



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MATEUS SILVA OLIVEIRA

**PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E A JUSTIÇA CRIMINAL
CONSENSUAL NO BRASIL**

**Assis/SP
2019**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MATEUS SILVA OLIVEIRA

**PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E A JUSTIÇA CRIMINAL
CONSENSUAL NO BRASIL**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Mateus Silva Oliveira
Orientador(a): Maria Angélica Lacerda Marin**

**Assis/SP
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

O48p

OLIVEIRA, Mateus Silva.

Princípio da Obrigatoriedade e a Justiça Criminal Consensual no Brasil / Mateus Silva Oliveira. – Assis, 2019.

93p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). - Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA

Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

1. Obrigatoriedade. 2. Justiça Consensual

CDD: 341.4325
Biblioteca da FEMA

PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL

MATEUS SILVA OLIVEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Maria Angélica Lacerda Marin

Examinador: _____
Inserir aqui o nome do examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

A Deus, pelo dom da vida, por ter me dado forças e me mantido na trilha certa até aqui.

A minha mãe, por todo empreendido na minha formação.

Aos meus irmãos e amigos que nunca negaram apoio durante minha trajetória acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter permitido que tudo isso acontecesse, me capacitando, não apenas nestes anos como universitário, mas ao longo de toda trajetória de minha vida, dando-me foco, saúde e força para superar todas as barreiras e fomentando minha fé e esperança na busca de dias melhores.

A minha mãe Maria, por sempre batalhar para garantir o melhor para mim, buscando sempre me incentivar nas horas difíceis, de desânimo e cansaço para que pudesse realizar os meus sonhos, todo meu amor e sinceros agradecimentos: você é meu maior exemplo.

Grato aos meus irmãos, que nos momentos em que estive ausente dedicados à minha formação, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

Agradeço, meus primeiros companheiros de trabalho da 2ª Vara Criminal de Assis, bem como aos meus atuais companheiros de trabalho do Ministério Público de Assis: todos os ensinamentos que colaboraram para minha evolução, não só profissional, mas como pessoa, e todas as experiências que adquiri durante todo o tempo de estágio.

A minha orientadora, professora Maria Angélica Lacerda Marin, por todo suporte e empenho proporcionado no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos, sempre se mostrando atenciosa e preocupada no decorrer de todo trabalho.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente colaboraram e fizeram parte da minha formação, meus sinceros agradecimentos.

“Lembre-se de que você mesmo é o melhor secretário de sua tarefa, o mais eficiente propagandista de seus ideais, a mais clara demonstração de seus princípios, o mais alto padrão do ensino superior que seu espírito abraça e a mensagem viva das elevadas noções que você transmite aos outros. Não se esqueça, igualmente, de que o maior inimigo de suas realizações mais nobres, a completa ou incompleta negação do idealismo sublime que você apregoa, a nota discordante da sinfonia do bem que pretende executar, o arquiteto de suas aflições e o destruidor de suas oportunidades de elevação – é você mesmo.” Chico Xavier.

RESUMO

É notório que atualmente devido a enorme e crescente carga de processos criminais que se aglomeram no judiciário brasileiro, o atual sistema de justiça criminal se encontra em uma verdadeira crise. Desse modo, na busca de um sistema penal mais competente, abriu-se espaço para novos modelos de justiça, como o da justiça consensual. Nesse sentido, a presente monografia analisa a evolução da justiça criminal consensual abordando todos os modelos existentes no atual ordenamento jurídico, expondo como forma de introduzir o assunto, considerações acerca do Ministério Público, ação penal pública e princípios da ação penal pública. Em continuidade, visa-se aferir institutos recepcionados pelo ordenamento jurídico que mitigaram o princípio da obrigatoriedade e deram força para o modelo de justiça negociada, expondo breves considerações acerca de cada um dos institutos, especialmente em relação ao acordo de não persecução penal previsto na resolução nº 181, de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Palavras-chave: Justiça Consensual. Ação Penal. Princípio da Obrigatoriedade. Mitigação. Justiça Negociada. Ministério Público.

ABSTRACT

It is notorious that today, due to the enormous and growing burden of criminal processes that are crowding the Brazilian judiciary, the current criminal justice system is in a real crisis. Thus, in search of a more competent penal system, there was room for new models of justice, such as consensual justice. In this sense, the present monograph analyzes the evolution of the consensual criminal justice approaching all the existing models in the current legal system, presenting as a way to introduce the subject, considerations about the Public Prosecution Service, public criminal action and principles of public criminal action. In continuity, the aim is to assess institutes received by the legal system that mitigated the principle of obligatoriness and strengthened the model of negotiated justice, giving brief considerations about each one of the institutes, especially in relation to the non-prosecution agreement provided for in the resolution. 181, August 2017, issued by the National Council of the Public Prosecution Service.

Keywords: Consensual Justice. Criminal action. Principle of Obligation. Mitigation. Negotiated Justice. Public Ministry.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CP	CÓDIGO PENAL
ART.	ARTIGO
CPPM	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR
Nº	NÚMERO
CNJ	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CNMP	CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
TJDF	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
CADE	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ECONOMIA
REFIS	PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL
PAES	PARCELAMENTO ESPECIAL
PAEX	PARCELAMENTO EXCEPCIONAL
LACP	LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA
ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
PIC	PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL
IP	INQUÉRITO POLICIAL

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	14
2.1. SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO	16
2.2. SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO.....	18
2.3. SISTEMA PROCESSUAL MISTO	19
2.4. SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
3. MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÃO PENAL PÚBLICA	25
3.1. MINISTÉRIO PÚBLICO	25
3.2. AÇÃO PENAL.....	32
3.3. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL.....	34
3.4. PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	43
3.4.1. Princípio da oficialidade.....	43
3.4.2. Princípio da indisponibilidade	44
3.4.3. Princípio da (in) divisibilidade	46
3.4.4. Princípio da obrigatoriedade.....	47
3.4.5. Princípio da Obrigatoriedade vs. Princípio da Oportunidade	48
4. JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL	53
4.1. MODELOS DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL	55
4.1.1. Justiça Restaurativa	55
4.1.2. Justiça Negociada.....	57
4.2. TRANSAÇÃO PENAL	58
4.3. ACORDO DE LENIÊNCIA (LEI Nº 12.529/11)	62
4.4. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO.....	64
4.5. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	65
4.6. COLABORAÇÃO PREMIADA	68
4.7. ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL.....	72
4.7.1. Fundamentos favoráveis à constitucionalidade do acordo	76
4.7.2. Razões para a inconstitucionalidade do acordo	81
4.8. INDAGAÇÕES PONTUAIS ESCLARECIDAS POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	84

4.8.1. Dr. Antônio Henrique Samponi Barreiros	84
4.8.2. Dr. Fernando Fernandes Fraga	85
5. CONCLUSÃO	86
6. REFERÊNCIAS.....	88
7. ANEXOS	93

1. INTRODUÇÃO

O presente projeto tem como finalidade descortinar sobre a mitigação do princípio da obrigatoriedade no decorrer das décadas e expor de que modo a justiça consensual criminal no Brasil vem sendo implantada.

Atualmente, tornou-se comum afirmações no sentido de que o sistema penal vigente não tem encontrado êxito, estando totalmente em crise. Pelo senso comum, verifica-se que devido grande duração dos processos criminais conduz a opinião pública a experimentar um sentimento de impunidade.

Nos últimos anos, têm-se observado que o legislador ordinário, com o fito de tentar melhorar a prestação jurisdicional produzida pelo Estado, assumiu diversas medidas, dentre as quais, a otimização de procedimentos, a redução de prazos e recursos e, até mesmo, a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Apesar disso, tais medidas, infelizmente, mostraram-se insuficientes diante da perene demanda de processos penais que se acumulam, dia após dia, nas varas criminais do país.

Os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal seguem sobrecarregados e o que, inevitavelmente, leva a crer que não há recursos estatais suficientes para prestação jurisdicional eficaz, adequada e satisfatória à sociedade em todos os casos levados à juízo. Entrementes, o Ministério Público, titular privativo da ação penal de natureza pública, se vê obrigado a denunciar grande parcela das práticas delitivas, ainda que, por vezes, o processo penal não se revele como o melhor caminho para a restauração da ordem jurídica violada.

Nesse prisma, abre-se espaço para a expansão do modelo de justiça criminal consensuado, que já tem sido adotado em outros países com o propósito de evitar o colapso do sistema de justiça penal.

