum, de modo a incorporá-lo e fazê-lo técnico (no direito processual penal).

## **5.1. Fundamentos da Negociação no Inquérito**

### **5.1.1. Bases filosóficas**

Desde que a democracia moderna tornou-se ideal político-jurídico dos países ocidentais, e em face de acontecimentos históricos amplamente divulgados em que se cometeram massacres contra minorias étnicas em favor de uma suposta maioria (ou maioria politicamente ativa), a filosofia utilitarista saiu de cena.

Todavia, o utilitarismo tem fundamento ético. Pode-se dizer que, enquanto filosofia jurídico-política, não afasta nem nega o princípio democrático. Seguindo-se a ideia fundamental de unidade e harmonia dos universos (jurídico, social, econômico, científico, físico) --e que cada um diferencia-se do outro apenas num corte epistemológico e em grau, não em qualidade--, tem-se que o utilitarismo tem que ser lido com lente democrática. E, claro, atualizado segundo as bases científicas modernas.

#### **5.1.1.1 Jeremy Bentham**

---

<sup>185</sup> PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 163.

O maior representante do utilitarismo foi Jeremy Bentham.

Baseou sua doutrina na ideia básica de que o homem foge da dor e busca a felicidade, sendo uma idéia filosófica e que poderia se aplicar a diversos compôs da vida, inclusive ao Direito -onde iniciou realmente sua empreitada.

A esta expressão [princípio da utilidade] acrescentei ultimamente -substituindo até a primeira- esta outra: a *maior felicidade*, ou o princípio da *maior felicidade*; isto por amor da brevidade, ao invés de expressar-me assim longamente: “o princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes de governo”. A palavra “utilidade” não ressalta as ideias de *prazer e dor* com tanta clareza como o termo “felicidade” (*happiness, felicity*); tampouco o termo nos leva a considerar o *número* de interessado; *número* este que constitui a circunstância que contribui na maior proporção para formar a norma em questão - a norma *do reto e do errado*, a única que pode capacitar-nos a julgar a retidão da conduta humana, em qualquer situação que seja. Esta falta de uma conexão suficientemente clara entre as ideias de *felicidade e prazer*, por uma parte, e a ideia de *utilidade*, por outra, tem constituído mais uma vez, para certas pessoas -conforme pude constatar-, um obstáculo para a aceitação do princípio acima, aceitação que, de outra forma, possivelmente não teria encontrado resistência. (nota do autor em julho de 1822)<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, tradução de Luiz João de Baraúna, in *Os Pensadores*, v. XXXIV, Jeremy Bentham e Jonh Stuart Mill, 1ª edição, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 9.

Trata-se de noção que recebeu grande aceitação, e persiste até hoje porque mexe com sentimentos experimentados por todas as pessoas, universalmente.

O princípio da utilidade reconhece esta sujeição (do gênero humano sob o domínio da dor e do prazer) e coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei.<sup>187</sup>

Desta ideia, veio o princípio da utilidade, que consiste no julgamento de uma ação porque, segundo os critérios da ideia de perseguir a felicidade e fugir da dor, poder-se-á tê-la como boa ou ruim, desejável ou indesejável.

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de ou medida de governo<sup>188</sup>.

Mas se deve atentar que o próprio autor divisou a possibilidade de malversação deste princípio, o que desde logo repudiou<sup>189</sup>.

O utilitarismo teve efeito destrutivo na ordem da sociedade feudal católica e absolutista, mas não logrou se substituir como solução para aquilo que criticava.<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, tradução de Luiz João de Baraúna, in *Os Pensadores*, v. XXXIV, Jeremy Bentham e Jonh Stuart Mill, 1ª edição, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 9.

<sup>188</sup> BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, tradução de Luiz João de Baraúna, in *Os Pensadores*, v. XXXIV, Jeremy Bentham e Jonh Stuart Mill, 1ª edição, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 10.

<sup>189</sup> BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, tradução de Luiz João de Baraúna, in *Os Pensadores*, v. XXXIV, Jeremy Bentham e Jonh Stuart Mill, 1ª edição, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 12.

Ademais, a doutrina ressalta que o princípio utilitarista é fundamento das legislações e condutas sócio-éticas. Portanto, chega a ser considerado fundador da ética moderna.

Também não chegou a ser aceito como regra para as ações de Estado.<sup>191</sup>

A doutrina do utilitarismo chegou a receber críticas de que seria possível beneficiar um grupo (dar-lhes prazer), em prejuízo de outrem (causar-lhes dor). Todavia, é insustentável, porque o próprio autor previu matematicamente fórmulas para aferir a utilidade, e causar diretamente um mal -“mal de primeira ordem”- sobrepondo-se a todas às demais injúrias. Mesmo aquelas condutas possam causar prazer, mas ao longo tempo produzam males mediatos, com perda da sensação de segurança ou na confiança da justiça, seriam rejeitadas porque atentatórias à coerência social.<sup>192</sup>

Outra crítica feita é que a razão utilitarista não seria legítima, e assim todo o sistema. Sugerem que se substitua o preceito *utilidade* por *justiça*.<sup>193</sup>

### **5.1.1.2. John Stuart Mill**

No mesmo sentido, desenvolvendo as ideias do antecessor, veio John Stuart Mill.

---

<sup>190</sup> DILTHEY, Wilhelm. *Sistema de Ética*, tradução de Edson Bini, 2ª edição, São Paulo: Ícone, 1994, p. 38-39.

<sup>191</sup> DILTHEY, Wilhelm. *Sistema de Ética*, tradução de Edson Bini, 2ª edição, São Paulo: Ícone, 1994, p. 39.

<sup>192</sup> DILTHEY, Wilhelm. *Sistema de Ética*, tradução de Edson Bini, 2ª edição, São Paulo: Ícone, 1994, 40.

<sup>193</sup> PAUPÉRIO. A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 77.

O credo que aceita, como fundamento da moral, a Utilidade, ou o grande princípio da Felicidade, sustenta que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade. Através da felicidade pretende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, dor e privação do prazer. Para dar uma clara visão do padrão de moral estabelecido pela teoria, é necessário que se diga muito mais; em especial o que incluído nas concepções de dor e prazer; e ate mesmo esta é uma questão aberta. Mas estas explicações suplementares não afetam a teorias da vida na qual esta teoria da moralidade está fundamentada - a saber, o que o prazer e a imunidade à doe, são as únicas coisas desejáveis (as quais são tao numerosas no utilitarismo quanto em qualquer outro esquema) são desejáveis ou para o prazer inerente a elas mesmas, ou como meios para promoção do prazer e a prevenção da dor. P. 22

Para o autor, nos textos de Platão haveria passagem em que se debateriam Sócrates e Protágoras; este moralista e aquele utilitarista.<sup>194</sup>

Stuart Mill reitera a necessidade de uma lei geral sobre a ética --e não meros princípios não especificados--, acreditando numa superação doutrinária de Kant sobre intuicionistas e intuitivistas, porque inaplicável o princípio universal de cada um agir como se sua ação pudesse ser lei para todos os seres racionais. Com efeito, anota que os meio elementares não são provados como bons ou ruins em si; apenas são meios bons ou ruins. Quer dizer, há meios de se atingir a felicidade, a saúde; porém, podem ser bons ou ruins. A própria felicidade, saúde - ou seja, os fins, não se submeteriam a este julgamento.<sup>195</sup>

Afirma também que prazer da doutrina não é aquele dos animais; é superior ao simples prazer da sensação. Afirma que envolve intelecto,

---

<sup>194</sup> STUART MILL, John. *Utilitarismo*, tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2007, p. 15.

<sup>195</sup> STUART MILL, John. *Utilitarismo*, tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2007, p. 16-19.



sentimento, imaginação. Com efeito, tem “valor elevado” , que se reconheceria apenas aos prazeres mentais<sup>196</sup>.

Reitera, sem o rigor matemático, que a qualidade do prazer é levada em conta, assim como a utilidade; de modo que existe uma regra de prevalência do prazer, a barrar o egoísmo que se quisesse usar do utilitarismo.<sup>197</sup>

### 5.1.1.3. A questão ética na negociação

Segundo a moral kantiana, a pessoa deveria agir de maneira desinteressada, de modo que não se usasse a ninguém como meio, e sim como fim. No caso, o ser humano -réu- não poderia moralmente ser empregado para auferir vantagem a outrem -diminuição da pena ou extinção da punibilidade do colaborador.

O fundamento deste princípio é: *a natureza racional existe como fim em si*. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e nesse sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em consequência do mesmo fundamento racional válido para mim; é pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo, do qual, como princípio prático supremo, não se pode derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de*

---

<sup>196</sup> STUART MILL, John. *Utilitarismo*, tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2007, p. 23.

<sup>197</sup> STUART MILL, John. *Utilitarismo*, tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Escala, 2007, p. 24.

*qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*<sup>198</sup>

Por outro lado, o próprio Emmanuel Kant aponta que a pessoa deve agir como se suas ações pudessem ser feitas leis universais; daí, condenar a mentira. Com efeito, haveria de louvar a atitude em que se apresenta um depoimento verdadeiro --como o do colaborador.

O imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal.*<sup>199</sup>

Certo é que não há resposta apriorística que solucione a questão: tanto pelo lado geral do sistema (que garante o livre convencimento racional do juiz) quanto pela intervenção concreta (a própria participação do colaborador).

Noutra doutrina moral está Jeremias Bentham. Defende que a regra é que os crimes sejam punidos, porque a impunidade é um mal social. Todavia, reconhecer a traição entre criminosos não é ilícito, pois apenas a traição em face de atos “inocentes” é deletéria.

Quanto às recompensas ou o perdão que são prometidos a um criminoso para que se denuncie seus cúmplices, (...) a impunidade de um só é um mal menor do que a de muitos.<sup>200</sup>

Como as convenções recíprocas são infinitamente úteis e a sociedade não existiria sem a confiança entre os que a compõem, houve por bem unir a ideia de maior infâmia ao ato de falsidade que se caracteriza com a palavra “traição”; mas as traições não são perniciosas, a não ser quando as convenções são inocentes, pois subordinar a segurança geral da sociedade ao cumprimento de todos,

---

<sup>198</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59, grifos no original.

<sup>199</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 51, grifos no original.

<sup>200</sup> BETHAM, Jeremias. *As Recompensas em Matéria Penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio, 1ª edição, São Paulo: Rideel, 2007, p. 76.

sem excetuar as que a estragam, é subordinar o fim a meios. O que seria do mundo se se adotasse o princípio de que o crime ainda é uma obrigação quando se prometeu!<sup>201</sup>

O filósofo ainda acrescenta que a sociedade se beneficia quando cria desconfiança entre os criminosos.

