

### A Criação de “Zonas de Interseção Normativa” pelo Ministério Público: um Instrumento de *Lawfare* Político para Legitimar a Sua Investigação Preliminar Direta e a Transigência sobre Pena nos Acordos de Colaboração Premiada

*The Creation of “Zones of Normative Intersession” by the Public Ministry: a Political Lawfare Instrument to Legitimate Its Direct Preliminary Investigation and the Transaction on Penalty in Awarded Collaboration Agreements*

**ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

**RODRIGO MACHADO GONÇALVES<sup>2</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

**RESUMO:** A Constituição de 1988 estabeleceu, entre os *standards* para a democratização, a absoluta distinção das funções de julgar, acusar e defender no processo penal. O problema que se propõe analisar é se o Ministério Público utiliza os maxiprocessos como instrumentos de *Lawfare* político para afastar-se do desenho processual constitucionalmente traçado. Metodologicamente se enfrentará o problema por análise bibliográfica e dos institutos da investigação e da colaboração premiada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia constitucional; maxiprocessos; *Lawfare* político; zonas de interseção normativa e autolegitimação.

**ABSTRACT:** The 1988 Constitution established, among the standards for democratization, the absolute distinction between the functions of judging, accusing and defending in criminal proceedings. The problem we propose to analyze is whether the prosecutor uses maxiprocesses as instruments of political lawfare to move away from the constitutionally drawn procedural design. Methodologically the problem will be dealt with by bibliographical analysis and by the research institutes and the awarded collaboration.

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0003-4485-844X>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-9341-9035>>.

KEYWORDS: Constitutional democracy; maxprocesses; political Lawfare; normative intersection zones and self-legitimation.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constitucionalização democrática e processo penal de emergência: incompatibilidade; 2 Maxiprocessos, *Lawfare* político e a autolegitimação ministerial pela criação de “zona de interseção normativa”; 3 Breves considerações sobre a atuação do Ministério Público na investigação e na colaboração premiada; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

As últimas duas décadas têm marcado o direito processual penal com uma intensa profusão de alterações, as quais promoveram prospecções democráticas<sup>3</sup>, bem como retrospicções autoritárias<sup>4</sup> e permanências autoritárias que servem de base para o reconhecimento de diferentes desenhos institucionais e processuais.

As instituições brasileiras atribuídas da função de administração da justiça penal, sobretudo no que concerne às funções de produção, gestão e interpretação das regras e normas de direito processual penal, estão cada vez mais divididas entre as duas perspectivas apresentadas acima, construindo, dessa forma, uma nítida ruptura com a sistematização libertária da Constituição através de mecanismos de sua mitigação enquanto instrumento de regência.

No que tange às sistemáticas processuais e suas elementares constitutivas, as mudanças e permanências acima referidas afeiçoam a construção de dois subsistemas processuais penais: o tradicional e o emergencial (Ferrajoli, 2014, p. 746 e ss.). Ao contrário do que se pode imaginar, não há

3 Aqui a expressão “prospecções democráticas” está sendo usada no sentido literal, sem qualquer pretensão de criar institutos com conceitos jurídicos novos. Nesse sentido, compreende-se por prospecções democráticas as atividades legislativas que procuraram democratizar o processo penal. Tome-se como exemplo os onze anteprojetos de lei elaborados pela Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, que gerou onze projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso pela Mensagem nº 214/2001. A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, Presidente da Comissão de Juristas, esclareceu que o objetivo das reformas parciais ao Código de Processo Penal que se propunham era remodelar institutos inteiros, sempre na preocupação da adequação das normas processuais à Constituição de 1988 (Pellegrini Grinover, 2007). Todavia, apenas quatro destes projetos foram aprovados e se converteram em lei, daí por que denominamos “prospecções democráticas”, uma vez que a procura por um processo penal democrático não foi de todo realizada.

4 É possível afirmar que essas retrospicções são tanto no campo da produção legislativa, com o incremento dos instrumentos de vulneração de direitos fundamentais para aumentar o aparato investigatório, por meio de meios de obtenção ou investigação de prova, levando a produção de prova para a fase pré-processual e assemelhando o processo a um modelo inquisitivo, como ocorreu com a Lei do Crime Organizado, a Lei nº 12.850/2013, como também, e sobretudo, a interpretação retrospectiva. Segundo Casara, “por interpretação retrospectiva entende-se a insistência dos operadores jurídicos de ‘interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo’. Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição” (Casara, 2003, p. 196). Cf. também Casara, 2004.

a substituição do modelo tradicional de processo, e sim uma reconfiguração para casos diversos.