A concretização desse modelo de justiça se expressa no ordenamento pátrio em alguns institutos previstos na Lei n. 9.099/95, nos mecanismos de colaboração premiada, na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos crimes ambientais, parcelamento do débito tributário na lei nº 9.430/96, acordo de leniência na lei nº 12.259/11, bem como no novo modelo de acordo inaugurado pela Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Contextualizada a temática deste trabalho, faz-se mister delinear a estrutura de desenvolvimento do estudo, que se apresenta em três capítulos.

No primeiro capítulo, a pesquisa se ocupa a abordar os sistemas processuais penais existentes no âmbito jurídico, sendo eles, sistema acusatório, sistema inquisitório e sistema misto. Em continuidade, trará à baila a análise do próprio sistema processual brasileiro

No capítulo seguinte versará acerca dos contornos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público, abordando suas atribuições e princípios institucionais. Expondo na sequência, o enquadramento do Ministério Público nas ações penais de natureza pública, trazendo à baila as condições da ação penal pública, alguns princípios da ação penal pública, dando maior ênfase no princípio da obrigatoriedade e expondo alguns argumentos que indicam a sua mitigação.

No terceiro capítulo apontará as reflexões pertinentes sobre forma, abrindo-se espaço para o assunto principal do trabalho que é a justiça consensual criminal no Brasil. Abordando na sequência, os modelos de justiça restaurativa e justiça negociada, explorando os exemplos de justiça negociada implantados no Brasil. Ainda, a pesquisa se ocupará em expor argumentos sobre o acordo de não persecução penal na resolução nº 181, de agosto de 2017, editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Em sede de conclusão, trará breves esclarecimentos de Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo acerca do tema.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, antes de desenvolver o estudo dos princípios que regem processo penal brasileiro e a explanação sobre a justiça criminal consensual no Brasil, faz-se imprescindível deslindar sobre os sistemas processuais penais, e, ainda, expor a análise do próprio sistema processual brasileiro, contrapondo-o com os demais sistemas existentes.

RANGEL (2010, 49) define sistema processual penal como o “[...] conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

LIMA (2017, 39) expõe que “[...] há uma nítida conexão entre o processo penal e a natureza do Estado que o institui”. LOPES JÚNIOR (2017), partindo desse mesmo raciocínio, aduz que, ao longo dos tempos, conforme o predomínio da filosofia punitiva ou libertária, observa-se alterações na organização do processo penal.

Historicamente, a autotutela era a única forma exercida pelas sociedades para a proteção e garantia de seus interesses. No entanto, com o decorrer do tempo, com o desenvolvimento da teoria do contrato social, abordada com maior ênfase por Montesquieu, Hobbes, Rousseau e John Locke, essas sociedades evoluíram e as relações humanas ganharam maior complexidade o que acarretou no surgimento de um Estado organizado politicamente, no qual o *jus puniendi* é do Estado, que retira dos seus cidadãos o modelo primitivo de vingança particular.

O direito penal é o ramo do direito no qual proíbe condutas que ferem de forma mais grave os bens jurídicos mais relevantes dos seres humanos, com o escopo de salvaguardar a paz social e o interesse público. O poder-dever punitivo do Estado de conduzir as relações entre seus indivíduos, nasce no momento da prática de uma conduta que infringe as normas penais, na qual esse poder poderá aplicar sanções de natureza penal.

Nesse desiderato, é necessário frisar que o direito penal é regulado pelo princípio da intervenção mínima, o qual estabelece que este instrumento normativo deve ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ou seja, a aplicação de sanções penais só pode manifestar-se quando todos os demais ramos do direitos não tenham sido capazes de tutelar os bens

jurídicos relevantes à preservação pacífica da sociedade, isso porque conforme expõe COPETTI, citado por GRECCO (2015, p. 99) o direito penal é “o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos”.

Assim, verifica-se que o *jus puniendi* do estado não é autoexecutável. Nessa linha a lição de MARQUES (1997, 26):

Nos estados submetidos à lei e ao direito, a pena só se aplica “processualmente”. A atividade punitiva dos órgãos estatais encarregados de restaurar a ordem jurídica violada pelo crime submete-se a um controle jurisdicional a priori, em que o Poder Judiciário aplica a norma penal objetiva mediante a resolução de uma lide consubstanciada no conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade.

A materialização do *jus puniendi* do Estado se verifica através do processo, onde em um Estado Democrático de Direito cria limitações e obstáculos em seu poder punitivo e persecutório. Além disso, é umas das principais fontes de resolução de conflitos e possui cristalino caráter instrumental, visto que, em regra, institui como via obrigatória para que o Estado faça valer o seu poder de punir¹. Nessa perspectiva LOPES JÚNIOR (2006, 8):

Desde logo, não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de quê(em) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência. Ademais, o Direito Penal careceria por completo de eficácia sem a pena, e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro retrocesso[...]

No entanto, esse posicionamento é isolado no âmbito do processo penal atual. Podendo destacar, sob outro ponto de vista, que o presente ordenamento constitucional brasileiro, conforme PACELLI (2015, p. 08), “[...] passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”.

Desse modo, com o decorrer dos séculos, *a priori*, nota-se a estruturação de dois tipos de sistemas processuais penais – modelo inquisitório e modelo acusatório – no entanto, parcela da doutrina destaca um terceiro modelo processual penal, o qual

¹ Suxberger (2018, p. 103) expõe que “a chamada jurisdicionalização da pena deriva da compreensão de que o processo penal viabiliza o pronunciamento sobre o fato tido como relevante para o Direito Penal. Não haveria, pois, pena sem manifestação jurisdicional, pois a solução das questões atinentes ao direito de punir do Estado – *jus puniendi* – passam necessariamente pela manifestação do Poder Judiciário”.

compreende na mescla dos ideais desses dois sistemas e que, em razão disso, é um modelo intermediário conhecido como “sistema misto ou acusatório formal ou francês”.

2.1. SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO

O sistema acusatório teve origem na Grécia e Roma antiga, possui como forma um modelo garantista e democrático caracterizado pela separação entre as funções de acusar, julgar e defender a indivíduos distintos. Nesse esboço BADARÓ (2015, p. 87) explica que no sistema processual acusatório “[...] há uma nítida separação de funções [...] fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório”. Corrobora tal entendimento a lição de AVENA (2017, p. 39):

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias.

Quanto às características do sistema acusatório, pertinentes são as lições de TOURINHO FILHO (1997, p. 34):

No processo penal acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, existem, como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadoras e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat iudex ex officio); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois ‘non debet licere actori, quod reo non permittitur’; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.

Diante dessas características, certamente, uma das principais, é a circunstância de que ninguém poderá ser levado a juízo sem uma acusação – *nemo in iudicium sine accusatione* – por isso o nome de Sistema Processual Acusatório. Do mesmo modo, a separação das funções processuais é uma característica essencial para a configuração efetiva do sistema acusatório, dispondo a cada sujeito da processual apenas uma das funções do processo, isto é, ao acusador incumbe a função de acusar, ao defensor se

atribui o dever de defender e, ao juiz compete apenas a função de julgar, resguardando-se e garantindo-se assim integral imparcialidade e máxima isenção do órgão julgador, permitindo decidir conforme a verdadeira justiça.

O juiz não tem mais o poder de iniciar o processo *ex officio*, ficando a provocação da atuação do judiciário a cargo de pessoa diversa, no caso o Ministério Público ou querelante. Assim, o magistrado, no sistema processual acusatório, assume uma posição central e distante das partes, pautando-se na sua imparcialidade, garantindo estabilidade nas relações e equilíbrio na decisão. Nesse trilhar é os ensinamentos de GOLDSCHMIDT e LOPES JR. (2012, p. 133) explicando que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes.”

De outra banda, a principal crítica a este sistema, se dá em relação à inercia do juiz, que, ao possibilitar que a produção de provas seja realizada exclusivamente pelos litigantes, vai ter que se submeter “as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado.”²

Nada obstante, no tocante à construção de um sistema prioritariamente acusatório de processo penal, foram realizados ao longo dos anos algumas pequenas melhorias. O Supremo Tribunal Federal, decidiu pela impossibilidade de o juiz poder requisitar *de officio* novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2002, p. 92).