Quanto ao mal que pode resultar da violação da palavra entre os cúmplices, ele é nenhum, porque a lei que os estimula a ela, longe de corrompê-los lhes abre caminho para o arrependimento, pois permite voltar sobre si o que seja menos perigoso para a sociedade e, porque se falta empenho criminoso, não se quer dizer que também faltará a alguém que seja inocente e útil.

Os facinoras têm seu ponto de honra; mas este que fortifica suas conspirações, é o açoite da sociedade. Oxalá fosse possível introduzir entre eles a maior desconfiança, armá-los uns contra os outros, fazê-los temer continuamente que achariam um delator em cada cúmplice, inspirá-los tal desejo de se enunciar e se perder mutuamente (...)<sup>202</sup>

Por fim, critica que se institua um sistema em lei para a concessão de recompensas a criminosos, pois poderia estimular que o criminoso mais perverso saísse impune. Por isso, defende que seja atribuição do juiz, a conceder “segundo creia necessário”.<sup>203</sup>

Com efeito, nota-se que é duvidosa a ética do instituto, que vai depender da ótica que se atribui ao fato. Ressoa, então, tornar para os fundamentos para tentar solucionar a questão.

---

<sup>201</sup> BETHAM, Jeremias. *As Recompensas em Matéria Penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio, 1ª edição, São Paulo: Rideel, 2007, p. 77.

<sup>202</sup> BETHAM, Jeremias. *As Recompensas em Matéria Penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio, 1ª edição, São Paulo: Rideel, 2007, p. 78.

<sup>203</sup> BETHAM, Jeremias. *As Recompensas em Matéria Penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio, 1ª edição, São Paulo: Rideel, 2007, p. 76.

Dentre os princípios regentes do mundo, inclusive do mundo jurídico, está a relatividade, o falibilismo e a incerteza<sup>204</sup> -como lição da Física Quântica também vazada para o mundo social. E aí a inexistência de absolutos.

A ética tem fontes, raízes, está presente como sentimento de dever, obrigação moral; permanece virtual dentro do princípio da inclusão, fonte subjetiva individual da ética.

Doravante a ética só tem a si mesma como fundamento, mas depende da vitalidade do circuito indivíduo/espécie/sociedade, cuja vitalidade depende da vitalidade da ética.

*Vale repetir: o ato moral é um ato de religação: com o outro, com uma comunidade, com uma sociedade e, no limite, religação com a espécie humana.*

A crise ética da nossa época é, ao mesmo tempo, crise da religação indivíduo/sociedade/espécie. Importa refundar a ética; regenerar as suas fontes de responsabilidade-solidariedade significa, ao mesmo tempo, regenerar o circuito de religação indivíduo-espécie-sociedade na e pela regeneração de cada uma dessas instâncias.<sup>205</sup>

Com efeito, a conduta a majorar a religação da sociedade --em face dos malefícios que o crime pode acometer-- só pode ser estipulado no caso concreto, com devida *ponderação de valores*. É também a resposta utilitarista como se demonstrou. Não é possível solução apriorística, senão a seguinte: *é possível negociar com um criminoso em troca de informações.*

---

<sup>204</sup> Heisenberg, em seus estudos de partículas subatômicas, percebeu que ou iria conhecer a posição ou o momento do objeto de estudo. “Há uma negociação inescapável entre a crescente exatidão da mensuração da posição e a decrescente precisão de conhecimento sobre o *momentum*. Este fato está na base do princípio da incerteza: não é possível ter conhecimento perfeito da posição e do *momentum* simultaneamente.” (POLKINGHORNE, John. *Teoria Quântica*. Tradução de Iuri de Abreu, Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 47). E completa: “Esse semiconhecimento é uma característica quântica. Os observáveis vêm em pares que epistemologicamente se excluem. Um exemplo desse comportamento encontrado no cotidiano pode ser dado em termos musicais. Não é possível atribuir um instante preciso a quando uma nota foi toca e saber precisamente qual foi seu tom.” (*idem, ibid.*, p. 47).

<sup>205</sup> MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Tradução de Juremir Machado da Silva, 4ª edição, Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 29-30.

## 5.2. Polícia

A polícia é o órgão incumbido de garantir a segurança pública. Ou, nos termos do artigo 144, *caput*, da Constituição Federal, é “dever do Estado”, que a executa pelos órgãos relacionados<sup>206</sup>.

Não que se excluem todos os órgãos, estatais e não estatais, do mister supremo da defesa na defesa da Pátria, afinal esse é o sentido normativo do princípio da soberania nacional (Constituição Federal, artigo 1º, inciso I<sup>207</sup>), simplesmente ressaltado e pormenorizado no artigo 144, *caput*<sup>208</sup>.

Desde a formação orgânica do Estado, como órgão político distinto do povo, que se marcou pela crescente especialização, a criação do órgão policial é em si um avanço nos direitos fundamentais da pessoa, uma vez que se cinge a *doutrina de combate* da *doutrina policial*. Aquela enfrenta o choque de soberanias, tradicionalmente caracterizado pela guerra ou atos de guerra<sup>209</sup>; essa, pelo choque dentro da comunidade entre pessoas,

---

<sup>206</sup> Constituição da República, Art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

<sup>207</sup> Constituição Federal. “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: I - a soberania; (...)”

<sup>208</sup> Constituição Federal. “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)”

Note-se que os incisos e parágrafos do dispositivo têm significação, pois constituem os órgãos específicos para enfrentamento da segurança pública --segundo a natureza jurídico-constitucional do Estado Brasileiro fundado pela Carta Política de 5 de outubro de 1988.

<sup>209</sup> É patente a grandeza maior dos direitos fundamentais quanto maior a restrição ao conceito jurídico de guerra. Veja-se a Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, no artigo 153, § 11: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar (...)”. Já a Constituição Federal de 1988 traz o termo guerra em semântica jurídica específica: *guerra externa* (vejam-se os artigos 5º, inciso XLVII, 21, inciso II, 137, inciso II e 138, §1º, e também os artigos 49, 53, 84, 91, 142,

geralmente cidadãos, assim reconhecidos pela ordem jurídica interna como sujeitos de direito num Estado Democrático de Direito.

Tem-se assim que *segurança pública* é a atividade de manutenção da ordem jurídica interna, em que há episódicos atos de oposição ao Direito, realizado primordialmente por órgãos estatais policiais em face de concidadãos --em regra; donde ambos possuem direitos e deveres jurídicos. Essa é uma visão democrática.

Atualmente, debate-se a temática do Direito Penal do Inimigo, que considera autores de certos crimes *inimigos* juridicamente; assim, nega-lhes direitos e garantias fundamentais reconhecidos pela própria ordem jurídica. Doutra forma de ver, é o que se discutiu anteriormente sobre o conceito de pessoa; essa é a discussão verdadeiramente posta: nega-se personalidade jurídica de pessoa àquele submetido à jurisdição nacional.

De volta à segurança pública brasileira pós-Constituição Federal de 1988, é a polícia que se depara primordial e primeiramente com ilícitos penais. E na atividade de apuração, reúne informações sobre os fatos --que serão posteriormente partilhadas com o titular da ação penal--, aí incluída a oportunidade de negociação.

A investigação é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a reparar a ação penal. Daí apresentar caráter preparatório e informativo.”<sup>210</sup>

---

148, 154 e 167); ou seja, contra órgãos (pessoas, organizações e, classicamente, Estados) que não estejam submetidos à jurisdição nacional.

Veja-se que a Constituição Federal de 1988 preferiu a expressão “comoção interna”: vede os artigos 137, inciso I, 167, §3º; ou “garantia da lei e da ordem”: artigo 142, *caput*. Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

<sup>210</sup> MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 142.

Ressalta-se, neste ponto, a atividade de polícia judiciária, responsável pela apuração do crime em todas suas circunstâncias.<sup>211</sup>

A investigação é momento pré-processual da *persecutio criminis*. Assim sendo, não integra ela a instância que se instaura tão só com a propositura da ação penal.<sup>212</sup>

Note-se que o efetivo recebimento da informação é, por vezes, sem o formalismo preconizado por um procedimento escrito (artigo 9º, do Código de Processo Penal<sup>213</sup>). É o que se vê na atividade policial.

Seja porque as pessoas têm receio de se envolver “nos problemas dos outros”; seja porque têm medo da violência exibida pelo crime, em especial o organizado; seja porque não se querem atreladas aos deveres, por vezes incômodos, de ajudar o próximo; seja porque o próprio detentor da informação está envolvido em algum crime (próprio ou de outrem).

Assim, a informação ou não chega aos órgãos policiais; ou chega apócrifa, e assim sem valor jurídico (de maneira que serve apenas para

---

<sup>211</sup> Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941. Artigo 4º, *caput*. “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.” Artigo 6º “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.” Além de outros dispositivos esparsos na legislação processual.

<sup>212</sup> MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 143.

<sup>213</sup> Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.89, de 3 de outubro de 1941. “Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

guiar --informalmente-- a polícia nas atividades de investigação; não como *elemento de informação*, que se presta a dar justa causa para ação penal).

Esses são problemas diários enfrentados, e que gritam por uma solução jurídica adequada.

O instrumento de investigação no Brasil é o inquérito policial. Comumente relegado pela doutrina como mera peça de informação, dispensável.

O inquérito policial é a forma por excelência da investigação.<sup>214</sup>

Inquérito não é *mera* peça de informação. É instrumento em que se resguardam direitos fundamentais; tanto o do suspeito ou indiciado, como o da vítima e testemunhas; quanto o da população, que tem direito a justiça, paz e segurança pública. Segundo Pontes de Miranda, “sempre fomos, mesmo nos tempos pré-imperiais, essencialmente zelosos de liberdade, e que depois assimilamos o velho Montesquieu e a concepção anglo-saxônica da liberdade, mais profunda e mais sentidamente do que muitos outros povos.”<sup>215</sup>

Tem-se que o inquérito policial não possui efeito condenatório porque inquisitivo --quer dizer, além de não ser voltado “contra” ou “em face” de uma pessoa específica, não é contraditório. É “instrução provisória”, como previsto na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Nem por isso nega direitos aos investigados, que podem solicitar exame de corpo de delito e outras diligências ao presidente, nos termos do artigo 14, do Código de Processo Penal. Se não é processo, em sentido técnico jurídico, possui situações jurídicas -- sob forma de assentadas,

---

<sup>214</sup> MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 143.

<sup>215</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas Corpus*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Konfino, 1951, p. 129.



declarações, interrogatórios, perícias (que é prova com contraditório postergado).