A permanência do tradicionalismo, entretanto, não afasta a existência de um novo desenho institucional que se mostra evidenciado por formas de administração da justiça penal, e sua representação processual, absolutamente distintas daquelas estabelecidas pelos preceitos constitucionais.

Conforme a Carta Política de 1988, pela análise de seus preceitos, o processo penal é, antes de qualquer coisa, o direito das liberdades e garantias individuais, o freio e contrapeso ao poder de punir estatal. Para tal desiderato, o seu art. 5º estabelece um extenso rol de previsões pétreas e de demonstração do sistema de controles próprio da democracia, sobretudo pela qualitativa posição do indivíduo na relação penal com o Estado.

É também a Constituição que desenha as instituições essenciais à democracia, entre elas o Ministério Público figura como ator privilegiado não apenas do sistema penal, mas de zelar pelo respeito do Poder Público aos direitos assegurados na própria Constituição.

O problema que se pretende enfrentar neste trabalho é: o Ministério Público atua com estrito respeito ao seu desenho institucional traçado pela Constituição?

A hipótese que será trabalhada é que o Ministério Público vem ampliando sua atuação no processo penal de forma a criar zonas de interseção normativa que se afastam das finalidades democráticas constitucionalmente definidas.

A resposta ao problema, bem assim a confirmação ou infirmação da hipótese, se dará metodologicamente a partir da análise de fontes bibliográficas, com a abordagem final dos casos específicos da investigação pelo Ministério Público e da celebração da colaboração premiada.

Inicialmente se fará uma abordagem sobre a relação entre o conceito de democracia constitucional e o processo penal de emergência, tendo como referenciais teóricos Luigi Ferrajoli, no que respeita ao conceito de democracia constitucional e sistema penal de emergência, Fauzi Hassan Choukr no que respeita ao processo penal de emergência e Geraldo Prado a respeito do processo penal constitucional.

Em seguida, será realizada uma abordagem dos conceitos de *Lawfare* e maxiprocessos, bem como sua relação. Serão usados os referenciais de Orde Kittrie quanto ao conceito e características do *Lawfare*, bem como Luigi Ferrajoli a respeito dos maxiprocessos.

Por fim, será realizada uma análise da atuação do Ministério Público em dois pontos sensíveis do processo penal: a investigação e a colaboração premiada, tendo por base especialmente a atuação da Operação Lava Jato. A análise dessas específicas atuações justifica-se na medida em que a investigação é atribuição constitucional da polícia e a fixação de pena é atribuição do juiz. Dessa forma, estes são institutos processuais nos quais o Ministério Público pode atuar exercendo funções próprias de outras instituições conforme o desenho traçado pela Constituição.

## 1 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA: INCOMPATIBILIDADE

Um dos axiomas da democracia constitucional<sup>5</sup> é o da limitação de poderes, motivo pelo qual as regras da Constituição delineiam as funções orgânico-republicanas de modo a criar um sistema de freios e contrapesos intra e interorgânicos, que terminam por caracterizar o sistema acusatório desenhado pela Constituição de 1988<sup>6</sup>.

As determinações constitucionais de órbita funcional-explícitas<sup>7</sup>, portanto, não podem ser interpretadas de maneira extensiva, são taxativas, e não podem se imiscuir. O sentido político do texto magno é unidirecional – democratização<sup>8</sup>; logo, sua modificação impõe o reconhecimento do caminho oposto: autoritarismo, aparelhamento intencional de um órgão em detrimento de outro e, conseqüentemente, de acúmulo desproporcional de funções e de poder.

O *primum gradum* para a permanência democrática é reconhecer que o texto constitucional possui concretude (Streck, 2012, p. 171/172)<sup>9</sup>, já que há um claro movimento jurisprudencial de dimensionamento meramente formal de suas previsões e determinações, como se fossem cláusulas vazias, normas em branco, a dependerem da ação do intérprete, de uma regulamentação subjetiva e cotidiana para as hipóteses fáticas. Por óbvio, não se observa qualquer ingenuidade da opção adotada, posta a nítida in-

5 Adotamos o conceito de democracia constitucional como “um sistema de limites e de vínculos a todo poder” (Ferrajoli, 2008, p. 26).