Com a Constituição Federal de 1988, no Brasil foi adotado o sistema acusatório, ficando definidas as funções de acusar e julgar em órgãos diferentes. Há vários princípios e garantias encampados na Magna Carta confirmando tal sistema, citando a título de exemplo a ação penal pública promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I – “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”); a autoridade julgadora é a autoridade competente – princípio do juiz natural (art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente); publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem); tratamento paritário das partes (art. 5º, I - homens e mulheres são iguais

² LOPES JR, Aury. op. cit., p. 119.

em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição); ampla defesa (art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes); presunção da inocência (art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória).

2.2. SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO

O sistema processual penal inquisitório iniciou-se a partir dos regimes monárquicos nos séculos XV, XVI, XVII e XVIII, ganhando força com a grande influência exercida pela Igreja Católica. Tal sistema transformou em um marco da intolerância. Quanto à origem do sistema inquisitório, MIRABETE (2006, p. 21) explana que:

[...] tem suas raízes no Direito Romano, quando, por influência da organização política do Império, se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício. Revigorou-se na Idade Média diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastrou-se por todo o continente europeu a partir do século XV diante da influência do Direito Penal da Igreja e só entrou em declínio com a revolução francesa.

Nesse modelo, o Estado-Juiz além de exercer a atividade investigatória – sendo, portanto, o responsável pela produção de provas – o magistrado, a partir dos elementos probatórios que ele mesmo colheu, efetuava o julgamento do acusado, fato esse que prejudicava a sua imparcialidade.³ Nesse diapasão, ensina LOPES JUNIOR (2018, p. 42):

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa-gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Conforme exposto acima, no sistema inquisitivo não há separação de funções. A função de investigador e julgador são atribuídas a um mesmo indivíduo. RANGEL (2015, p. 47/48) destaca algumas características desse modelo:

- a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, ex officio, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;*
- b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;*

³ Barros e Romaniuc (2018, p. 73) apontam como característica do sistema inquisitivo a “criação do juiz ‘Hercules’ (investiga, dirige, acusa e julga, mas não recorre porque desta forma encontra-se a verdade real)”.

c) não há contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;
 d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.

Em continuidade, COUNTINHO (2001, 24) leciona sobre a característica fundamental do modelo processual penal inquisitório:

*A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ' a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo não contidos na "acusação" – da dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases'.
 O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.*

Atenta-se que o modelo inquisitivo não está de acordo com às garantias e princípios constitucionais presentes em um Estado Democrático de Direito. Desse modo, tal sistema não pode ser admitido nas sociedades modernas, a fim de se assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, como a dignidade da pessoa humana.

Por fim, para LOPES JUNIOR (2018, p. 42), o sistema processual inquisitório se tornou desacreditado, visto que incorria em um erro psicológico, qual seja: acreditar que um mesmo indivíduo possa realizar tarefas tão divergentes como investigar, acusar, defender e julgar.

2.3. SISTEMA PROCESSUAL MISTO

O sistema inquisitorial teve duração até o século XVIII, onde, após a Revolução Francesa de 1789, referido sistema entrou em declínio, sofrendo com as constantes lutas em relação à opressão absolutista e na busca de novas ideologias de valorização do homem assegurando direitos e garantias fundamentais do cidadão. Com a decadência do modelo inquisitorial, surge um novo sistema acusatório denominado de Misto ou acusatório formal ou francês.

Tal sistema foi baseado no sistema acusatório privado de Roma e do posterior modelo inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e na formação dos Estados sob o regime absolutista.

No modelo misto, ocorre que na fase de inquérito, conhecida como instrutória ou preparatória, também chamada de fase pré-processual, mantiveram fortes resquícios do modelo inquisitório, por outro lado, na fase processual propriamente dita, ganhou traços característicos do tipo acusatório.

Nos dizeres de CAPEZ (2008, p. 46), o Sistema misto caracteriza por ter:

Uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório.

Em linhas gerais, na posição de AVENA (2009, p. 9):

Abrange duas fases processuais distintas: uma inquisitiva, destituída de contraditório, publicidade e defesa, na qual é realizada uma investigação preliminar e uma instrução preparatória; outra posterior a essa, correspondente ao momento em que se realizará o julgamento, assegurando-se ao acusado, nesta segunda fase, todas as garantias do processo acusatório.

Assim, conclui-se que tal sistema pode ser dividido em duas fases: a) fase investigatória – adoção do sistema inquisitivo; b) fase processual – aplicação do sistema acusatório. O sistema francês apresenta características próprias, conforme preleciona RANGEL (2015, p. 52):

a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “juizado de instrução” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (Nemo iudicio sine actore);
b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;
d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.

De posse das informações acima, parte da doutrina acredita na possibilidade da existência de um sistema misto, que contemple características dos dois primeiros sistemas.

LOPES JR. (2018, p. 47) refere-se ao assunto como um “reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório”, onde conclui que o modelo deve ser analisado em sua integralidade e não separando os poderes de acusar e julgar como um núcleo fundante dos sistemas.

Corroborando do mesmo entendimento de LOPES JR., COUTINHO (1994, P. 34,35):

Não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.

2.4. SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O tema relacionado ao modelo processual no qual o Brasil adotou é controverso, há ainda um grande dissenso doutrinário a respeito, não havendo um posicionamento concreto nesse sentido. No entanto, prepondera o entendimento na jurisprudência e na doutrina de que o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 é o acusatório. Nesse plano, MACHADO (2009, p. 11) dispõe:

A partir do momento em que a Constituição Federal entregou as funções de investigar à polícia judiciária (art. 144); encarregou o Ministério Público (art. 129, I) ou o particular (art. 5º, LIX) das funções de acusar; atribuiu ao Poder Judiciário a competência para o julgamento das causas criminais (arts. 92 a 126); assegurou a imparcialidade dos juízes (art. 95, parágrafo único); garantiu o direito de defesa e o contraditório (art. 5º, LV); e decretou a publicidade dos atos judiciais como regra (art. 5º, LX), não há dúvida de que consagrou o princípio do processo acusatório, enquanto processo de partes, com a rigorosa separação entre as funções de investigar, acusar, defender e julgar.

Do mesmo modo, GRINOVER (1998, p. 57,58):

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nesta fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com ‘litigantes’ (art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado não de ser plenamente tutelados no inquérito.

E, ainda, RANGEL (2005, p. 205):

O Brasil, sendo uma República Federativa constituída em um Estado Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB), não poderia adotar sistema diferente do acusatório quando alçou o Ministério Público ao patamar de titular privativo da ação penal pública, afastando, de vez, o juiz da persecução penal e garantindo a todo e qualquer indivíduo somente ser processado pelo membro do Ministério Público (Promotor de Justiça ou Procurador da República) com atribuição, previamente, estabelecida na lei. É um corolário lógico do Estado Democrático de Direito a isenção do órgão julgador e a distinção deste para o que acusa, devendo ser órgãos distintos entre si.

De outra banda, alguns processualistas têm por classificar a existência de um modelo processual penal atual como Sistema Misto, pois entendem que num primeiro momento, quando da apuração de um crime, inicia-se pela polícia, instaurando-se o inquérito policial com caráter inquisitorial e, por outro lado, descortinam vários dispositivos do Código de Processo Penal que concedem poderes ao juiz, como a possibilidade de requisição de instauração de inquérito policial (artigo 5º, inciso II, do CPP - Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo), de produção de provas *ex officio* nos termos do artigo 156, do CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Ainda, possibilita a decretação da prisão preventiva (artigo 311, do CPP - Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial), bem como de fundamentação de sua decisão levando em conta os elementos informativos colhidos em sede de inquérito policial, embora não o possa fazer com exclusividade (artigo 155, do CPP - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), entre outros.

Para NUCCI (2017, p. 51,52), o modelo adotado no Brasil é o Misto que também é denominado por inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigados:

Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é o acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). O que esses defensores certamente confundem é a prática forense, que muitos nem sequer possuem, e o que idealizam para o futuro. A Constituição Federal prevê princípios norteadores do sistema acusatório, mas também traz regras pertinentes ao sistema inquisitivo, bastando mencionar a autorização constitucional para a decretação do sigilo da investigação e/ou do processo. Um sistema processual não se compõe de princípios constitucionais. O juiz não aplica, no seu cotidiano, a Constituição Federal, pois nem saberia como conduzir um processo criminal. Vigora o Código de Processo Penal. Diante disso, cuida-se de pura demagogia afirmar ser o nosso sistema puramente acusatório.

NUCCI (2009, p. 25), ainda explica na prática como se procede no sistema misto:

Nesse procedimento administrativo, colhem-se provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo que irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. Esta é a realidade contra a qual doutrina alguma pode opor-se. Este é o sistema existente, que é misto. Há laços inquisitivos e toques acusatórios.