E sua finalidade não é apenas a de fornecer elementos para oferecimento da ação penal; isso refugiria a um sistema jurídico-processual democrático e faria tendenciosa a atividade investigativa, que sempre “procuraria um culpado”. O objetivo é a apuração do fato criminoso para, assim, num sistema acusatório, dar-se denúncia (ou queixa) e, ao fim, apurar-se a responsabilidade pessoal do imputado.

Não obstante, respeitada a importância dos demais órgãos, tem-se que a tarefa mais penosa, difícil de concretizar é a atividade investigativa.

Pela própria atividade policial, de estar nas ruas, de tratar diretamente com todo o tipo de pessoas --criminosos, vítimas, testemunhas, informantes<sup>216</sup>-- que faz ser o foco principal de obtenção de informações. Particularmente a Polícia Judiciária, que tem por incumbência realizar a investigação dos ilícitos penais, vivencia esta realidade.

Nesta entoada entra a *negociação no inquérito policial*.

O crime em geral, e o organizado especial tomaram proporções nunca antes experimentadas Brasil. Até se fez necessário equipamentos de guerra --não exatamente em atos de guerra-- para o controle de certas regiões dominadas pelo crime, como no Rio de Janeiro.

Tem-se, pois, necessidade de empregar mecanismo para combater com eficiência estas formas de crime. E não há fonte de informação melhor que aquela advinda do próprio confim do crime, daquele espaço de certa

---

<sup>216</sup> Anoto que as designações “criminoso”, “vítima”, “recorrente”, “sentenciado”, “apelante”, são figuras de linguagem costumeiramente usadas na vida forense; trata-se de da antonomásia, em que se designa uma coisa ou pessoa por uma característica ou circunstância conhecida no lugar de seu nome.

tranquilidade que os envolvidos em crime desfrutam. Muitas vezes dos próprios meandros da quadrilha ou organização criminosa<sup>217</sup>.

Por fim, além dos deveres constitucionais dos órgãos policiais, já afirmados, a atitude da polícia em geral, e da Polícia Judiciária em particular deve ser ética.

Isso é deduzível da própria noção de Estado Democrático de Direito.

Do conceito de Estado Democrático advém a axiologia jurídica pautada na dignidade da pessoa humana. E, segundo o paulatino desenvolvimento político, esferas de proteção do indivíduo foram sendo criadas: são as gerações de direitos fundamentais; da primeira à terceira; ou à quarta; ou até à quinta<sup>218</sup>.

Tem-se, então, a necessidade de respeito amplo do indivíduo --a ser analisado inclusive na sua mundividência: o homem em si, em relação com seus concidadãos e com o ambiente de uma forma geral.

Isso é a positivação da ética sonhada pelos jusnaturalistas --e além. E foco da vergastada “lógica de Estado” a colocar o indivíduo como ponto maior do sistema jurídico, em equilíbrio com a sociedade e o Estado.

E desses deveres do Estado para com o ser humano é deduzível esta premissa: o exercício da função pública, orientado democraticamente, faz dos agentes públicos --todos-- interessados somente na realização do bem comum. Dessa forma, há regra geral a todos os servidores públicos, desde

---

<sup>217</sup> COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. As Organizações criminosas: combate e repressão à luz da Constituição Deral de 1988, Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 110-115.

<sup>218</sup> Neste sentido, Paulo Bonavides considera que o direito de paz sofreu transladação da 3ª para a 5ª geração, tendo inequivocamente assumido conteúdo jurídico, atualmente sendo garantia de conservação da própria espécie. (*Curso de Direito Constitucional*. 23ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 589-593). Em relação aos direitos de quarta geração, estão incluídos o direito a democracia, informação e pluralismo. (*idem, ibid.*, p. 570-572)

aqueles em cargos precários, até aqueles vitalícios e eleitos: é idêntica a deontologia profissional.

E desta conclusão surge a seguinte: se idênticos os deveres profissionais dos servidores públicos, diferem entre si apenas pela função que exercem, e por isso ocupam cargos diversos e específicos. Mas sempre orientados por finalidades democráticas e deveres éticos.

E do exposto, é que será vital a comunicação adequada entre membros da Polícia Judiciária e do Ministério Público para que possam enfrentar conjuntamente o crime. Porque esse é o mister de ambas as instituições perante a Justiça Criminal, e o povo -titular do poder.

### **5.3. Ministério Público**

*Custos legis* é fazer a lei, em sentido lato, ser observada; é poder-dever de observar e fazer observar a normatividade jurídica; e num Estado Democrático de Direito é ser garante do próprio princípio democrático e dos direitos e garantias fundamentais.

Daí ser inaceitável não se os realizar em qualquer que seja a situação; ou não agir no sentido de lhes atribuir máxima efetividade.

Essa é missão institucional do Ministério Público; estes são os termos da Constituição: “(...) [incumbe ao Ministério Público] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (artigo 127)

Por isso deve-se ter que o papel do Ministério Público no inquérito policial é mais do que verificar a legalidade ou simplesmente promover a responsabilidade dos autores do crime.

Um inquérito não tem vivência *de per se*. É uma parte recortada da realidade, mais ou menos harmônica, que se cinge pelas próprias limitações humanas do conhecimento.

E é por isso que batemos na metodologia deste trabalho: a impossibilidade de isolamento dos fatos, no equívoco de ver os fenômenos apenas com uma lupa.

A ambientação do caso criminal enfrentado num inquérito policial deve ser entendida com vistas à harmonia social, de maneira muito mais ampla do que as simples partes imediatas envolvidas na relação de direito material --autor e vítima.

Quer dizer: o inquérito policial envolve um fenômeno social, o crime. E esse fenômeno é sistêmico, persistente e até estatístico. Assim, diferentemente do processo, em especial do processo penal condenatório, que tem limites objetivos e subjetivos estritos, o inquérito policial deve investigar fatos criminosos e aumentar seu objeto de investigação se tiver ciência de outros. Trata-se de acautelar direitos, obrigações e responsabilidades, apurando os ilícitos.

A atuação do Ministério Público na *negociação no inquérito policial* foi primeiramente notada, porque titular da ação penal pública. Aqui, entra-se a questão estrutural do sistema jurídico brasileiro para dar um primeiro traçado da negociação no curso do inquérito policial.

Tendo a Constituição da República atribuído ao Ministério Público a exclusividade da ação penal pública<sup>219</sup>, vislumbrou-se que no caso de não

---

<sup>219</sup> Constituição Federal de 1988. “Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público: I-promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Note-se que o dispositivo emprega o vocábulo “privativo” ao invés de “exclusivo”, o que poderia significar que tal atribuição poderia ser delegada a outro órgão. Mas o entendimento que se tem hoje é que apenas o Ministério Público pode promover a ação penal pública, à exceção dos demais. Inclusive, a *opinio delicti* foi elevada a condição de garantia do cidadão, pois afasta representa mecanismo de defesa da pessoa contra lides temerárias.

oferecimento de denúncia, não haveria outra forma de se instaurar o processo penal condenatório em face de infrações desta natureza (crimes de ação penal pública). Ressalvado o caso de inércia, que legitima a vítima, como substituta processual.

Disso, atingiu-se o limite da estrutura do Direito e Estado neste ponto. Ainda que o fato de ser o *dominus litis* não se apresente como a razão maior de figurar como órgão proponente --e sim a efetivação de direitos fundamentais.

Mas aí se expõe uma nota estrutural: os limites de instauração da ação penal.

O motivo principal na participação do Promotor de Justiça na negociação no inquérito policial se afigura na *função* de interveniente necessário: porque fiscal da lei e porque órgão de controle externo da polícia. Além de titular da ação penal.

A atuação penal do Ministério Público na esfera penal é tida como de uma parte em sentido formal. Quer dizer, ocupa o polo de parte, move a máquina do Estado-Juiz, exerce o contraditório. Contudo, não possui interesse próprio em jogo.

Nem por isso perde o papel de parte no Processo Penal, pois deve promover a ação penal.

Mas atribuir-lhe “função e papel de parte” (José Frederico Marques) ou parte “sui generis” (Helio Tornaghi) não contempla as funções do Ministério Público, no Processo Penal. Falta o elemento de *autoridade* nestas definições.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> COGAN, José Damião Pinheiro Machado Cogan. *Mandado de Segurança na Justiça Criminal e Ministério Público: legislação, Ministério Público nas Constituições de 25 países, modelos de Mandados de Segurança*. 2ª edição, aumentada, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 84-85.

É interessado e desinteressado. Promove a acusação, mas deve produzir provas defensivas, pedir absolvição e recorrer no interesse do réu se for o caso.

E assim Carnelutti caracteriza a função do Ministério Público no Processo Penal:

O ministério público, certamente, é uma parte, em comparação com o juiz; mas é uma parte *sui generis*; se se falasse *imprópria*, este quem sabe seria o adjetivo mais adequado. A impropriedade está nisto: em que a parte sofre a providência do juiz, quem dispõe em torno do seu interesse, mas o ministério público não é em absoluto um interessado. Mais de uma vez, a propósito de comparação entre parte e juiz, recordo, parafraseando uma expressão famosa: *partes nascuntur. Iudices fiunt*. Pois bem, o ministério público é uma parte *artificial*, não uma parte *natural*.<sup>221</sup>

Com efeito, ter-se-ia novo papel do órgão ministerial, que seria de promover de forma direta o combate ao crime, através da obtenção de informações de inteligência.

Presente, então, a função de realizador de direitos fundamentais, a teor do artigo 127, *caput*, e artigo 129, incisos II e VII, da Constituição Federal<sup>222</sup>. E a teor da própria noção de órgão jurídico-constitucional e democrático.

---

<sup>221</sup> Carnelutti, Francesco. *Direito Processual Civil e Penal*. Volume II, Tradução do espanhol para o português de Julia Jimenes Amador, Campinas: Péritas Editora e Distribuidora Ltda., 2001, p. 56.

<sup>222</sup> Constituição Federal. “Artigo 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”  
Constituição Federal. “Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (...) VII- exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;”

## 5.4. Poder Judiciário

No Direito Brasileiro, já se faz clássica a participação do Juiz na defesa dos direitos individuais da pessoa. O Poder Judiciário Brasileiro sempre tomou como mister a tutela do espaço jurídico do indivíduo como seu principal atributo.

Em suma, segundo a fórmula dos nossos estadistas das gerações de 1832, de 1841, de 1871, -fórmula da qual não se afastou a geração de 1890, - o Poder judiciário é constituído para assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos *direitos individuais*.<sup>223</sup>

Nesse sistema de proteção da pessoa é que se inserem os juízes. A função primária é de julgar; ou seja, decidir conflitos de interesses expostos perante o Estado-Juiz, que não podem ou ocasionalmente não foram decididos pelos envolvidos, fazendo-se assim um processo judicial.