6 Geraldo Prado fala em “modelo de estrutura processual penal constitucionalmente eleito” (Prado, 2005, p. 169).

7 Ao nos referirmos às determinações constitucionais de órbita funcional-explícitas, estamos nos referindo àquelas que tratam do funcionamento das instituições e nos afastando de qualquer determinação que se possa inferir implicitamente, neste sentido devendo ser consideradas apenas aquelas tipificadas expressamente pelo texto constitucional e que digam respeito às atribuições e competências orgânicas expressas das instituições.

8 É o próprio Preâmbulo da Constituição de 1988 que afirma: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático...”.

9 Streck deixa claro que a “é preciso entender a Constituição como algo substantivo” e que a “Constituição deve constituir-a-ação” (2012, p. 171/172).

tuição do apoderar e aparelhar as agências repressivas e de legitimar a atividade judiciária pela punibilidade, independentemente do meio, de seus fundamentos e de correlação probatória, como forma de propiciar uma falsa sensação de segurança e eficiência persecutório-punitiva (o emergencial).

Fauzi Hassan Choukr, um dos referenciais teóricos do texto, demonstrou, em *Processo penal de emergência*, a certeza de que a utilização do “emergencial” como elemento de justificativa para o combate dos problemas sociais pela repressão não pode prosperar, mas se identifica desde muito tempo atrás e consolida a hipótese de construção premeditada, querida, intencional, que se vincula à ideia de necessidade de uma resposta imediata que deve durar enquanto perdurar o estado emergencial (Choukr, 2002, p. 1/2).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, desde os idos de 2002, identificou a existência de conflito ideológico inerente às questões de segurança pública no Brasil, em verdade, os elementos propulsores de sua crise. Ressalvava, precipuamente, que os movimentos de Lei e Ordem e do Direito Penal Mínimo permeavam o seu cerne e avisava que as respostas à querela social de segurança devem advir, no Estado Democrático de Direito, “dos estritos limites da lei; que deve alcançar e ser cumprida por todos” (Coutinho, 2002, p. 181/182).

Muito embora a questão da crise da segurança pública não afete o tema, tampouco o problema proposto no presente trabalho, deve-se pontuar que o sistema penal de emergência, compreendido como aquele que se afasta do modelo de legalidade clássica, afeta também as persecuções que atendem a razões políticas (Ferrajoli, 2014, p. 751).

Nesse sentido que Antonio Santoro e Thayara Castelo Branco apontam existirem hoje no Brasil dois modelos de processo penal de emergência: o processo penal tradicional, voltado ao controle social dos grupos vulneráveis, e os maxiprocessos, movidos por finalidades políticas (Santoro e Castelo Branco, 2018, p. 27).

Não se pode ignorar a existência de corolários dessas perspectivas emergenciais, as quais se mostram afeitas ao mencionado desenho institucional-normativo de ampliação, manipulação e confusão das funções institucionais e de flexibilização dos direitos e garantias constitucionais, hipótese inerente às grandes “operações” investigativas criminais, tais quais a “Operação Lava Jato”.

Algumas evidências<sup>10</sup> – como: a investigação preliminar direta pelo Ministério Público; a legislatura processual penal, em violação ao devido processo legislativo constitucional, para a suposta legitimação das atuações orgânicas; a espetacularização da atuação ministerial na persecução penal; a não obediência aos limites regrativo-normativo-jurídicos relativos à tutela democrática como necessidade para a obtenção da finalidade punitiva; a confusão entre as funções institucionais definidas na Constituição como meio possível no combate à impunidade; a distinta posição social dos investigados (Sutherland, 2015, p. 27); o emprego de meios tecnológicos de obtenção de informações mais avançados e ocultos (Prado, 2014, p. 59) apropriados à devassa da intimidade dos investigados e à simplificação dos fatos de maneira a condicionar o enredo levado ao Poder Judiciário (Casara, 2016, p. 12); a possibilidade de os meios de comunicação social exporem publicamente as conversas e os vídeos obtidos em investigações e até mesmo acompanharem, em tempo real, a efetivação de fases ostensivas como prisões, conduções coercitivas, buscas e apreensões domiciliares; entre outras – fizeram com que o processo penal das chamadas grandes “operações” se tornasse ilimitado, instrumentalmente legitimador e viabilizador do punir, sumária e (pseudo) eficazmente, um produto valioso e essencial à mídia, altamente vendável e politicamente efetivo.