Em contrapartida, LOPES JUNIOR (2018), defende que atualmente não existe sistema processual puro, visto que todos os modelos são mistos. Diante disso, é necessário analisar o princípio informador do sistema para classifica-lo com acusatório ou inquisitório.

Quando o princípio informador for inquisitivo (juiz no comando das provas), estará presente o modelo processual inquisitório. De outro modo, se o princípio informador for dispositivo (as partes como gestoras das provas), restará exposto o modelo processual acusatório. Assim, o modelo processual será estabelecido conforme a atuação do juiz no curso do processo, porque para que o sistema seja considerado como acusatório, inquisitório ou misto não basta a separação inicial de tarefas.

Dessarte, LOPES JR. (2018, p. 48,49), entende que no Brasil tem vigência o chamado modelo neoinquisitorial, devido a participação ativa do juiz na produção de provas e dos contornos inquisitórios que perduram no sistema processual penal brasileiro:

Todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.

Por fim, não é descabido o entendimento de que o modelo processual penal brasileiro de fato é acusatório e que esse sistema será prezado desde que não se autorize ao magistrado uma atuação substitutiva da função do Ministério Público que, conforme previsto no artigo 129, I da CRFB/1988 – “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, é o titular privativo da ação penal de natureza pública.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÃO PENAL PÚBLICA

3.1. MINISTÉRIO PÚBLICO

A Magna Carta estabelece que o Ministério Público é uma instituição autônoma e funcionalmente independente de quaisquer dos Três Poderes. É um dos meios pelos quais o Estado se expõe, não podendo ter suas atribuições transferidas a outras instituições e nem pode ser extinto. Além disso, GARCIA (2017, p. 106) diz que o MP é um órgão de controle do Executivo e do Legislativo, e até do Judiciário, com autonomia, sem o que não consegue exercer seu mister.

A principal função do Ministério Público está descrita no artigo 127 da Constituição Federal de 1988:

Art. 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.

Uma das características principais do Ministério Público é o seu conjunto de princípios institucionais que são instrumentos existentes para possibilitar o pleno exercício das funções que lhe foram atribuídas, estão encampados no § 1º, do artigo 127 da CF/88, sendo eles: unidade; indivisibilidade; e independência funcional. Além desses princípios expressos na Carta Maior, a doutrina aponta outros princípios referentes à atividade do *Parquet*, são eles princípio da indisponibilidade, irrecusabilidade, irresponsabilidade, devolução e substituição.

O princípio da unidade estabelece que o órgão institucional do Ministério Público é apenas um, em outras palavras, não comporta uma divisão funcional que pode atuar estritamente dentro dos limites impostos pela Constituição e das leis. No entanto, essa unidade não torna o Ministério Público como um só órgão em meio a todos os Ministérios Públicos: cada um é singular em si mesmo, não se misturando, por exemplo, o Ministério Público da União com os Ministérios Públicos estaduais. Nesse passo a lição de LENZA (2019, p. 1506,1507):

[...] sob a égide de um só Chefe, o Ministério Público deve ser visto como uma instituição única, sendo a divisão existente meramente funcional. Importante notar, porém, que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não se falando em unidade

entre o Ministério Público da União (qualquer deles) e o dos Estados, nem entre os ramos daquele;

Nessa mesma linha, reconheceu a aplicação desse princípio o Supremo Tribunal Federal:

RECLAMAÇÃO - ALEGADO DESRESPEITO A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA - MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - ILEGITIMIDADE PARA ATUAR, EM SEDE PROCESSUAL, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRINCÍPIO DA UNIDADE INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 127, § 1º) - RECURSO NÃO CONHECIDO. - O Ministério Público do Trabalho não dispõe de legitimidade para atuar, em sede processual, perante o Supremo Tribunal Federal, eis que a representação institucional do Ministério Público da União, nas causas instauradas na Suprema Corte, inclui-se na esfera de atribuições do Procurador-Geral da República, que é, por definição constitucional (CF, art. 128, § 1º), o Chefe do Ministério Público da União, em cujo âmbito se acha estruturado o Ministério Público do Trabalho. Precedentes (Rcl 5873 ES, Rel. Min. Celso de Melo, Órgão Julgador Tribunal Pleno, pub. DJe-027 de 11/02/2010).

Não obstante, o legislador reconheceu a hipótese de formação de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados conforme exposto nos artigos 5º, § 5º, da Lei de Ação Civil Pública – Lei 7.347/85: “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.” Artigo 113, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”; e artigo 210, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90:

Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa

No que tange ao princípio da indivisibilidade, este tem por objetivo a possibilidade de um membro do Ministério Público atuar de modo a representar outro membro, sem nenhum

prejuízo ao processo, e de não causar descontinuidade da atividade. Isso em razão de que o membro não atua em nome próprio e sim em nome da instituição, Ministério Público. Em outras palavras, é dizer que a atuação de um membro do *Parquet* no processo, expressa a presença do próprio Ministério Público nos autos. Nesse aspecto, posicionam-se TAVEIRA e VIANNA: (2019, p. 679,680):

Decorrente do próprio princípio da unidade, explica por que a atuação de um membro do Ministério Público, em determinado processo, significa que é o próprio Ministério Público que se faz presente no feito. Assim, havendo necessidade de substituição do representante ministerial, considera-se inexistente qualquer prejuízo da instituição na atuação do processo. Ou seja, os membros do Ministério Público não se vinculam pessoalmente aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, de acordo com as normas legais. Porém, como o princípio da unidade se manifesta dentro de cada MP, a substitutividade somente pode ocorrer entre integrantes da mesma carreira.

O princípio da independência funcional esclarece que os membros do Ministério Público não possuem subordinação hierárquica para o desempenho de suas atribuições constitucionais. Por isso os membros da instituição gozam de independência, dado que o Ministério Público é munido de independência (funcional, financeira e administrativa). Cada membro do Ministério Público oficia nos autos de forma livre, conforme sua convicção e os princípios de sua própria consciência, sem qualquer vinculação processual ou a conselhos e entendimentos de outrem. Acrescenta, ainda, LENZA (2019, p. 1507), que a hierarquia que pode existir no Ministério Público, limita-se, unicamente, ao âmbito administrativo da carreira, e não com a atuação no processo de cada membro. Logo que o art. 85, II, da CF/88 estabelece:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação

Na definição de MAZZILLI (2001, p. 197), o Ministério Público é um órgão com legitimidade própria, independente do poder legislativo, judiciário e executivo. Classifica-se os membros do Ministério Público, como agentes políticos sendo investido em atribuições definidas constitucionalmente e sendo responsáveis pelo exercício de suas funções e atribuições a eles arguidas.

Apesar de não expresso no artigo 127, § 1º, da CF/88, o princípio do promotor natural é uma garantia fundamental decorrente, implicitamente, do artigo 5º, LIII, da Magna Carta,

no qual estabelece que a proibição de ninguém ser processado ou sentenciado por autoridade incompetente. MAZZILLI (2001, p. 148), diz tratar-se de uma garantia constitucional do acusado, na qual se veda a designação arbitrária de promotores ad hoc ou por encomenda. Nesse quadro, os artigos 129, I e 129, § 2º, da CF:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

Após vários debates, o STF enfrentou a questão no HC 67.759, admitindo o princípio do promotor natural. No referido julgamento, Ministro Celso de Mello expôs que:

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável (HC 67.759, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06.08.92, Plenário, DJ de 1º.07.93).

Em outro julgado, o Min. Celso de Mello, sobre o princípio do promotor natural, obtemperou:

A consagração constitucional do princípio do Promotor Natural significou o banimento de ‘manipulações casuísticas ou designações seletivas efetuadas pela Chefia da Instituição’ (HC 71.429/SC), em ordem a fazer suprimir, de vez, a figura esdrúxula do ‘acusador de exceção’ (HC 67.759/RJ). O legislador constituinte, ao proceder ao fortalecimento institucional do Ministério Público, buscou alcançar duplo objetivo: (a) instituir, em favor de qualquer pessoa, a garantia de não sofrer arbitrária persecução penal instaurada por membro do Ministério Público designado ‘ad hoc’ e (b) tornar mais intensas as prerrogativas de independência funcional e de inamovibilidade dos integrantes do ‘Parquet’. A garantia da independência funcional, viabilizada, dentre outras, pela prerrogativa da inamovibilidade, reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo qualquer de subordinação hierárquico-administrativa (HC 102.147, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 16.12.2010, DJE de 03.02.2011).