O processo é uma das formas de se resolverem conflitos de interesses. A lei regula e tutela, no conteúdo de suas normas, esses interesses. Inaplicada a regra legal, violado está, por isso mesmo, o interesse nela garantido. O titular deste pode, no entanto, procurar restaurar o império da lei e, desta forma, fazer valer seu próprio interesse contra aquele que o violou.<sup>224</sup>

E para adequadamente realizar essa atividade, são estabelecidas as regras processuais em sistema acusatório.

Desta forma, ainda que não ofenda a Constituição Federal o juiz realizar outras funções -funções atípicas-, como determinar arquivamento do inquérito policial, realizar a função de corregedoria de polícia judiciária,

---

<sup>223</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. volume I, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959, p. 11-12.

<sup>224</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 13.

ou funções administrativa no Estatuto da Criança e do Adolescente, o melhor seria restringi-las ao mínimo.

Neste afã é que se idealizou a medida a ser (i) negociada entre Delegado de Polícia, Membro de Ministério Público e colaborador, (ii) deduzida pelo *Parquet* de primeira instância e (iii) confirmada pelo Procurador-Geral em razão de seu poder hierárquico.

Todavia, caso se optasse pela sistemática semelhante ao arquivamento do inquérito não se fulminaria o fato de inconstitucionalidade; mas o sistema afastar-se-ia dum ideal acusatório de imparcialidade.

### **5.5 Bases jurídico-axiológicas**

Tendo defendido, inicialmente, a unidade do Direito e do Estado, ambos devem viver harmonicamente. Assim como os males do espírito ou do corpo são doenças que atingem a saúde da pessoa (do todo), os problemas do Direito ou do Estado atingem a ambos indistintamente (não há termo específico para designar essa unidade).

A problemática atual dos direitos fundamentais já não mais se localiza na fundamentação, mas na efetivação. Assim afirmava Norberto Bobbio, que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos poderes do homem, não era mais o de fundamentá-lo, e sim o de protegê-los”<sup>225</sup>.

Por sua vez, Paulo Bonavides, dando maior visibilidade aos direitos fundamentais das novas gerações, afirma que devem ser concretizados, inclusive com mudança metodológica.

---

<sup>225</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução Carlos Nelson Coutinho, 10ª reimpressão, nova edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.



Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à Lei e ao Direito privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.<sup>226</sup>

Portanto, em se tratando de direito fundamental à segurança pública, não há qualquer razão lícita que obste tal empreitada.

Ademais, extrai-se da própria ordem constitucional e democrática o sentido de se efetivar em grau máximo a eficácia dos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de restringi-los, senão

Um trabalho que propõe a restringibilidade de todos os direitos fundamentais pode dar a impressão inicial de, com isso, legitimar também uma diminuição no grau de proteção desses direitos. Como se quis demonstrar ao longo desta obra, *é justamente o contrário o que ocorre.*

A *explicitação* da restringibilidade dos direitos fundamentais é acompanhada, no modelo aqui defendido, de uma exigência de fundamentação constitucional, para qualquer caso de restrição, *que não está presente em outras teorias.* O que aqui se defende, portanto, é a tese de que a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, já que elas impõem um ônus argumentativo ao legislador e ao juiz;<sup>227</sup>

Desta forma, fica evidente o mandamento constitucional de dar máxima eficácia<sup>228</sup> aos direitos fundamentais; entre os quais está a segurança pública.

---

<sup>226</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 607.

<sup>227</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011, p.-253.

<sup>228</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87.

Deve-se ater às características dos direitos fundamentais: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade.<sup>229</sup>

Assim, na negociação no inquérito policial poderá haver, em cada caso, um choque entre o direito da coletividade à segurança e o direito -da vítima por e exemplo- à justiça.

E tão importante é o direito a segurança pública, que João Mendes de Almeida Júnior anotou:

O primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade; o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Estes dois interesses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formais: o interesse da sociedade, que que a justa e pronta repressão dos delitos; o interesse dos acusados, que é também um interesse social e que exige a plenitude da defesa.<sup>230</sup>

Esse tipo de confronto não pode ser resolvido em abstrato, fazendo-se necessário o sopesamento dos valores envolvidos em concreto, o que revela a natureza relativa dos direitos fundamentais<sup>231</sup>.

Portanto, resta demonstrado o caráter principiológico e constitucional. Assim, pode-se passar às regras infraconstitucionais.

Mas, o direito é um sistema, o que resulta da harmonia entre instituições e as relações jurídicas, havendo uma norma correspondente a cada relação; e, pois, a exposição metódica, mais

---

<sup>229</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110-113.

<sup>230</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. volume I, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959, p. 12.

<sup>231</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122-123.

adequada ao fim didático, da dogmática jurídica é a *sintética*, ou *sistema*, ou *tratado*, em que, partindo dos princípios, o expositor vai descendo logicamente às normas jurídicas, filiadas a esses princípios.<sup>232</sup>

Enfrenta-se, pois, a regra da obrigatoriedade da ação penal pública.

Se prevalente o princípio a autorizar a negociação no inquérito policial, enquanto princípio constitucional, ele há de prevalecer, juntamente com toda a normatividade que lhe for afim.

Em consequência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente (isto é, dotadas de validade), no ordenamento jurídico. As regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de validade, perdem eficácia - isto é, efetividade- em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se.<sup>233</sup>

Desta forma, sequer há de se falar em incidência da regra que manda denunciar o colaborador que participou da negociação no curso do inquérito.

Por fim, note-se que a medida tem caráter fortemente utilitarista. Mas não quer isso dizer algo ruim, senão que há de se analisar as causas de “felicidade, prazer” em face das de “infelicidade, desprazer” para aferir a medida mais adequada.

É clara aplicação do princípio da proporcionalidade, que busca solução justa para sacrifícios.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia de Direito*. Campinas, SP: Bookseller, 2002, p. 18-19.

<sup>233</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

<sup>234</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89.

Note-se que o próprio princípio da proporcionalidade possui traços utilitaristas: autoriza um desrespeito à lei (ilicitude formal) ou um prejuízo a direito se, e somente se tal conduta gerar um desnível em relação a outro princípio.

Ou seja, noutras palavras, poder-se-ia afirmar que a proporcionalidade é mesmo um viés do princípio da utilidade, pois sopesa os diferentes valores, princípios, direitos em questão optando por um mais adequado, ou seja, que é capaz de produzir maior felicidade para o povo.

Exatamente por isso que fundamento deste instituto é o princípio da proporcionalidade, a ser o fiel da balança no sopesamento de valores, princípios e direitos debatidos na aplicação da negociação no inquérito policial.

Com efeito, a proporcionalidade mesma é forma de realização da Justiça. Para Aristóteles, a proporcionalidade seria utilizada tanto na justiça corretiva quanto na justiça distributiva. Acerca da justiça corretiva:

Dessa forma, o igual é o intermediário entre o mais e o menos; o ganho e a perda, ao contrário, são ao mesmo tempo e em sentidos opostos mais e menos: mais bens e menos males, é um ganho; inversamente, menos bens e mais males, é uma perda. O igual que consideramos idêntico ao justo é, dizemos nós, o intermédio. Em consequência, o justo corretivo é o intermediário entre perdedor e ganhador.

(...) Assim, o igual é intermediário entre o maior e o menor, conforme proporção aritmética.<sup>235</sup>

Nem mesmo a falta de lei em sentido estrito é óbice. Primeiro porque não há inovação em tipo penal incriminador, então não se trata da legalidade penal. Em segundo porque há apenas uma vantagem para o colaborador, sem qualquer prejuízo ao patrimônio jurídico de ninguém.

---

<sup>235</sup> ARISTÓTELES, *Obra Jurídica* (textos selecionados), 2ª edição, tradução Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone Editora, 1997, p. 22-23.

No mais, a legalidade (que é a do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal) é uma garantia do indivíduo. Assim, não pode ser arguida no sentido de impedir um benefício justo. É idêntico o raciocínio aplicável às causas extralegais de exclusão da culpabilidade no Direito Penal -que são aceitas no Direito Brasileiro, sem texto legal específico.

Resulta-se que o instituto há de reduzir o poder punitivo do Estado com ganho na eficiência nas investigações (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), bem como realização adequada da segurança pública (artigo 144, da Constituição Federal).

De todo o exposto, a negociação no inquérito policial permite novo perfil para a investigação, que tradicionalmente esteve voltado para a reconstrução do fato criminoso com vistas à punição do autor. Somente de maneira reflexa que iria prevenir o crime.

Dá mecanismos para a polícia judiciária antecipar-se ao crime, protegendo o bem jurídico ou minorando a ofensa. Desta forma, muda o perfil do inquérito policial e da própria Polícia Civil e Federal: tornam-se proativos.

Isso se coaduna adequadamente com o Estado Democrático de Direito que tutela amplamente direitos fundamentais, no sentido em que atribui um *facere* ao órgão público, que é o garante máximo dos direitos fundamentais da pessoa.

## 6. LEI 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e dá outras providências, foi publicada no dia 5 de agosto de 2013 no Diário Oficial da União e entrará em vigor quarenta e cinco dias após a publicação (artigo 27 da Lei).

Assim, não faz parte das normas jurídicas aptas a incidir sob fatos e fazê-los jurídicos. Ou, como ressalta Lourival Vilanova, “Um projeto de Constituição, de codificação, de lei, um texto normativo que carecem de vigência, representam *direito possível*. Não direito real, efetivo, positivo.”<sup>236</sup>

Todavia, a Lei, ainda sem eficácia, mostra uma movimentação de altos órgãos da União Federal --Poder Legislativo, por suas duas Câmaras, e Poder Executivo, pelo Presidente da República.

É, então, uma possibilidade que, diríamos, qualificada. E por isso merece estudo.

**6.1.** *Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.*

*§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer*

---

<sup>236</sup> VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e Sistema do Direito Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1977, p. 113, grifos no original.

*natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

*§2º Esta Lei se aplica também:*

*I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;*

*II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.*

Galdino Siqueira afirma que inexistiu tipificação própria para reunião de pessoas tencionadas a cometer crimes, no direito romano e no direito intermédio. Ter-se-ia inaugurada a criminalização por provimentos que divisavam reprimir os *bandidos*; assim no Código Francês de 1810 (artigos 265 e 266), e semelhantemente no Código Belga (artigo 322 a 326), Código Sardo (artigo 426 a 430), Código Toscano (artigo 421, com o fim específico de praticar fraude, estelionato, pirataria, extorsão ou furto).<sup>237</sup>

No Brasil, iniciou-se com previsão no Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830.