O processo penal, conforme as características acima, amolda-se desvinculado de sua função constitucional-sistêmica de asseguramento da liberdade como regra, dos limites e distinções das atuações orgânicas, do *locus* de consideração da inocência, de exercício do contraditório e da ampla defesa, da inadmissibilidade das provas ilícitas e produzidas por meios ilícitos, para servir à agenda midiática e ao interesse da opinião pública. A possibilidade de que a atuação das agências penais seja ditada pela pauta da imprensa (McCombs e Shaw, 2009, p. 65 e ss.) torna-se concreta, o emergencial passa a ser artefato legitimador de um processo penal deletério, de infirmação dos direitos e garantias individuais.

O subsistema processual penal de emergência denota uma perspectiva de sua utilização para fins políticos. Segundo a presente premissa, sua condução, portanto, far-se-á por interesses diferentes dos constitucionais democráticos de apuração do ilícito segundo limites de poder e asseguramento da liberdade – o chamado *Lawfare* político se apresenta. Esse fato representa um grave problema social, uma grave afronta à liberdade.

10 Evidências – o termo deve ser compreendido no sentido de conhecimento *a priori*, sem submissão a um procedimento rigoroso de verificação da hipótese, portanto um conhecimento não científico, porém passível de confirmação por pesquisa específica.

## 2 MAXIPROCESSOS, *LAWFARE* POLÍTICO E A AUTOLEGITIMAÇÃO MINISTERIAL PELA CRIAÇÃO DE “ZONA DE INTERSEÇÃO NORMATIVA”

Diante de tal contextualização e da construção epistêmico-investigativa, torna-se imperativa a compreensão do conceito de *Lawfare* político, expressão utilizada pela primeira vez, em ensaio do ano de 2001, por Charles Dunlap (2001, p. 315), influenciado pelo ensaio de autoria de David Rivkin e Lee Casey, publicado no ano 2000 (Rivkin e Casey, 2003, p. 3/15), no qual sustentaram que aliados dos Estados Unidos e adversários propuseram usar o direito internacional como meio para verificar ou para proteger o poder norte-americano.

Para Dunlap, *Lawfare* é “a estratégia do uso – ou não uso – do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra” (Dunlap, 2001). Em pouco tempo, o *Lawfare* passou a ser compreendido como um sucedâneo não apenas de combates de guerra, mas também de embates políticos (Zanin, 2016). Muito propício ao cenário de “combate à corrupção” de qualquer forma, por quaisquer meios, desde que atingida a pretensa finalidade.

Ante do enquadramento teórico exposto e com base na abordagem de Orde Kittrie (2016, p. 8), podem ser realizadas duas averiguações para identificar se uma ação<sup>11</sup> jurídica pode ser considerada como *Lawfare* político (Santoro e Tavares, 2017, p. 39/40): (1) o autor (seja uma pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, ou um grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pelas ações políticas e (2) a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos, que utilizam a ação, deve ser enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o *Lawfare* está sendo manejado.

Os precípuos instrumentos para utilização do Direito com fins políticos são: (a) iniciativa de criação de novas leis, obedecido ou não o devido processo legislativo constitucional, que permitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais; (b) iniciativa de criação de novas leis com a tipificação aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório; (c) jurisdicionalização de discussões outrora essencialmente re-

11 Para elucidar a expressão, deve se frisar que o termo “ação” não está sendo utilizada no sentido técnico processual, mas no sentido de qualquer atividade juridicamente fundamentada.

servadas ao campo político; (d) reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais (Gonçalves, 2016, p. 405/422); (e) Instaurações de perseguições criminais para alcançar objetivos políticos; e (f) divulgações de perseguições criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos (Santoro e Tavares, 2019, p. 42 e ss.).