O princípio do promotor natural promove a preservação da ordem jurídica reservada tanto para tutelar o membro do Ministério Público, por lhe garantir o exercício pleno e independente do ofício, quanto para proteger a própria coletividade, visto que todos possuem o direito subjetivo de conhecer, conforme critérios abstratos e predeterminados, o órgão do Ministério Público que irá atuar em cada caso. Nesse sentido, a 2ª Turma do STF já se posicionou pela dupla vocação do princípio: “assegurar ao membro do Ministério Público o exercício pleno e independente de seu ofício e proteger o réu contra o acusador de exceção” (AgRg no HC 102.147/GO).

CARNEIRO (2001, p. 96), ensina que para efetivação do promotor natural é necessário quatro exigências básicas: a) pessoa investida no cargo de Promotor de Justiça; b) existência de órgão de execução; c) lotação por titularidade e inamovibilidade do Promotor do órgão de execução, ressalvadas as hipóteses legais de substituição e remoção; d) definição em lei das atribuições do cargo.

De outra banda, no que tange compatibilidade da formação de grupos especiais de tarefa no âmbito do Ministério Público com o princípio do promotor natural, NERY JR. (2009, p. 168,169), explica que:

[...] criadas com o objetivo de melhor distribuir a promoção da justiça pelo Parquet, são salutares e devem ser mantidas. Entretanto, seus componentes deverão ser Promotores de Justiça com cargo fixo e com atribuições designadas na lei, de sorte a respeitar-se o princípio do promotor natural e a garantia da inamovibilidade de que goza o membro do Ministério Público. Entender-se o contrário, retirando do órgão do Parquet atribuição para funcionar na equipe especializada, seria o mesmo que negar-lhe a inamovibilidade, garantida pela Constituição Federal. Os promotores de justiça de equipes especializadas não podem ser designados e removidos ao alvitre do Procurador-Geral de Justiça.

Desse modo, verifica-se que não há óbice nas leis de regência para a criação de equipes especializadas de investigação no Ministério Público que visam extrair a melhor atividade do órgão.

A Constituição Federal no caput do Artigo 127 e no artigo 129, atribuem um rol exemplificativo das funções institucionais do Ministério Público:

*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
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;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
 V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
 VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
 VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
 VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
 IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas[...]

No trabalho em tela, a discussão central gira em torno especificamente sobre o primeiro inciso do artigo 129 da CF/88, no qual expõe a titularidade exclusiva do Ministério Público para promoção da ação penal pública, na forma da lei.

A Constituição Federal de 1988 acabou com qualquer possibilidade de instauração de ação penal *ex officio* pelos juízes, na medida em que estabeleceu como função institucional privativa do Ministério Público, a promoção de ação penal pública.⁴

No atual cenário jurídico, o Ministério Público assume papel duplo no processo penal, atuando como *dominis littis* (acusador) e também como *custus legis* (fiscal do ordenamento jurídico)⁵. Nesse prisma, AVENA (2012, p. 101):

Na órbita criminal, o Ministério Público representa o Estado-Administração, incumbindo-lhe, primordialmente, nos crimes de ação penal pública, deduzir perante o Estado-juiz as providências necessárias para que se concretize a pretensão punitiva; e, nos delitos de ação penal privada, fiscalizar a instauração e o desenvolvimento regulares do processo, bem como o cumprimento e a aplicação da lei penal.

No que tange à atuação do Ministério Público como *dominis littis*, BADARÓ (2015, p. 284) expõe que “[...] é fundamental definir se o Ministério Público é uma ‘parte parcial’

⁴ Lima (2017, p. 231) ensina que “até o advento da Constituição Federal de 1988, era possível que o órgão jurisdicional desse início a um processo penal condenatório de ofício (processo judicialiforme). Era o que ocorria nas hipóteses estabelecidas na Lei nº 4.611/65 (crimes culposos de lesão corporal ou de homicídio) e nos casos de contravenções penais: vide arts. 26 e 531 (o art. 531 teve sua redação alterada pela Lei nº 11.719/08)”.

⁵ Aras (2018, p. 280) oportunamente afirma que “no moderno processo penal, o Ministério Público investiga ou supervisiona a investigação criminal; promove a acusação em juízo; negocia acordos penais; busca a condenação ou a absolvição do acusado; recorre; e promove direitos e o fiel cumprimento da lei, dos tratados e da Constituição, no plano nacional e internacional. Como instituição extrapoder, o Ministério Público apresenta a vontade do Estado (e do povo) perante o Poder Judiciário e serve como *longa manus* do Legislativo, no que diz respeito à vontade (*lex populus*) sedimentada nas leis penais. Manejar o direito de ação para a propor ou deixar de fazê-lo é uma atribuição funcional intrínseca ao Ministério Público”.

que busca a condenação do acusado, ou uma ‘parte imparcial’, que almeja a justiça e correta aplicação da lei, com a condenação do culpado e absolvição do inocente“

A maioria da doutrina, entende que o Ministério Público atua como parte imparcial, mesmo quando atua na função de acusador, dado que é um órgão público, ao qual foi conferido pela Carta Maior a titularidade para promoção da ação penal pública e, além disso, a tutela da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme acima exposto.

Nessa linha, o CPP estabelece ao Ministério Público o dever de fiscalizar a execução da lei (artigo 257, II) e a possibilidade de requerer a absolvição do réu, caso não se convença de sua responsabilidade penal (artigo 385). Ainda, LIMA (2017, p. 1234) aduz:

Ora, se se trata o Ministério Público, de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, é evidente que ao Parquet não interessa a condenação de um inocente, daí porque não só pode, como deve pleitear sua absolvição se, ao cabo da instrução probatória, a tese da acusação não estiver provada além de qualquer dúvida razoável.

O Ministério Público se manifesta como um agente político, encarregado de tutelar a política criminal nacional repressiva, sendo de sua competência administrar as forças do Estado, desempenhando a titularidade da ação penal pública, não deixando de lado a razão finalística dos instrumentos de atuação que o povo e a Constituição Federal concedem à Instituição.⁶

Destarte, no que tange às normas constitucionais que se referem ao Ministério Público, necessário observar que a Emenda Constitucional n. 45/2004, estabeleceu a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão este responsável, dentre as demais atribuições por “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.⁷

⁶ Aras (2018, p. 292) expõe o entendimento de Meirelles que, ao conceituar agentes políticos, explica que: “[...] ‘exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência’. E finaliza: ‘Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos’”.

⁷ CF/88. Art. 130-A, §2º, I.

3.2. AÇÃO PENAL

O ordenamento jurídico brasileiro atual, conforme já apresentado, adota o modelo processual penal acusatório. O impulso inicial do processo será tarefa do Ministério Público ou do particular, por questões de política criminal.

Principiando desse critério, a ação penal é classificada em ação penal pública ou ação penal privada. “O critério de atribuição de legitimação ativa para a ação penal, é dizer, o critério de definição da natureza da ação, se pública ou privada, decorre de lei” (PACELLI, 2015, p. 130). LOPES JR (2018, p. 199). expõe que:

Na sistemática brasileira, para saber de quem será a legitimidade ativa para propor a ação penal, deve-se analisar qual é o delito (ainda que em tese) praticado, verificando no Código Penal a disciplina definida para a ação processual penal. Mas não basta analisar o tipo penal supostamente praticado, deve-se verificar todo o “Capítulo” e às vezes até o “Título” no qual estão inseridos o capítulo e a descrição típica.

A ação penal pública é dividida entre ação penal pública condicionada e ação penal pública incondicionada. De outro modo, a ação penal privada é classificada em: a) ação penal privada; b) ação penal privada subsidiária da pública; c) ação penal privada personalíssima. No que se refere ao presente trabalho, importante a análise somente da ação penal pública, cuja titularidade, conforme o texto constitucional já exposto, é privativa do Ministério Público.

A ação penal pública incondicionada, está encampada no artigo 24 do CPP e artigo 100, *caput*, do CP:

CPP. Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
CP. Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido

É designada à apuração de delitos penais que lesem o interesse geral da sociedade. O oferecimento da inicial acusatória pelo Ministério Público dá início ao processo e não depende da vontade de qualquer interessado e, também, é o modelo de ação penal adotado como regra geral no nosso ordenamento jurídico. Nessa linha, a lição de LIMA (2017, p. 246):

O titular da ação penal pública incondicionada é o Ministério Público (CF, art. 129), e sua peça inaugural é a denúncia. É denominada de incondicionada porque a atuação do Ministério Público não depende da manifestação de vontade da vítima ou de terceiros. Ou seja, verificando a presença das condições da ação e havendo justa causa para o oferecimento da denúncia, a atuação do Parquet prescinde do implemento de qualquer condição.