Havia os crimes de *conspiração* (artigo 107<sup>238</sup>), *rebelião* (artigo 110<sup>239</sup>) e *sedição* (artigo 111<sup>240</sup>). Eram atos preparatórios de crimes outros que atentassem contra o Direito ou Estado Imperial.

---

<sup>237</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial, tomo II, 2ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 366.

<sup>238</sup> Art. 107. Concertarem-se vinte pessoas ou mais, para praticar qualquer dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dois, não se tendo começado a reduzir a acto. Penas - de desterro para fóra do imperio por quatro a doze annos.

<sup>239</sup> Art. 110. Julgar-se-ha commettido este crime [rebelião], reunindo-se uma, ou mais povoações, que comprehendam todas mais de vinte mil pessoas, para se perpetrar algum, ou alguns dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco,

Para o crime de conspiração havia previsão de --o que hoje se chamaria-- causa de extinção da punibilidade.<sup>241</sup> O artigo 108 prescreve que “deixará de existir (...) e não se procederá criminalmente”; já o artigo 109, que “não será punido”.

Mais próximo da associação criminosa estavam os “ajuntamentos ilícitos”, tratados nos artigos 285 a 294<sup>242</sup>.

Posteriormente, no Código Penal da República, Decreto 847, de 11 de outubro de 1980, permaneceram sob a rubrica de “sedição e ajuntamento ilícito”<sup>243</sup>, com tratamento semelhante ao do Código Criminal do Império.

---

oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dous. Penas - Aos cabeças - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; de prisão com trabalho por vinte annos no médio; e por dez no minimo.

<sup>240</sup> Art. 111. Julgar-se-ha commettido este crime [sedição], ajuntando-se mais de vinte pessoas, armadas todas, ou parte dellas, para o fim de obstar á posse do empregado publico, nomeado competentemente, e munido de titulo legitimo; ou para o privar do exercicio do seu emprego; ou para obstar á execução, e cumprimento de qualquer acto, ou ordem legal de legitima autoridade. Penas - Aos cabeças - de prisão com trabalho por tres a doze annos.

<sup>241</sup> Art. 108. Se os conspiradores desistirem do seu projecto, antes d'elle ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e por ella se não procederá criminalmente.

Art. 109. Qualquer dos conspiradores, que desistir do seu projecto nas circumstancias do artigo antecedente, não será punido pelo crime de conspiração, ainda que esta continue entre os outros.

<sup>242</sup> Vejam-se estes: Art. 285. Julgar-se-ha commettido este crime, reunindo-se tres, ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para commetterem algum delicto, ou para privarem illegalmente a alguem do gozo, em exercicio de algum direito, ou dever. Art. 286. Praticar em ajuntamento illicito algum dos actos declarados no artigo antecedente. Penas - de multa de vinte a duzentos mil réis, além das mais, em que tiver incorrido o réo.

<sup>243</sup> Art. 118. Constitue crime de sedição a reunião de mais de 20 pessoas, que, embora nem todas se apresentem armadas, se ajuntarem para, com arruido, violencia ou ameaças: 1º, obstar a posse de algum funcionario publico nomeado competentemente e munido de titulo legal, ou privar-o do exercicio de suas funcções; 2º, exercer algum acto de odio, ou vingança, contra algum funcionario publico, ou contra os membros das camaras do Congresso, das assembléas legislativas dos Estados ou das intendencias ou camaras municipaes; 3º, impedir a execução de alguma lei, decreto, regulamento, sentença do poder judiciario, ou ordem de autoridade legitima; 4º, embaraçar a percepção de alguma taxa, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; 5º constringer, ou perturbar, qualquer corporação politica ou administrativa no exercicio de suas funcções: Pena – aos cabeças, de prisão cellular por tres mezes a um anno.

Art. 119. Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em logar publico, com o designio de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º, commetter algum crime; 2º, privar ou impedir a alguem o gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3º, exercer algum acto de odio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa: Pena – de prisão cellular por um a tres mezes.



Os textos tratam da legitimidade do emprego da força para dispersar multidão (ainda que não violenta), caso ilícita a reunião, se não se dispersasse após a terceira ordem (Código Criminal do Império, artigo 290<sup>244</sup>; Código Penal de 1890, artigo 121, em seu parágrafo<sup>245</sup>).

Tanto o Código Criminal do Império (artigo 112<sup>246</sup>) como o Código Penal de 1890 (artigo 123<sup>247</sup>) tinham previsão altamente democrática de permitir a reunião de pessoas para protestar contra injustiças ou para tratar de assuntos públicos.

Nelson Hungria, em comentário ao artigo 288 do Código Penal de 1940, refuta a anotação de Galdino Siqueira --de que dispositivo semelhante ao crime de *quadrilha* ou *bando* já estaria presente em leis brasileiras prévias-- porque não passariam de reuniões acidentais; no

---

Art. 120. Ficam isentos de pena os que deixarem de tomar parte na sedição, ou ajuntamento ilícito, obedecendo á admoestação da autoridade.

Art. 122. Os que, depois da 1ª intimação da autoridade, conservarem-se no lugar e praticarem alguma violencia, incorrerão mais nas penas que corresponderem ao crime resultante da violencia. Paragrapho unico. Si a violencia for commettida contra a autoridade, ou algum de seus agentes, a pena será imposta com augmento da terça parte.

<sup>244</sup> Art. 290. Se o Juiz de Paz não fôr obedecido depois de terceira admoestação, poderá empregar força para desfazer o ajuntamento, e reter em custodia os cabeças se lhe parecer necessario.

<sup>245</sup> Art. 121. Quando a autoridade policial for informada da existencia de alguma sedição, ou ajuntamento ilícito, irá ao lugar, acompanhada do seu escrivão e força, e reconhecendo que a reunião é ilícita e tem fins offensivos da ordem publica, o fará constar ás pessoas presentes e as intimará para se retirarem.

Si a autoridade não for obedecida, depois da 3ª admoestação empregará a força para dispersar o ajuntamento e mandará recolher á prisão preventiva os cabeças.

<sup>246</sup> Art. 112. Não se julgará sedição o ajuntamento do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar as injustiças, e vexações, e o máo procedimento dos empregados publicos.

<sup>247</sup> Art. 123. Não se considera sedição, ou ajuntamento ilícito, a reunião do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar contra as injustiças, vexações e máo procedimento dos empregados publicos; nem a reunião pacifica e sem armas, do povo nas praças publicas, theatros e quaesquer outros edificios ou logares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negocios publicos. Paragrapho unico. Para o uso desta faculdade não é necessaria prévia licença da autoridade policial, que só poderá prohibir a reunião annunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionaes, limitada em tal caso a sua acção a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei, e sob as penas nella comminadas.

Código Penal de 1940, mister estabilidade ou permanência do vínculo associativo, sendo este o cerne da incriminação.<sup>248</sup>

Posteriormente, algumas leis, além do Código Penal, passaram a tratar do assunto com suas peculiaridades. Como as Leis de Segurança Nacional: Decreto-Lei 314, de 13 de março de 1967, artigo 12<sup>249</sup>; a Lei 898, de 29 de setembro de 1969, artigo 14<sup>250</sup>; a Lei 6.620, de 17 de dezembro de 1978, artigo 12<sup>251</sup>; e a vigente Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983, artigo 16<sup>252</sup>)

Atualmente, estão vigentes os crimes *de associação para o tráfico* (artigo 35, da Lei 11.343, de 26 de agosto de 2006<sup>253</sup>), *associação para cometer crimes hediondos e equiparados* (artigo 8º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990<sup>254</sup>), *constituição de milícia privada* (artigo 288-A, do Código

---

<sup>248</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. Volume IX (artigos 250 a 361), Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 174-178.

<sup>249</sup> Art. 12. Formar ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades pre-judiciais ou perigosas à segurança nacional: Pena - reclusão, de 1 a 5 anos.

Este dispositivo foi alterado posteriormente pelo Decreto-Lei 510/1969, que acrescentou o verbo “filiar-se” no tipo incriminador.

<sup>250</sup> Art. 14. Formar, filiar-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional: Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e, de 6 meses a 2 anos, para os demais.

<sup>251</sup> Art. 12 - Formar, integrar ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

<sup>252</sup> Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupo que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.

<sup>253</sup> Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

<sup>254</sup> Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Penal de 1940<sup>255</sup>, incluído pela Lei 12.720/12) e *quadrilha ou bando* (artigo 288, do Código Penal, reformado pela Lei 12.850/13, em *vacatio legis*<sup>256</sup>).

Especificamente acerca da organização criminosa, veio a Convenção de Palermo (promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, e aprovada pelo Decreto-Legislativo 231, de 29 de maio de 2003) trazendo definição de *grupo criminoso organizado* (artigo 2, alínea 'a', da Convenção).

"Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Ter-se-ia assim suprido lacuna da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995. Note-se, porém, que tal previsão não veio criminalizar a conduta de formar organização criminosa. Nem a Lei 12.694, de 24 de julho de 2012 o fez<sup>257</sup>.

Esse é o esquema fundamental das distintas formas de agrupamentos criminosos no Brasil. É certo que as elementares típicas modificaram-se nas alternâncias de estatutos legais. Mas a previsão criminal sempre divisou

---

<sup>255</sup> Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

<sup>256</sup> Com a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, alterou-se o crime de quadrilha ou bando, que passa a se chamar *associação criminosa* -a entrar em vigor em quarenta e cinco dias após a publicação (dia 5 de agosto de 2013). O artigo 288 do Código Penal passa a contar com a seguinte redação: "Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente."

<sup>257</sup> Há definição de organização criminosa, mas sem existência de preceito secundário específico (de natureza penal).

"Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional."

um mesmo bem jurídico-penal em sua função de garantia, de interpretação, de individualização e de sistematização<sup>258</sup>: a paz pública ou ordem pública.

Com os crimes que ora se trata [título IX, do Código Penal de 1940, “Dos crimes contra a paz pública”] (pelo menos com os arrolados pela nossa lei penal comum), não se apresenta efetiva perturbação da *ordem pública* ou da *paz pública* no sentido material, mas apenas se cria a possibilidade de tal perturbação, decorrendo daí uma situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranquilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social.<sup>259</sup>

Com relação às elementares, cumpre apontar que a Lei 12.850/13 prevê número mínimo de quatro participantes, enquanto a Lei 12.694/12, de três.

Também, aquela (Lei 12.850/13) prevê a prática de *infrações penais cuja pena máxima seja superior a quatro anos* enquanto que esta (Lei 12.694/12) prevê a prática de *crimes* com a mesma pena. Há aí uma diferença técnica --diferença legal entre crime (espécie) e infração penal (gênero), de pouca significação prática.