Apesar de Luigi Ferrajoli jamais ter usado a expressão “*Lawfare*” ou fazer qualquer referência a estudos sobre esse tema, é possível identificar aquilo que ele chama de subsistema penal de exceção como instrumento de *Lawfare* político, o qual se caracteriza pela “instauração de perseguições criminais para alcançar objetivos políticos”. Noutras palavras, os fundamentos da intervenção punitiva no subsistema penal de exceção trabalhado por ele possuem identidade com os fundamentos da intervenção punitiva usada como instrumento de *Lawfare*: os desígnios políticos. À perseguição, à atuação orgânica, à punição não se conferiria legitimidade pela razão “jurídica, mas imediatamente política” (Ferrajoli, 2014, p. 747).

A “razão de Estado”, então, passa a se sobrepor à “razão jurídica”, não existe mais jurisdição, porém “arbítrio policialesco, repressão política” (Ferrajoli, 2014, p. 751), inconciliável com o Estado Democrático de Direito. Das alterações no modelo clássico de legalidade penal nos processos de emergência (Ferrajoli, 2014, p. 758 e ss.), destaca-se o que Ferrajoli denominou de maxiprocessos<sup>12</sup>.

Com inspiração no pensamento de Ferrajoli, é possível apontar a existência de cinco características dos maxiprocessos: (1) a cobertura midiática massiva; (2) o gigantismo processual (Ferrajoli, 2014, p. 760); (3) a confusão processual; (4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; (5) o incremento da utilização dos meios investigação ou obtenção de prova.

O modelo maximizado de processo penal permite o afastamento de garantias e a consecução de finalidades políticas por meio do processo, caracterizando o uso de perseguições penais como instrumento de *Lawfare* político.

A redução ou eliminação de garantias processuais constitucionais nos maxiprocessos afastam o sistema processual, na prática, da ideia de demo-

12 A expressão maxiprocessos é oriunda da obra de Ferrajoli (2014, p. 760 e ss.). Uma espécie de direito penal especial ou de exceção. A título de complementaridade, o termo também pode ser encontrado em Alfonso e Centone (2011). Tratando como “megajustiza”, confira-se Prates (2016).

cracia constitucional que, como visto, se caracteriza como um sistema de limites ao poder.

Para Casara, o “Estado Pós-Democrático implica um governo no qual o poder político e o poder econômico se identificam” (Casara, 2017, p. 183), de tal forma que se os maxiprocessos enquanto instrumentos de *Lawfare* não se apresentam democraticamente como limites ao poder político, também não o fazem em relação ao poder econômico.

O abuso do poder político e econômico tem como um dos pontos essenciais, e caros à análise empreendida neste trabalho, a confusão processual, assim entendida como o exercício de atividades típicas de um dos atores do sistema processual penal constitucionalmente desenhado por outro ator.

Far-se-á, nesta linha, uma abordagem de dois institutos do processo penal para verificar em que medida o Ministério Público vem desempenhando funções que não lhe são próprias: a investigação e a colaboração premiada.

Tanto a investigação como a colaboração premiada têm um elemento de interesse adicional, diante das características dos maxiprocessos. É que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova (5ª característica dos maxiprocessos), que é realizada durante a investigação criminal.

### 3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO E NA COLABORAÇÃO PREMIADA

As análises realizadas permitem questionar se o Ministério Público, com o aval e/ou leniência do Poder Judiciário, vem se utilizando dos maxiprocessos para, como estratégias de *Lawfare* político, ampliar seus poderes institucionais ao ponto de, em determinados casos, como o da “Operação Lava Jato”, imiscuir-se, inclusive, nas funções exclusivamente judiciais pela estrutura da Constituição.

Importante ressaltar que, em março de 2014, foi iniciada, no Brasil, mais especificamente na 13ª Vara Federal de Curitiba, a “Operação Lava Jato”, a qual, segundo o Ministério Público Federal, configura-se como “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve”<sup>13</sup>.

13 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

Como dito pelo Ministério Público Federal, o início da investigação se deu em face de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros e, posteriormente, foram coletadas provas de envolvimento da Petrobras durante pelo menos dez anos. Em suma, haveria uma organização em cartel de grandes empresas que pagariam propinas a altos executivos e a agentes públicos, mais precisamente, um esquema criminoso instalado na Petrobras em razão da indicação política de três diretorias, que se vinculariam diretamente a três partidos políticos (PP, PT e PMDB), os quais foram beneficiados por contratos celebrados com as empreiteiras envolvidas.