De acordo com o já citado artigo 100, *caput*, do Código Penal, que a ação penal é pública, salvo nas hipóteses em que a lei expressamente a declara privativa do ofendido. Por seu turno, a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público e, dependendo, quando for o caso e a lei exigir, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. Ainda, consoante se extrai do artigo 24, §2º, do CPP, todo crime quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

Diz-se que a ação penal é pública condicionada quando carecer de representação do ofendido ou de seu representante legal, e em alguns delitos específicos, depender de requisição do Ministro da Justiça. Esta também será intentada pelo Ministério Público, por isso o nome ‘Pública’; e, ainda, a ação penal não poderá ser promovida pelo *Parquet* sem a representação do ofendido ou do Ministro da Justiça, condições estas, impostas por lei, por esse motivo o termo ‘condicionada’. No que pertine à representação, BADARÓ (2015, p. 183) expõe que a finalidade da representação é:

[...] permitir que o ofendido de determinados delitos que tocam imediatamente seus direitos, em especial sua intimidade, possa fazer seu interesse em instaurar ou não a persecução penal prevalecer sobre o interesse estatal na obrigatoriedade de punir todos os crimes. Há, também, uma justificativa prática: existem delitos que, sem a cooperação da vítima, é inviável à persecução penal, posto que praticamente impossível a sua comprovação.

Ainda sobre a representação, LIMA (2017, p. 248) define que:

Representação é a manifestação do ofendido ou de seu representante legal no sentido de que possui interesse na persecução penal do autor do fato delituoso. Por força do que a doutrina denomina de escândalo do processo pelo ajuizamento da ação penal (strepitus iudicii), reserva-se à vítima ou ao seu representante legal o juízo de oportunidade e conveniência da instauração do processo penal, com o objetivo de se evitar a produção de novos danos em seu patrimônio moral, social e psicológico, em face de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato delituoso. Some-se a isso o fato de que certos delitos afetam imediatamente o interesse particular, e apenas mediatamente o interesse geral, o que dificulta até mesmo a produção probatória, caso não haja cooperação da vítima. Daí o motivo pelo qual se condiciona a atuação do aparato estatal à manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal.

Em torno desse assunto, relevante destacar que mesmo havendo representação, a ação penal não deixa de ser pública, de modo que o Ministério Público poderá deixar de ofertar a denúncia e promover o arquivamento do inquérito policial caso verifique não estar presentes os requisitos da ação penal e a justa causa para o prosseguimento do processo.

3.3. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

Ao longo dos anos, o ordenamento jurídico passou a exigir o preenchimento de certas condições. Ou seja, estas condições passaram a ser exigidas para que se pudesse aferir se havia o exercício regular do direito. Assim, condições da ação são requisitos impostos pelo ordenamento jurídico para o exercício regular do direito de ação. “Condição da ação” é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo com o objetivo de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial. Funciona como uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), que estaria em uma zona intermediária entre as questões de mérito e as questões de admissibilidade.

A doutrina assevera que as condições da ação estão diretamente relacionadas aos elementos da ação: partes (legitimidade para agir), pedido (possibilidade jurídica do pedido) e causa de pedir (interesse de agir). LIMA (2017, p. 204) conceitua as condições genéricas da ação penal à luz da teoria geral do processo da seguinte maneira:

Grande parte da doutrina entende que, no processo penal, as condições genéricas da ação penal não apresentam conceituações distintas daquelas pensadas para o processo civil, em face de uma teoria geral do processo. Logo, sob a ótica do novo CPC, que afastou a possibilidade jurídica como condição da ação, o exercício regular do direito de ação penal pressupõe a legitimidade e o interesse de agir. Sem o preenchimento dessas condições genéricas, teremos o abuso do direito de ação, autorizando, pois, a rejeição da peça acusatória (CPP, art. 395, II).

A despeito desse tema, duas teorias modernas são destacadas sobre o direito de ação, a teoria eclética e a teoria asserção. A primeira teoria, desenvolvida por Enrico Tullio Liebman, traz a ideia de que o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, que fica condicionado ao preenchimento de certas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. Em outras palavras, o direito de ação transportado para o plano processual dá ensejo à noção do direito processual de ação e, para que o Estado resolva efetivamente o conflito a ele trazido, é necessário o preenchimento de determinados requisitos (condições) sem os quais não faz sentido que o Estado se pronuncie a respeito

do mérito da controvérsia. Para os ecléticos, só há direito processual de ação caso o Estado aprecie o mérito do pedido.

Por outro lado, para teoria da asserção, a presença das condições da ação deve ser analisada pelo juiz com base nos elementos fornecidos pelo próprio autor em sua petição inicial, que devem ser tomados por verdadeiros, sem nenhum desenvolvimento cognitivo. Se o juiz constatar a ausência de uma condição da ação mediante uma cognição sumária, deverá extinguir o processo sem resolução do mérito por carência de ação; se houver necessidade de uma cognição mais aprofundada para a análise da presença das condições da ação, a carência de ação passa a ser analisada como mérito, gerando uma sentença de rejeição do pedido do autor, com a formação de coisa julgada formal e material.

No Brasil, a doutrina majoritária adota a teoria eclética das condições da ação (Liebman). No âmbito do STJ, mais recentemente, tem prevalecido a teoria da asserção (Tema nº 939 – Repetitivo). Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO DEMONSTRADA. – A ofensa à literalidade da lei confunde-se com o próprio mérito da rescisória. Havendo ofensa à literalidade da lei, o juízo é de procedência, e não de carência da ação. – Apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos devem ser constatados in status assertionis, isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial, não estando demonstrados na hipótese. Recurso Especial não conhecido. (STJ – Resp: 818603 RS 2006/0029519-0, Relator: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 19/08/2008, Terceira Turma, Data de Publicação: DJE 03/09/2008).

E, ainda:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – CAUSA DE PEDIR EM AÇÃO COLETIVA. - De fato, é clássica a concepção de que o interesse de agir é identificado pela análise do binômio necessidade-utilidade. Em outras palavras, a referida condição da ação se faz presente quando a tutela jurisdicional mostrar-se necessária à obtenção do bem da vida pretendido e o provimento postulado for efetivamente útil ao demandante, proporcionando-lhe melhora em sua situação jurídica. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (teoria da asserção). Assim, em ações coletivas, é suficiente para a caracterização do interesse de agir a descrição exemplificativa de situações litigiosas de origem comum (art. 81, III, do CDC), que precisam ser solucionadas por decisão judicial; sendo desnecessário, portanto, que a causa de pedir contemple descrição pormenorizada das situações individuais de cada substituído. Isso porque, no microsistema do processo coletivo, prevalece a repartição da atividade cognitiva em duas fases: num primeiro momento, há uma limitação da cognição às questões fáticas e jurídicas comuns às situações dos envolvidos; apenas em momento posterior, em caso de procedência do pedido, é que a atividade cognitiva é integrada pela identificação das posições individuais de cada um dos substituídos. (STJ- REsp 1.395.875-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/2/2014, Segunda Turma, Data de Publicação 07/03/2014).

O CPC antigo fazia referência expressa ao termo “condições da ação”. Não bastando isto, apontava quais eram as condições da ação:

*ANTIGO CPC - “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(...)
VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;”*

O Novo CPC não usa mais o termo “condições da ação”, deixando de fazer referência à possibilidade jurídica, nesse desiderato expõe os artigos 17, 337, XI e 485, VI e § 3º, todos do CPC:

*CPC. Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.
CPC. Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:
[...] XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual;
CPC. Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
[...] VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
[...]§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.*

Assim, alguns doutrinadores vêm sustentando que as condições da ação deixaram de existir como categoria autônoma da teoria geral do processo (Fredie Didier). Outros doutrinadores (Renato Brasileiro) sustentam que a categoria “condições da ação” já é trabalhada por toda a doutrina, não havendo por que dizer que teria sido extinta pelo simples fato de não haver referência expressa ao termo no Novo CPC, expondo que se a categoria deixar de existir, qual será a natureza jurídica da representação, da requisição, por exemplo? A propósito, convém lembrar que o CPP continua fazendo uso desta terminologia, na contramão do Novo CPC, expondo no artigo 395, II, da seguinte forma: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal”

A ação penal desencadeará a relação processual quando reunidas as denominadas condições da ação: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) a legitimidade e; c) o interesse de agir.