Apenas com relação ao Decreto-Lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, que trata de loterias, em que são previstas algumas contravenções penais com penas de até quatro anos de prisão simples (sob as quais poderiam incidir majorações, como concurso de crimes, e se tornar pertinente ao âmbito de incidência da Lei 12.850/13) e contravenções (SIC) apenas como estelionato (artigo 171 do Código Penal).

Note-se que a opção legislativa por infrações com pena superior a quatro anos é uma intenção de afastar crimes que poderiam ser substituídos

---

<sup>258</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 48-49.

<sup>259</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. Volume IX (artigos 250 a 361), Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 163.

por penas restritivas de direito para crimes dolosos (artigo 44, inciso I, do Código Penal de 1940<sup>260</sup>) ou iniciar cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (artigo 33, §2º, alínea ‘c’, do Código Penal de 1940<sup>261</sup>).

São objeto da Lei 12.850/13 os delitos com características de transnacionalidade: são praticados por grupos normalmente bem estruturados, que cometem infrações graves.

A questão da delinquência como um fenômeno marginal torna-se insuficiente diante da chamada criminalidade organizada e internacional. Neste sentido, a criminalidade supranacional tem dois aspectos relevantes. É uma criminalidade que é organizada, ou seja, nela intervêm estruturas coletivas de pessoas que, à semelhança das organizações empresariais, tem uma estrutura hierárquica. Num outro lado, há uma sensível dissociação entre aqueles agentes que efetivamente detém os papéis mais relevantes na organização, daqueles que diretamente executam ações.

Do lado material, a criminalidade organizada é poderosa, cujos resultados lesivos são sempre de grande magnitude, seja no que diz respeito ao aspecto econômico, como no social e político.<sup>262</sup>

No §2º, incisos I e II, há duas hipóteses de aplicação do regramento -- de direito material e processual-- para outras infrações que não cometido por integrantes do *crime organizado*.

A primeira refere-se a crimes à distância previstos em papéis internacionais assinados pelo Brasil, e pertencem à competência da Justiça Federal (artigo 109, inciso V, da Constituição Federal).

---

<sup>260</sup> I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (com redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

<sup>261</sup> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>262</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 137

A segunda refere-se a *organizações terroristas internacionais* (reconhecidas segundo normas de direito internacional ou pronunciamento de órgão de que o Brasil faça parte), que dê suporte a ações de terrorismo, que “ocorram ou devam ocorrer em território nacional”, ou que realize atos preparatórios ou executórios de “atos de terrorismo”.

Esta previsão, além de redigida sem fluidez vernacular, possui problemas: a) quais regras internacionais --porque os costumes internacionais também são fonte<sup>263</sup>, e o Brasil faz parte da comunidade internacional<sup>264</sup>; b) a definição e delimitação de *atos de terrorismo*<sup>265</sup>, que por isso mesmo conta com posições favoráveis<sup>266</sup> e contrárias<sup>267</sup> a sua constitucionalidade; c) regramento para atos preparatórios (*conatus remotus*), pois estes se colocam em algum lugar entre a ideação e o início de execução<sup>268</sup>.

Seria de melhor técnica se o tipo penal incriminador, ao invés de focar no sujeito ativo, tentando descrevê-lo, tivesse acrescentado elemento subjetivo

---

<sup>263</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 19.

<sup>264</sup> Claro que não parece ser essa a intenção da Lei, tratando-se de *reductio ad absurdum*, mas que revela problemas redacionais.

<sup>265</sup> São assim definidos: “a prática de atos de violência a pretexto de fazer pregação ideológica” (COGAN, Arthur. *Crimes Contra a Segurança Nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 42).

<sup>266</sup> Por ora, não há declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo; pelo contrário, há remansosa jurisprudência de tempos conturbados aplicando-o e seus antecessores. Luiz Vicente Cernicchiaro anota: “A Lei 7.170, de 14.12.83 -Define crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências- vigora desde o império da Constituição anterior. Apesar disso, quanto à conservação da ordem instituída, nota-se compatibilidade. Não revogada, porque define os respectivos crimes, continua em vigor.” (Cernicchiaro, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 199)

<sup>267</sup> “O artigo 20, da Lei de Segurança Nacional, que teria a pretensão de figurar como tipo penal de terrorismo no Brasil, viola o princípio da legalidade e da tipicidade ao referir-se, genericamente, a ‘atos terroristas’” (GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento Penal do Terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 185)

<sup>268</sup> Paulo José da Costa Júnior afirma que “A conduta terrorista exclui a improvisação, a prática *ex abrupto* da violência. O crime reivindica fase preparatória prolongada, de observação e de ensaio, que venha a aumentar as possibilidades de êxito da conduta terrorista ulterior.” (Cernicchiaro, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos tribunais, 1995, p. 252)

especial (ou dolo específico): um tal *especial fim* ou *com o fim de...realizar atos de terrorismo*. Até porque a incidência desta lei sobre organizações terroristas fica a exigir complementação por órgão internacional; integração esta que refletirá sobre normas penais da Lei. Vale dizer: o legislador criou norma penal em branco que há de ser complementada por ato de organismo internacional (em que o Brasil poderia até ter sido vencido!).

Estas são linhas básicas sobre o objeto da Lei 12.850/13.

**6.2.** *Artigo 1º, §7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.*

Com relação ao artigo 1º, §7º, da Lei, importante fazer anotação sobre a linguagem empregada, o que se mostra no dispositivo analisado.

Como deve ser lido um texto, qualquer que seja o signo e o texto? Numa pintura, por exemplo, a partir do que se procede à decodificação de determinado signo? Sobre ou contra o que é feita a leitura desse signo? Num ensaio dedicado à leitura da pintura, Jean-Louis Schefer segue uma linha frequentemente adotada em semiologia, segundo a qual os signos não são lidos em si mesmos mas sim “declarativamente”, isto é, na relação mantida com o texto dentro de cujas fronteiras vêm esses mesmos signos formulados: é a partir do texto (da própria pintura) e dentro dos limites (ainda que ampliados) desse texto que o signo será lido, revelando o sistema responsável por sua construção e combinação com os outros signos.<sup>269</sup>

Noutras palavras, todo texto (jurídico ou não) possui um sentido ideológico, um móvel que originou a realização de um ato; e toda esta bagagem contextual revela-se no texto.

---

<sup>269</sup> COELHO NETTO, J. Teixeira. *Semiótica, Informação e Comunicação: Diagrama da Teoria do Signo*. 2ª impressão, São Paulo: Editora Perspectiva, 1983, p. 46.

São as representações discursivas e conexões que remetem ao conteúdo referencial do texto. Os enunciados não expressam um conteúdo descritivo objetivo, independente de uma atitude subjetiva. A seleção dos substantivos, adjetivos e verbos está determinada pela representação do “*apart-hotel*” [do 1º plano de análise, do que se trata] pelo enunciador.<sup>270</sup>

Com efeito, o legislador ressaltou --diferentemente de qualquer outra carreira, pública ou não-- que a Corregedoria deve ser acionada no caso de participação de policiais em organização criminosa, bem como o Ministério Público no exercício da função de controle externo da polícia e de *custos legis*.

Noutras palavras, fica implícito que --como acredita o legislador (em acepção subjetiva - *voluntas legislatoris*<sup>271</sup>), dentre os fatos da vida que se tentam evitar, ou punir por esta Lei, estão as organizações criminosas das quais participam policiais.

E a menção a este grupo específico, e nenhum outro, leva a crer que há reiteração de uma classe específica envolvida com o crime organizado: a dos policiais.

Firme-se: a comunicação de qualquer irregularidade funcional a órgão competente é dever de todo funcionário público (além de dever ético-profissional do funcionário público, está previsto em lei<sup>272</sup>)

Então, o dispositivo é redundante do ponto de vista normativo (prescrição de condutas) --e *ofensivo* (quicá juridicamente: proteção constitucional da respeitabilidade das pessoas físicas e dos órgãos), pois

---

<sup>270</sup> BEZERRA, Maria Auxiliadora; REINALDO, Maria Augusta. *Análise Linguística: afinal a que se refere?* São Paulo: Cortez, 2013, p. 73.

<sup>271</sup> Conferir FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 264-268.

<sup>272</sup> V.g. artigo 6º, da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; artigo 4º, 14 e 15, da Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.



cria uma presunção de que toda organização criminosa possui membros da polícia.

Visto o momento histórico contextualizado, impossível não ver, ao menos, simultaneidade entre a promulgação da Lei 12.850/13 e o julgamento da ação penal 470, do Supremo Tribunal Federal. Possivelmente, algum réu poderia solicitar pleitear um “direito subjetivo” à minoração da pena, mesmo após a sentença. Mormente quando não se vislumbrou qualquer debate aberto deste texto legislativo na comunidade em geral, nem na comunidade jurídica especificamente em face de tão inovadora lei com dispositivos penais e processuais.

**6.3** *Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:*

*I - colaboração premiada; (...)*

*Seção I - Da Colaboração Premiada, Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*

*I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*

*II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;*

*III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;*

*IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;*

*V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*

§14º Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Primeiramente, observa-se que a *colaboração premiada* é, antes de tudo, *meio de prova*.

A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. (...) A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.

Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo.<sup>273</sup>

Logicamente, será *benefício de direito material* como consequência. Quer dizer, o antecedente é a informação prestada, que auxilia Justiça Criminal em seu mister; o consequente é a minoração do *quantum* punitivo. A própria expressão linguística é significativa: o substantivo é *colaboração*, o adjetivo é *premiada*.

Todavia, tem uma diferença significativa em relação aos meios de prova: é instituto tanto construtor e reconstrutor. Com efeito, busca (a) modificar o futuro --auxilia na transformação do mundo pela atuação de forças estatais dotadas de material de inteligência-- e (b) reconstruir o passado, *res in judicium deducta*, permitindo a responsabilização dos autores de crime pelo próprio depoimento como pela indicação de meios outros de prova.

Exsurge uma questão ética e jurídica. A primeira foi resolvida pela possibilidade da negociação se trouxer efetivos benefícios numa

---

<sup>273</sup>MARQUES. José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 272.

ponderação utilitarista. A segunda deve ser respondida pelo sistema do livre convencimento racional do juiz.

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter que examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência. O livre convencimento que hoje se adota no Direito Processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o *livre convencimento lógico e motivado* é o único aceito pelo moderno processo penal.<sup>274</sup>

Veja-se que a lei buscou mitigar a inexorável desconfiança dando *status* de testemunha-colaborador, inclusive sob o compromisso de falar a verdade; irônico pensar que de algo valha “palavra de honra” (artigo 203 do Código de Processo Penal). Disso se vê que é importante, e vetor máximo, a relevância das informações. Elas, por si, vão mostrar a excepcionalidade da medida (negociação) e sua utilidade, a ponto de afastar a regra da obrigatoriedade da ação penal --regra esta válida, eficaz e central.