A Operação “Lava Jato” não está vinculada apenas à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, mas também ao Rio de Janeiro, Distrito Federal e Supremo Tribunal Federal, em razão dos casos que envolvem competência originária.

Para a apreensão contextualizada dos atos políticos em comento e análise e vinculação com a “Operação”, três fatos devem ser relevados: (1) a promulgação, em agosto de 2013, da “nova”<sup>14</sup> Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850), nítido movimento legislativo preparatório das possibilidades investigativas pré-processuais nela desejadas; (2) o julgamento, em 2015, do Recurso Extraordinário nº 593.727 pelo STF, no qual se discutiu a legitimidade do Ministério Público para investigar diretamente em sede preliminar; e (3) a viabilização de acordos de colaboração premiada, em completa dissensão com o sistema de administração de justiça brasileiro, nos quais o Ministério Público oferece proposta de pena a ser cumprida, função exclusiva do Poder Judiciário.

Quanto ao julgamento relativo à investigação direta ministerial, a qual merece consideração destacada, estava ainda *sub judice* a discussão acerca da legitimidade, o que enfraquecia e colocava em risco a validade das investigações preliminares diretas realizadas pelo órgão por anos e, principalmente, as ocorridas em sede da “Lava Jato”.

Tanto assim que, depois de cerca de oito anos em tramitação, na tarde do dia 14.05.2015, no julgamento do Recurso Extraordinário (nº 593.727), o STF decidiu, por maioria, que o Ministério Público pode promover investigações de natureza penal, asseverando que a legitimidade do poder investigatório do órgão seria extraída da Constituição, a partir de cláusula que outorgaria o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre

14 Revogatória da Lei nº 9.034/1995.

a atividade policial, que o *Parquet*, porém, não poderia presidir o procedimento administrativo investigativo preliminar, por ser função precípua da autoridade policial. Ademais, a função investigatória do Ministério Público não se converteria em atividade ordinária, mas excepcional, legitimada em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal, situações que, exemplificativamente, justificariam a intervenção subsidiária do órgão. Esse foi o teor resumido da decisão.

O Ministério Público, por sua vez, mesmo estando a *quaestio* sob julgamento, já havia promulgado, em 2004, a Resolução nº 11, a qual regulamentou e procedimentalizou o (“seu”) procedimento investigativo criminal direto, negando respeito à Carta Maior e, antecipadamente, ao controle de constitucionalidade a ser feito pelo próprio Supremo Tribunal. Pior... legislou em matéria processual penal ao arrepio do devido processo legislativo, sob a alegação de imiscuir atributivo advindo da Constituição, haja vista que nela seja o legitimado ordinário para o exercício do direito de ação penal e controlador externo da atividade policial.

Nitidamente, o *Parquet* extrapolou os limites impostos pela Magna Carta e suscitou a existência de poder implícito de investigar diretamente em sede preliminar, dando ensejo à demanda de interpretação acerca da matéria, criando, posta a sua não existência, uma *zona de interseção normativa*, na qual o desenho normativo constitucional atribui à polícia o poder de investigar, mas admitiu-se uma autorização normativa implícita que outorga ao Ministério Público o mesmo poder, desconformando a divisão de atribuições que configuram o modelo de processo penal acusatório. Além disso, e de igual sorte, ignorou os estandartes da própria decisão do Supremo Tribunal Federal.

A mencionada criação hermenêutica afeiçoa possível *Lawfare* político ministerial para ampliar seu poder institucional-constitucional, para pressionar o Supremo a decidir e permitir a investigação direta quanto aos crimes contra a Administração Pública, salvaguardando a eficácia dos procedimentos da “Lava Jato” (bem como a validação de milhares de outros realizados no *iter* temporal de 2004 a 2015). Ocorre, ademais, uma indevida extensão do sentido do julgado, que de exceção passa a regra, ou seja, manipula-se a interpretação e age, sob o prisma do combate à corrupção<sup>15</sup>,

15 Fato demonstrado pela promoção pública das chamadas “10 Medidas Contra a Corrupção”.

buscando os apoios institucionais e popular para aprovar leis que regulamentem seu intento de apoderamento.