A possibilidade jurídica do pedido, na esfera penal, sempre foi tratada como uma condição genérica da ação. A providência pleiteada pelo autor deve encontrar amparo no ordenamento jurídico – ao menos em tese. Não se pode admitir toda a movimentação do Poder Judiciário se o pedido, em tese, não encontra amparo no ordenamento jurídico.

Geralmente, o exemplo citado pela doutrina é o do art. 814 do Código Civil: “As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”.

No âmbito cível, haverá impossibilidade jurídica do pedido quando este for vedado pelo ordenamento jurídico. No âmbito criminal, contudo, a possibilidade jurídica do pedido é estudada de maneira positiva: segundo a doutrina, só se pode ingressar com ação penal se o pedido estiver previsto no ordenamento jurídico. Ou seja, a peça acusatória deve versar sobre fato típico, ilícito e culpável, desde que ainda punível.

Todavia, a possibilidade, desde os tempos de Liebman, já era questionada: num primeiro momento, o próprio autor classificou a possibilidade como condição da ação, chegando, após, à conclusão de que a possibilidade se confunde com o mérito. O Novo CPC continua fazendo referência à legitimidade e ao interesse processual, mas não faz mais menção à possibilidade jurídica do pedido. Parece haver consenso na doutrina processual civil que a possibilidade já não é mais uma condição da ação, sendo enfrentada como mérito.

Para a doutrina atual, é ideal concluir-se que, à luz do NCPC, a impossibilidade jurídica do pedido não é mais uma condição da ação penal. O que antes se chamava de impossibilidade jurídica do pedido agora deve ser enfrentado como mérito. Todas as hipóteses podem ser tratadas nos casos de absolvição sumária, considerando-se como caso de improcedência liminar do pedido. Sobre a possibilidade jurídica do pedido, leciona LIMA (2017, p. 204):

O pedido formulado pela parte deve se referir a uma nova providência admitida pelo direito objetivo, ou seja, o pedido deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, referindo-se a uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo. Entende-se que não se afigura conveniente a instauração e o desenvolvimento de um processo quando, desde logo, se afigura inviável o atendimento em absoluto da pretensão, seja porque a ordem jurídica não prevê providência igual à requerida, porque a ordem jurídica expressamente a proíba, seja porque o ordenamento jurídico impede a manifestação judicial sobre a questão.

Demais disso, é necessário destacar três observações no que pertine à possibilidade jurídica do pedido. A primeira é que a improcedência liminar do pedido é a decisão jurisdicional que, antes da citação do demandado, julga improcedente o pedido formulado pelo demandante. É decisão de mérito, definitiva, apta a produzir coisa julgada formal e

material. Funciona como técnica de aceleração do processo, ou seja, em situações de manifesta improcedência do pedido, o legislador dispensa a citação do demandado, autorizando que se profira um julgamento a ele favorável. Não há, portanto, qualquer violação ao contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento de improcedência. O demandado não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favorece.

Outra observação a ser feita é que para a improcedência liminar do pedido, hipótese especial de julgamento antecipado do mérito, o novo CPC impõe dois pressupostos: 1) a causa deve dispensar a fase instrutória; 2) o pedido deve encaixar-se em uma das hipóteses previstas nos incisos I a IV do art. 332 ou no §1º do mesmo artigo:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.
§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Por último, antes de citar o réu, pode o juiz julgar liminarmente improcedente pedido, em situações atípicas, consideradas como de manifesta improcedência (v.g., usucapião de bem público). Apesar de não haver dispositivo legal expresso, essa hipótese deve ser admitida a partir dos princípios da eficiência, da boa-fé e da duração razoável do processo. Não há razão para aumentar o custo do processo, com a citação desnecessária do réu para responder a uma demanda absurda. O novo CPC, então, deixa de tratar a possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem apreciação do mérito, e passa a tratá-la como uma atípica hipótese de improcedência liminar do pedido.

Quanto à condição alusiva à legitimidade, a doutrina, tradicionalmente, trabalha como a pertinência subjetiva da ação, em outras palavras, é como indagar a quem pertence o direito de ingressar em juízo. A espécie da ação penal que definirá o legitimado ativo.

Nessa linha, na ação penal pública o legitimado será o Ministério Público (art. 129, I, CF/88), nas hipóteses de ação penal privada, o legitimado ativo será o ofendido, ou seu representante legal, e, em situações especiais, a queixa-crime poderá ser promovida por

curador especial (art. 33, CPP), pelos sucessores do ofendido, em caso de morte ou declaração de ausência (art. 31, CPP).

De outra banda, no tocante ao polo passivo da ação, a legitimidade recai contra o suposto autor do fato delituoso, com dezoito anos completos.

Importante trazer à baila a discussão quanto à legitimação da pessoa jurídica no processo penal. Quanto a legitimidade ativa, não restam dúvidas acerca de sua possibilidade. LIMA (2017, p. 208) exemplifica que:

[...] supondo-se que uma pessoa jurídica seja vítima de um crime de difamação, o que é plenamente possível, já que referido ente é dotado de honra objetiva, sendo possível a imputação de fato ofensivo a sua reputação, poderá figurar no polo ativo de queixa-crime por ela proposta em face do suposto autor do delito.

A pessoa jurídica também possui legitimidade passiva. Em se tratando de crimes ambientais, pode-se concluir que a pessoa jurídica teria legitimidade para ocupar o polo passivo. Quando se fala em crimes ambientais e pessoa jurídica, a Teoria da Dupla Imputação expõe que só se admite o oferecimento de denúncia contra pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais se a imputação também for feita à pessoa física que agiu em seu nome ou benefício. Nesse espeque:

"(...) Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). No caso em tela, o delito foi imputado tão-somente à pessoa jurídica, não descrevendo a denúncia a participação de pessoa física que teria atuado em seu nome ou proveito, inviabilizando, assim, a instauração da persecutio criminis in iudicio (Precedentes)". (STJ, 5ª Turma, RMS 20.601/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 14/08/2006).

Em precedente recente, o STF começou a deixar de lado a Teoria da Dupla Imputação, para concluir que a Constituição⁸ não faz qualquer exigência quanto a ela; em tese, seria possível a condenação/denúncia contra pessoa jurídica ainda que a imputação não fosse feita simultaneamente a uma pessoa física. A 1ª Turma concluiu ser

⁸ CF/88. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (...)

^{3º} - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

perfeitamente possível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARÓ NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parciais de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (STF – RE: 548181-PR, Rel. Min. Rosa Weber, D.J: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação 30/10/2014).

Do mesmo modo, foi o posicionamento da 5ª Turma do STJ:

“(…) Conforme orientação da 1ª Turma do STF, ‘O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.’ (RE 548181). Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento”. (STJ, 5ª Turma, RMS 39.173/BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/08/2015, Dje 13/08/2015).

Por fim, o interesse de agir está relacionado à efetividade do processo penal, na qual, analisa a utilidade da prestação jurisdicional que se objetiva alcançar com toda a movimentação da máquina judiciária. Desse modo, desde a instauração do processo, deve-

se demonstrar um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer que, é preciso demonstrar a necessidade de se socorrer ao Poder Judiciário para a obtenção do resultado pretendido.

Para grande parte da doutrina, o interesse de agir desdobra-se em um trinômio: (i) necessidade, (ii) adequação e (iii) utilidade.

Necessidade: não se pode admitir a movimentação da máquina judiciária se não restar demonstrada a necessidade do provimento jurisdicional. No âmbito processual penal, a doutrina costuma dizer que esta necessidade é presumida, pois não há crime ou pena sem o devido processo legal - *Nullun crimen, nulla poena sine iudicio*. Não há pena sem o devido processo legal.⁹

Adequação: a adequação não tem relevância nas ações penais condenatórias. Isto porque não há, no processo penal, diferentes espécies de ações condenatórias. Já em processos como o *habeas corpus*, é muito comum que não seja apreciado por falta de adequação.¹⁰

Utilidade: para a movimentação do aparato judiciário, o autor precisa demonstrar que o provimento por ele pleiteado de certa forma útil para atender às suas necessidades.