A tentar remediar tal desconfiança está o §14; só que é reconfirmada pelo §16<sup>275</sup>, que veda a prolação de sentença condenatória baseada exclusivamente no depoimento do colaborador.

Ainda, pelo sistema jurídico tradicional, não se admite a intervenção de assistente da acusação ao corréu (artigo 270 do Código de Processo

---

<sup>274</sup> MARQUES. José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 301-302.

<sup>275</sup> Lei 12.850/13, art. 4º, §16º: Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Penal<sup>276</sup>). Esta restrição deve se manter, posto que o colaborador assume papel de testemunha.

Outra questão: ainda que testemunha, será também réu na maior parte das vezes (o não oferecimento de denúncia é medida excepcional num rol de medidas excepcionais). Se concordou, *-negociou-*. Então será réu obrigado a confessar, sem com isso incorrer em nenhuma ofensa à Constituição<sup>277</sup>.

**6.4** Art. 4º, §1º *Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.*

Ponto central *-imediato-* é a “eficácia” da colaboração contraposta à *gravidade do fato criminoso*, a regular desde a incidência do instituto até sua dosimetria. Daí combinar-se com a suspensão do §3º, que provará a valia das informações.

As demais circunstâncias serão acessórias, e em regra apenas irão regular o *quantum* da diminuição.

Todas, em conjunto, se colocam como corolários do princípio constitucional da individualização da pena. Ademais, não há que se confundir a liberdade de apreciação e individualização racional com discricionariedade e arbitrariedade<sup>278</sup>. Se existente, deverá incidir; lembre-

---

<sup>276</sup> Art. 270. O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.

<sup>277</sup> Direito ao silêncio: artigo 5º, inciso LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

<sup>278</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1, parte geral, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 710-711

se da incidência obrigatória e infalível de Pontes de Miranda<sup>279</sup>. É, pois, direito subjetivo do colaborador. Mas para incidir<sup>280</sup>, tem que ser útil.

**6.5** *Art. 4º, §2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).*

O §2º parece ressaltar o locução “a qualquer tempo”. Porém, deve-se observar que a própria organicidade deste dispositivo delimita-a: vai desde a instauração de inquérito policial até a prolação de sentença condenatória, ainda que recorrível. Daí as disposições do §§5 e 11.

**6.6** *Art. 4º, §3 O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.*

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

*I - não for o líder da organização criminosa;*

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

*§5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.*

---

<sup>279</sup> *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970, p. 384-386.*

<sup>280</sup> *Se for reconhecida, seus efeitos se realizarão obrigatoriamente. É semelhante ao que ocorre na minorante da tentativa; veja-se BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1, parte geral, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 500.*

§8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Primeiramente, o §3º não traz um período de prova, como o previsto para o *sursis*, *sursis* processual (artigo 89 da Lei 9.099/95) e livramento condicional. Ao fim do prazo destes há extinção da punibilidade.

No caso analisado, é mera suspensão do processo como no artigo 92<sup>281</sup> e 93<sup>282</sup> do Código de Processo Penal, ou do artigo 265<sup>283</sup> do Código de Processo Civil. É questão incidental, e prejudicial (no caso do não oferecimento de denúncia).

A questão incidental, por natureza, é a controvérsia superveniente no curso do processo, cuja solução deve preceder o julgamento de mérito da causa, pois tem a finalidade de desvendar a qualificação jurídico-penal do fato imputado.<sup>284</sup>

É para que se proceda a diligências que possa verificar a procedência das informações obtidas na *negociação*. Com efeito, exige comunicação eficaz entre o Delegado de Polícia, o Membro do Ministério Público e o Juiz.

---

<sup>281</sup> Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

<sup>282</sup> Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

<sup>283</sup> Art. 265. Suspende-se o processo: I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador; II - pela convenção das partes III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz; IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; V - por motivo de força maior; VI - nos demais casos, que este Código regula.

<sup>284</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190.

Mas o que marca que se aperfeiçoe a extinção da punibilidade? À falta de outro elemento, a prescrição, e dentro deste período a descoberta de qualquer elemento permite o oferecimento de denúncia.

Cumprido esse prazo, promove-se o arquivamento do inquérito policial, que a teor do artigo 18 do Código de Processo Penal pode ser desarquivado com a descoberta de novos elementos. Estes novos elementos que permitem a reabertura do inquérito e promoção da ação penal são indícios de falsidade no depoimento do colaborador.

A homologação judicial não é declaratória de extinção da punibilidade, mas apenas do arquivamento por falta de justa causa: como elemento regulador do interesse da justiça no processamento de uma causa. Não haveria interesse de agir.

Interesse de agir; ou justa causa, entendida como legítimo interesse, ou como critério de justiça do ato --*causa justa, motivo justo*<sup>285</sup>. Esta posição de justa causa hoje fica ressaltada pelo influxo processual civil no direito processual penal (artigo 395 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/2008<sup>286</sup>)

E pela própria proporcionalidade, deve-se atentar que os crimes envolvidos neste *negócio*, inclusive os que motivam o colaborador, são graves, até hediondos. Daí prudência nos efeitos da homologação ser medida de rigor.

**6.7**     *Art. 4º, §6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado*

---

<sup>285</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume IV, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 396-397.

<sup>286</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

*de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.*

O juiz deve manter sua função de julgar lide e garantir direitos fundamentais. Essas são suas funções típicas. Por isso, se tomar conhecimento dos termos da negociação, enquanto não submetida a sua apreciação ou se vier a receber e processar a ação penal, está impedido de exercer jurisdição (artigo 252, inciso II, do Código de Processo Penal<sup>287</sup>). Deve manter equidistância das partes, e agir com imparcialidade.

**6.8** *Art. 4º, §10º As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.*

Este parágrafo mostra a essência de negociação da medida: até mesmo um nascedouro de liberdade contratual no processo criminal com feitiço de direito disponível, até então inexistente no processo penal brasileiro; ou de maneira muito insipiente na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Sem a *possibilidade* de negociar --proposta e contraproposta, conhecimento do objeto do *negócio*-- não seria possível concretizar a medida. Inerente à negociação é o sigilo entre os negociantes; forma diferente de sigilo no Processo Penal, pois nunca se pensou, no Direito brasileiro, em se lhe opor ao Juiz.

Lembre-se que, pelos mesmos fundamentos já expostos anteriormente, não é causa de inconstitucionalidade da Lei 12.850/13, senão consequências válidas e legítimas.

---

<sup>287</sup> Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;



**6.9** *Art. 4º, §9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.*

*§12º Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.*

Este dispositivo esclarece que a medida não é “desinteressada”: a cada crime corresponde --ou deveria corresponder-- uma pena, e sua correspondente persecução penal. A regra jurídica da obrigatoriedade persiste.

Reitera, assim, que o cerne da *negociação* está em trocar informação (útil e relevante) por indulgência. Ou seja, o perdão judicial ou o não oferecimento de denúncia são consequentes da informação. Esta é a causa, sem a qual nada existirá; ou não terá validade e eficácia.

**6.10** *Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.*

*§3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.*

Importante notar que os termos da negociação são sigilosos até o oferecimento da denúncia. Para evitar-se processo *kafkaniano*, o sigilo em relação ao denunciado será levantado no momento do recebimento.

Estando o colaborador em situação processual distinta dos demais réus, passa a ter interesses processuais também distintos. Nessa situação deve ser patrocinado por advogado que patrocine seus interesses de maneira fiel. Portanto, há *incompatibilidade* entre a defesa técnica do colaborador e a dos demais réus, gerando impedimento.

Se não respeitada esta proibição parcial do exercício da advocacia, poderá incidir o crime de *patrocínio infiel*<sup>288</sup>.

---

<sup>288</sup> Código Penal, Art. 355 - Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa.

## 7. CONCLUSÃO

1. A metodologia e a posição filosófica assumidas que fundamentam o trabalho acadêmico, em especial de caráter científico.
2. A natureza é composta da união do corpo e mente, sendo que a separação apenas pode ser realizada para fins de estudo.
3. A separação, contudo, não afasta a complexidade da própria coisa, nem das relações que se estabelecem com ela. É método para o estudo.
4. O Direito e o Estado podem ser analisados o aspecto formal e funcional, especialmente para ressaltar características próprias de cada momento e não inserir aspectos estranhos a cada instituto.
5. Não há ente real que não possui estrutura ou função, bem como não há um sem o outro; o recorte é meramente epistemológico.
6. O estudo do Direito e do Estado é único, pois atualmente todo Direito é estatal, já tendo sido completado o trânsito dos entes pré-estatais.
7. Não se deve confundir o conceito de Estado e Direito com o de Estado de Direito e Estado Democrático de Direito; os termos possuem sentido diverso em cada expressão.
8. Não há, segundo a posição assumida, Estado sem Direito, e vice-versa.
9. Estado e Direito, enquanto partes de um todo uno, devem andar harmonicamente.
10. O descompasso entre um e outro é comparável à doença da pessoa: não basta o corpo parecer bem, se seu interior está doente. O inverso é verdadeiro.

11. O Estado Democrático de Direito é um *plus* do Estado de Direito. Ambos são vivências de Estado e de Direito, tanto sob aspecto estrutural como funcional, que lhes permitem julgamento de justiça e legitimidade porque desejáveis.
12. Estado de Direito e Estado Democrático de Direito são estruturas valoradas socialmente.
13. O Direito tem que respeitar os limites do Estado e o Estado tem que realizar os fins do Direito.
14. As necessidades do Estado podem ensejar a inovação jurídica, desde que os limites do próprio Direito sejam respeitados.
15. O Estado Democrático de Direito é o ápice de funções englobadas na unidade Estado-Direito, porque ressalta *faceres* do Estado.
16. O Estado é mais estrutura do que função.
17. O Direito é mais função do que estrutura.
18. O Processo Penal Democrático é marcado pela defesa dos direitos fundamentais, mostrando sua tônica funcional. Não perde, por isso, a essência formal de realizador do direito material.
19. No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são marcados pela amplitude de incidência, necessitando assim da técnica da ponderação para incidência concreta.
20. A inovação é o ruído, parte da própria vida, inclusive jurídica, sendo necessária a criação de mecanismo eficaz à criminalidade, é possível a negociação no inquérito.
21. A estrutura jurídica e funcional do Processo Penal é pautada pela investigação policial e pelo oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, é possível e lícita a negociação no inquérito policial.