No “interpretar do evidente” – essa é a premissa da criação da *zona de interseção normativa* –, a dúvida sobre o comando legal é criada, fictícia e derivada da volitividade de modificação do sentido original e sistêmica da regra ou preceito, e não da ausência de compreensão sobre o objeto determinante. Dessa maneira, o querer do intérprete sobressai ao comando normativo-jurídico, impondo uma instabilidade sobre a acepção concreta das regras, levando-as, por conseguinte, à possibilidade de vigência político-simbólica (nas suas mais distintas dimensões).

As perspectivas fundamentais da adoção hermenêutico-simbólica aniquilam, via de regra, a concretude das regras e preceitos constitucionais, afiguram a ausência de submissão do intérprete ao *mandamus* democrático e consolidam a retrospeção autoritária advertida por Casara (2003, p. 36). A gravidade do problema está na legitimação populista do simbólico e seu rechaço ao normativo-jurídico, mesmo porque sequer é compreensível pelo interlocutor popular, mas, ainda assim, se faz necessário para a tranquilidade solipsista ou tirânica do julgador e do persecutor. Nada mais efetivo e cativante numa sociedade de classes do que o argumento do poder como legitimador de mais poder – os seres por eles próprios e sobre qualquer ente ou ser.

Quanto à viabilização de “acordos de colaboração premiada”, nos quais o Ministério Público transige sobre pena a ser cumprida, percebe-se absoluta subversão de função exclusiva do Poder Judiciário, tristemente por ele legitimada quando das homologações dos acordos.

A alteração substancial do modelo de legalidade penal, com a alteração do paradigma de um processo penal do fato para o processo penal do autor, e do espetáculo, identifica o julgador como assuntor de uma posição protagonista, pois “o juiz torna-se inimigo do réu [...] e não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito” (Ferrajoli, 2014, p. 759). Diante desse contexto, todos os meios para a punição são utilizados e legitimados, inclusive os que violam os limites constitucionais às funções institucionais, dado identificador do objetivo político-sistêmico.

Pode-se reconhecer, ante tal transformação substancial, que o criminoso passa a ser considerado mal, pecaminoso, que de forma coerente procura uma confissão e uma “colaboração mediante denúncia dos coautores” (Ferrajoli, 2014, p. 759) ou mesmo uma confissão enganosa, sem alertas de

garantia do direito ao silêncio, como na interceptação telefônica, cujo saldo final é uma pseudoescolha anticomunal, porém confirmatória da hipótese investigatória, da qual resulta uma oferta de pena pelo Ministério Público sem que tenha ocorrido o devido processo penal com as garantias intrínsecas ao devido processo legal democrático constitucional.

Desconfiguram-se os sistemas de controle constitucionais, o Judiciário passa a ter parte de sua atribuição constitucional desempenhada pelo Ministério Público, reduzindo garantias e ampliando o poder punitivo pela confusão processual, característica dos maxiprocessos.

## CONCLUSÃO

Os processos emergenciais não são apenas inadequados ao Estado de Direito, como não se compatibilizam com a democracia. Neste ponto, é relevante apontar que o conceito ferrajoliano de democracia afasta-se de uma compreensão que ele denominou plebiscitária<sup>16</sup>, a qual estaria vinculada exclusivamente à vontade da maioria, e também da atual visão de democracia liberal<sup>17</sup>, e se constrói como o de democracia constitucional, entendida como “um sistema de limites e de vínculos a todo poder” (Ferrajoli, 2008, p. 26).

Conseqüentemente, os maxiprocessos, enquanto instrumentos de *Lawfare* político, e todos os seus consectários, são peculiares do subsistema processual penal de exceção, inconciliáveis com o conceito de democracia constitucional.

Entre as características dos maxiprocessos, está a confusão processual, em que um dos atores processuais passa a desempenhar as funções de outro.

Tomando o exemplo privilegiado dos institutos da investigação e da colaboração premiada, é possível responder ao problema proposto na introdução do trabalho: o Ministério Público atua com estrito respeito ao seu desenho institucional traçado pela Constituição?

16 Para Ferrajoli, a democracia é uma “imagem simplificada” da democracia, que “consistiria essencialmente na onipotência da maioria” e disso decorreria várias conseqüências: a desqualificação de regras ou limites ao Poder Executivo por ser expressão da maioria, a ideia de que a vontade da maioria legitima qualquer abuso, entre outros (Ferrajoli, 2008, p. 25).