22. A negociação no inquérito policial é expressão concreta da proporcionalidade, e só deve ser usada como mecanismo último e democrático de combate ao crime.
23. A falta de previsão legal não é óbice porque não se trata de norma penal incriminadora.
24. A legalidade na atuação do Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça não é quebrantada, pois não há redução na esfera do patrimônio jurídico de nenhuma pessoa.
25. Pelo contrário, reduz o *ius puniendi* do Estado, em benefício da eficiência administrativa e da realização do direito fundamental à segurança pública.
26. Mesmo sem regramento infraconstitucional, os princípios e valores jurídicos constitucionais fundamentam a negociação no inquérito policial.
27. A negociação no inquérito policial mostra a importância de ver o Direito como realidade empírica e complexa.
28. Propõe e sugere função do inquérito policial, e o processo, como mecanismo de combate ao crime e proteção de bens jurídicos porque apto a impedir crimes ou reduzir/minorar sua lesão jurídica.
29. Muda o perfil do inquérito policial e do processo: de reativo para preventivo. Assim, além de proteger direitos individuais por sua forma e função jurídicas, e pela deontologia envolvida, passa a ser mecanismo de efetivação de direitos fundamentais de forma imediata; especificamente de segurança pública, impedindo ou minorando as consequências sociais do crime.
30. A promulgação da Lei 12.850/2013 reforça os argumentos esposados, dando suporte jurídico concreto para o combate de organizações criminosas, assim que entrar em vigor.

31. Todavia, o âmbito de aplicação da negociação no inquérito policial e da colaboração premiada é distinto.
32. A negociação no inquérito policial fundamenta-se em princípios e só é aplicável segundo ponderação de valores.
33. A colaboração premiada é restrita a quem não for líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração.
34. A relevância das informações prestadas é vetor dirigente da negociação no inquérito policial e na colaboração premiada, regendo também seus efeitos.
35. A *colaboração premiada* prevista na Lei 12.850/13 é uma forma de *negociação*.
36. A negociação no inquérito policial será possível até o início da ação penal, não ficando como na delação premiada que é de reconhecimento e redução em sentença.

## 8. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1956.

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*, tradução de Fábio M. Alberti, São Paulo: Nova Cultural, 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. volume I, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959.

\_\_\_\_\_. *Noções Ontológicas de Estado, Soberania, Autonomia, Federação e Fundação*, São Paulo: Saraiva, 1960.

AQUINO, São Tomás, O Ente e a Essência, tradução de Luiz João baraúna, em *Os Pensadores*, v. VIII, Santo Tomás de Aquino, Dante Alighieri e Jonh Duns Scot e e Wiiliam of Ockham. seleção de textos, 1ª edição, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega. *Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: 1986.

ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, São Paulo: Escala, s/a.

\_\_\_\_\_. *Obra Jurídica (textos selecionados)*, 2ª edição, tradução Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone Editora, 1997, p. 22-23

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, tradução de Luiz João de Baraúna, in *Os Pensadores*, v. XXXIV, Jeremy Bentham e Jonh Stuart Mill, 1ª edição, São Paulo: Abril Cultural, 1974.

\_\_\_\_\_. *As Recompensas em Matéria Penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio, 1ª edição, São Paulo: Rideel, 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Volume. 1 8ª edição, atualizada por Achilles Bevilaqua, São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1949.

BEZERRA, Maria Auxiliadora; REINALDO, Maria Augusta. *Análise Linguística: afinal a que se refere?* São Paulo: Cortez, 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1, parte geral, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Da Estrutura à Função (A Era dos Direitos)*, tradução Carlos Nelson Coutinho, 10ª tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGA, Marco. GUERRA, Andreia. REIS, José Cláudio. *Breve História da Ciência moderna*, vol 4: A Belle-époque da ciência (séc. XIX). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua Estrutura, seu Conteúdo Ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001



CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. tradução de Antonio Carlos Ferreira, 2ª impressão, São Paulo: Lejus, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil e Penal*. Volume II, Tradução do espanhol para o português de Julia Jimenes Amador, Campinas: Péritas Editora e Distribuidora Ltda., 2001.

\_\_\_\_\_. *As Funções do processo penal*. Tradução, Rolando Maria da Luz, Campinas: Apta, 2004.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito (o Construtivismo Lógico-Semântico)*, São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4ª edição atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 2.

Cernicchiaro, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1982

CÍCERO, Marco Tulio. *Os Deveres*, tomos II e III, texto integral. Tradução Luiz Feracine, São Paulo: Escala, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Traduzido por Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

CHOMSKY, Noam. *Linguagem e Mente. Pensamentos Atuais sobre antigos problemas*. Tradução de Lúcia Lobato e revisão de Mark Ridd. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998

COELHO NETTO, J. Teixeira. *Semiótica, Informação e Comunicação: Diagrama da Teoria do Signo*. 2ª impressão, São Paulo: Editora Perspectiva, 1983.

COGAN, Arthur. *Crimes Contra a Segurança Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de Segurança na Justiça Criminal e Ministério Público: legislação, Ministério Público nas Constituições de 25 países, modelos de Mandados de Segurança*. 2ª edição, aumentada, São Paulo: Saraiva, 1992.

COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. *As Organizações criminosas: combate e repressão à luz da Constituição Deral de 1988*, ==p. Dissertation (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

COMTE, Augusto. *Opúsculos de Filosofia Social*, tradução de Ivan Lins e João Francisco de Souza, Porto Alegre: Globo; São Paulo: Ed da universidade de São Paulo, 1972.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade Antiga, Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. tradução de J Cretella Jr e Agnes Cretella, 2ª edição, São Paulo: RT, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972.

Dicionário de Sociologia, 1ª edição, 1ª impressão, Porto Alegre: Editora Globo, 1963.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Rumo Gráfica Ed., 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8ª edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 1995.

ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. 4ª edição, 1ª reimpressão, São Paulo: Perspectiva, 2003.

EINSTEIN, Albert. *Como Vejo o Mundo*, tradução H. P. de Andrade, ed. especial, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

EKMAN, Paul. *Emotions Revealed, Recognizing faces and feelings to improve communication and emotional life*, 2ª edição, Nova Iorque: St Martin's Griffin, 2007.

ESPINOSA, Baruch de. *Pensamentos Metafísicos; Tratado da Correção do Intelecto; Tratado Político*; seleção de textos Marilene Chauí; tradução Marilena Chauí, Carlos Lopes de Mattos e Manuel de Castro. 4ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*; prefácio da 1ª ed italiana, Norberto Bobbio. 2ª edição rev e ampl. Tradutores Ana Paula Zomer Sica *et alli*. Colaboradores Alixis Augusto Couto de Brito *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional - liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRY, Luc. VINCENT, Jean-Didier. *O que é o Ser Humano? Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia*, tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento Penal do Terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*, 2ª edição, tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, traduzido por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. Volume IX (artigos 250 a 361), Rio de Janeiro: Forense, 1958.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. 6ª edição revista da tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella, São Paulo: RT, 2010.

JAKOBS, Gunther. *Ciência do Direito; e, Ciência do Direito Penal*. Tradução de Maurícia Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, SP: Manole, 2003.

JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Tradução de Maria Luiza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva, 9ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. tradução de Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7ª edição ver da tradução. São Paulo: RT, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Sem nome do tradutor, Leme, SP: Edijur, 2012.

LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia de Direito*. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*, 7ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1986.

LUFT, Ceso Pedro. *Língua e Liberdade: por uma nova concepção da língua materna e seu ensino*. Porto Alegre: L&PM, 1985.

MACEDO, Silvio de. *Curso de Filosofia Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume 1, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1961.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume IV, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MATURANA, Humberto. *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes, 1ª edição atualizada, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et ali*, São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2ª edição revisada. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011

\_\_\_\_\_. *O Método. I. A Natureza da Natureza*. Tradução de Maria Gabriela de Bragança, 2ª edição, s/ cid., Portugal: Publicações Europa-América, 1977.

\_\_\_\_\_. *O Método. III/1. O conhecimento do conhecimento*, tradução de Maria Gabriela de Bragança, s/ cid., Portugal: Publicações Europa-América, 1986.

\_\_\_\_\_. *O método VI: Ética*. Tradução de Juremir Machado da Silva, 4ª edição, Porto Alegre: Sulina, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo - como alguém se torna o que é*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza, 2ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*, 2ª edição, Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010.

PAUPÉRIO. A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

PEIRCE, Charles Sander. *Semiótica e Filosofia*. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg, São Paulo: Culturatrix, Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

POLKINGHORNE, John. *Teoria Quântica*. Tradução de Iuri de Abreu, Porto Alegre: L&PM, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Questões Forenses (Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual e Privado)*. Tomo II (pareceres 56 a 104), Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*, tomo I, 2ª edição, revista, São Paulo: RT, 1970.

\_\_\_\_\_. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

\_\_\_\_\_. *Garra, Mão e Dedo*, 1ª edição, revista e prefaciada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, SP: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Problema Fundamental do Conhecimento*, Porto Alegre: Livraria do Globo, 1937.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Política Científica*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I (art. 1º ao 45), Rio de Janeiro: Forense, 1973.

\_\_\_\_\_. *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)*. 1ª edição, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. *História e Prática do Habeas Corpus*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Konfino, 1951

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. v. 2, 7ª edição, revista, São Paulo: Saraiva, 1973.

REYNOLDS, Jack. *Existencialismo*. Tradução de Caesar Souza, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

RUSSELL, Bertrand. *Obras Filosóficas*. Livro primeiro, 3ª edição, tradução de Breno Silva, São Paulo: Companhia Editor Nacional, 1969.

\_\_\_\_\_. *Obras Filosóficas*. Livro terceiro, 3ª edição, tradução de Breno Silva, São Paulo: Companhia Editor Nacional, 1969.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves, Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. *Curso de Semiótica Geral*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial, tomo II, 2ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Criminal*. 2ª ed., São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1917.

SHINN, Terry; RAGOUET, Pascal. *Controvérsias sobre a Ciência: por uma sociologia transversalista da atividade científica*, tradução de Pablo Rubén Mariconda e Sylvia Gemignani Garcia, São Paulo: Associação Filosófica Scientia Studia: Editora 34, 2008.



STEVENS, Anthony. *Jung*. Tradução de Rogério Bettoni, Porto Alegre: L&PM, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da Consequência - Curso de Lógica Formal*, 5ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

\_\_\_\_\_. *O Direito Quântico*, ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 3ª tiragem, São Paulo: Max Limonad, s/d.

VAYSSE, Jean-Marie. *Vocabulário de Immanuel Kant*. Tradução Claudia Berliner, revisão técnica Maurício Keinert. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2012

VATTEL, Emer de. *O direito das Gentes*, prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel . Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e Sistema do Direito Positivo*. -São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1977.