17 Ferrajoli esclarece que “democracia liberal” era um termo nobre que designava “um sistema democrático informado pela tutela das liberdades individuais, pelo respeito ao dissenso e às minorias, pela defesa do Estado de direito e da divisão de poderes, assim como pela rígida separação da esfera pública do Estado e a esfera privada do mercado”, mas vem se identificando cada vez mais com a ausência de regras e de limites à liberdade (Ferrajoli, 2008, p. 26).

Ao assumir parte das funções da polícia e conduzir a investigação criminal, bem como ao assumir parte das funções do juiz e fixar pena de forma negociada na colaboração premiada, o Ministério Público legitima-se como um ator privilegiado do processo penal com desenho maximizado por meio da criação de zonas de interseção normativa, em que a norma constitucional que define a atribuição de um órgão é atravessada pela construção argumentativa de uma zona implícita de regulação.

Essa sobreposição de posições e atribuições entre atores processuais afasta, por critérios políticos, o processo penal das finalidades democráticas constitucionalmente definidas.

Nesse sentido, torna-se urgente a obstaculização das práticas de *Lawfare* político em todas as suas acepções, sob pena de colapso democrático.

## REFERÊNCIAS

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático – Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

\_\_\_\_\_. Interpretação retrospectiva, Constituição e processo penal. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003.

\_\_\_\_\_. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Curitiba: Empório do Direito, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A crise da segurança pública no Brasil. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias constitucionais no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 181-186, 2002.

DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare today and tomorrow*. In: PEDROZO, Raul A. Pete; WOLLSSCHLAEGER, Daria P. (Ed.). *International Law and Changing Character of War*, p. 315. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 16 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GONÇALVES, Rodrigo Machado. 20 anos da Lei de “Interpretações” Telefônicas: “Paramaus” para você, apagaram as velinhas! In: SANTORO, Antonio Eduardo

Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei 9.296/96*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, v. 1, p. 405-422, 2016.

KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war*. New York: Oxford University Press, 2016.

MCCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. *A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública*. Petrópolis: Vozes, 2009.

O QUE É LAWFARE? Disponível em: <<http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>>. Acesso em: 16 set. 2018.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. A Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>>, 2007. Acesso em: 20 fev. 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRATES, Fernanda. Práticas de interceptação e os riscos do modelo de “megajustição”. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RIVKIN, David B.; CASEY, Lee A. The Rocky Shoals of International Law. In: WOOLSEY, James (Org.). *National Interest on International Law and Order*. Nova Jersey: Transaction Publisher, p. 3/15, 2003.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; CASTELO BRANCO, Thayara. Desenhos processuais penais de exceção no Direito brasileiro. In: *XXVII Congresso Nacional do Conpedi*, 2018, Porto Alegre. Criminologias e política criminal II. Florianópolis: Conpedi, v. 1, p. 26-44, 2018.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Impeachment de 2016: uma estratégia de Lawfare político instrumental*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUTHERLAND, Edwin. *Crime de colarinho branco*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZANIN, Cristiano. *Lawfare*. Entrevistador: Brenno Tardelli. 17 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/17/lawfare-representa-o-uso-indevido-dos-recursos-juridicos-para-fins-de-perseguiçao-politica/>>. Acesso em: 16 set. 2018.

**Sobre os autores:**

**Antonio Eduardo Ramires Santoro** | *E-mail:* antoniosantoro@antoniosantoro.com.br

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ, Mestre em Direito pela Universidade de Granada, Professor Titular do IBMEC/RJ, Professor Adjunto do PPGD/UFRJ, Professor Adjunto do PPGD/UCP, Jovem Cientista do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ, Advogado Criminalista.

**Rodrigo Machado Gonçalves** | *E-mail:* rodrigogoncalvesadv@gmail.com

Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo PPGD/UFRJ, Mestre em Direito Processual Penal e Criminologia pela Universidade Cândido Mendes, Professor da FND/UFRJ, Professor da UCAM, Professor UniLSalle, Advogado Criminalista.

Data da submissão: 30 de junho de 2019

Data do aceite: 12 de agosto de 2019