Além das já citadas condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir), é fundamental a presença da justa causa para o início da ação penal. Inicialmente, cumpre ressaltar que não há um consenso doutrinário acerca da natureza da justa causa. Frederico Marques entende a justa causa como um elemento do interesse de agir, sustentando que a justa causa se identifica com o *fumus boni iuris*¹¹, que caracteriza o legítimo interesse para a denúncia.

JARDIM (2002, p. 97) entende que a justa causa é uma condição da ação autônoma e destaca:

“torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o principado da obrigatoriedade da ação penal pública”.

⁹ Renato Brasileiro (2017, p. 2010) ensina que: “[...] essa necessidade é implícita na ação penal condenatória, já que, em virtude do princípio do *nulla poena sine iudicio*, nenhuma sanção penal poderá ser aplicada sem o devido processo legal, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer qualquer resistência”.

¹⁰ Súmula 693 do STF: não cabe “*habeas corpus*” contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

¹¹ Sinal de bom direito ou aparência de bom direito

Por outro lado, LIMA (2017, p. 215,216) compreende que a justa causa é um fenômeno distinto das condições da ação penal e explica:

[...] Esse entendimento ganhou força com a reforma processual de 2008, já que, ao tratar das causas de rejeição da peça acusatória, o art. 395 do CPP distingue as “condições da ação” da “justa causa”, colocando-a em inciso diverso. O inciso II do art. 395 do CPP aponta como causa de rejeição da peça acusatória a falta das “condições para o exercício da ação penal”. O Inciso III do art. 395, por sua vez, dispõe que a denúncia ou queixa deve ser rejeitada quando falta justa causa para o exercício da ação penal. Colocada em inciso diverso, fica a impressão de que o CPP considera a justa causa fenômeno distinto das condições da ação penal, que não se enquadraria nem no interesse de agir, nem poder ser considerada uma terceira condição da ação penal, ao lado da legitimidade e do interesse de agir.

Referindo-se a justa causa como pressuposto processual, decidiu o STJ:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. LEI Nº 9.099/95. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. A despeito da Lei nº 9.099/95 ser pautada por critérios da oralidade, simplicidade e informalidade, a inicial acusatória (denúncia ou queixa-crime), mesmo nas infrações de menor potencial ofensivo, deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório, ou seja, com lastro probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal. Recurso ordinário provido para determinar o trancamento do Processo nº 2014.01.1.033564-5/DF. (RHC 61.822/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 25/02/2016).

A respeito dessa desarmonia doutrinária, é indispensável compreender o que constitui justa causa que, nas sábias palavras de LIMA (2017, p. 214):

[...] é o suporte probatório mínimo (probable cause) que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipada ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação.

Isto é, segundo LOPES JÚNIOR (2018), a justa causa está associada a dois elementos: I) existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade e; II) controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

3.4. PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Superadas tais considerações superficiais sobre ação penal, necessário se faz uma breve análise acerca de alguns princípios da ação penal pública.

3.4.1. Princípio da oficialidade

PACELLI (2015) expõe que transcorrido o tempo em que a persecução penal funcionava de maneira privada, o Estado, titular do *jus puniendi*¹², é também titular do *jus perseguendi in judicio*¹³.

Nessa esteira, o princípio da oficialidade expõe a atribuição concedida aos órgãos estatais para executar privativamente a persecução penal, nos moldes já elucidados, acontece em duas ocasiões diversas: no momento da investigação preliminar e; no momento da ação penal.

A investigação preliminar, de acordo como sistema de justiça criminal brasileiro, é encargo da polícia judiciária, nos termos do artigo 4º, *caput*, do CPP – “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”, enquanto que a ação penal pública deve ser efetivada pelo Ministério Público, conforme o exposto no artigo 129, I, da CF/88. Nesse trilhar, ensina LIMA (2017, p. 249):

Consiste na atribuição da legitimidade para a persecução criminal aos órgãos do Estado. Em outras palavras, a apuração de infrações penais, fica em rega, a cargo da polícia investigativa, enquanto que a promoção da ação penal pública incumbe ao Ministério Público, nos exatos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal. Aplica-se à ação penal pública, tanto na fase pré-processual, quanto na fase processual.

O princípio da oficialidade não é absoluto e apresenta algumas exceções. Alguns doutrinadores apontam a promoção da ação penal privada subsidiária da pública, discricionariedade conferida ao ofendido pelo artigo 29 do CPP e artigo 5º, LIX, da CF/88, nos casos em que o membro do Ministério Público deixe transcorrer o prazo para o oferecimento da ação penal pública:

¹² É o direito que corresponde ao estado de criar e aplicar o Direito Penal objetivo (direito de punir).

¹³ Confere ao Estado o poder de perseguir o autor do delito

CPP. Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.
CF/88. Art. 5º, LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Contudo, oportuno observar que a ação penal promovida pelo particular não será de natureza pública, e sim privada. Sobre o assunto, cumpre trazer à baila as lições de AVENA (2012, p. 231):

Pode-se dizer, enfim, que, nos crimes de ação penal pública, a legitimação do Ministério Público será exclusiva pelo prazo legal, seguindo-se, após, um período de seis meses de legitimação concorrente entre Ministério Público e ofendido (art. 29 do CPP), ao cabo do qual, se ainda não ajuizada ação penal, retorna a legitimidade ativa a ser exclusivamente ministerial.

Outra exceção ao princípio da oficialidade é a Ação Penal Popular prevista no artigo 14 da Lei nº 1.079/1950 que trata dos crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, na qual possibilita que qualquer cidadão denuncie, perante a Câmara dos Deputados, o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade.

Por fim, ainda no que pertine ao princípio da oficialidade, conforme já exposto, no caso de ação penal de natureza pública, deverá atuar-se nos dois momentos da persecução penal, enquanto que, na ação penal privada, a necessidade de atuação do órgão oficial se dará apenas na primeira fase, uma vez que, nas palavras de LIMA (2017, p. 243) “[...] prevalece o entendimento de que ao particular, pelo menos em regra, não foram conferidos poderes investigatórios”.

3.4.2. Princípio da indisponibilidade

Mirabete (2006, p. 98) expõe que este princípio também como princípio da indisponibilidade, encontra fundamento nos artigos 42 e 576, ambos do CPP. CHOUKR (2007, p. 96) expressa a ideia de que, o Ministério Público, depois de iniciada ação penal, não pode dispor desta por meio da desistência, visto que ação tem como escopo a tutela de um direito do Estado/social e não de apenas um indivíduo, ou seja, trata-se da impossibilidade do Ministério Público renunciar o direito material em que é fundada a ação.

O referido princípio também tem aplicação na fase recursal, na qual o estabelece que o Ministério Público não poderá desistir de um recurso interposto.

Quanto ao citado artigo 42 do CPP, NUCCI (2009, p. 161), leciona que pelo princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal o Ministério Público não possui a discricionariedade à sua propositura, mas sim, a postura condicionada para tanto, e uma vez proposta a ação não lhe cabe mais a desistência sobre o procedimento, em razão da transferência plena das decisões sobre a causa ao Poder Judiciário.

Assim como o princípio da oficialidade, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública também é mitigado. Isso porque, conforme exposto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público poderá propor suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processo ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizaram a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”. Desse modo, se o acusado preencher os requisitos objetivos e subjetivos impostos pela lei para a suspensão, apresentada a proposta pelo Ministério Público, com posterior aceitação do acusado e de seu defensor e, por fim, com a homologação do Juiz, o processo ficará suspenso. Portanto, a suspensão condicional do processo é uma exceção ao princípio da indisponibilidade.

Destarte, importante ressaltar que, embora o órgão ministerial não possa dispor da ação penal, este poderá se manifestar opinando pela absolvição do inculpaado, pois este ato não vincula a decisão do juiz, tendo em vista o princípio do livre convencimento do magistrado. Por este motivo, caso o Ministério Público se convença de que denunciou a pessoa de forma equivocada ou verifique que não há um lastro probatório mínimo para condenação, poderá se manifestar pela absolvição em sede de alegações finais, o que não configurará como desistência da ação penal. Nesse diapasão, decidiu o STJ:

“[...] o fato de ter o Ministério Público pedido absolvição do réu, na fase de alegações finais, não vincula o juiz. Princípio do livre convencimento do juiz, que não caracteriza constrangimento ilegal. Ordem denegada.” (STJ, 6º Turma, HC 106.308/DF, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP – j. 03/09/2009, DJe 21/09/2009).

É também o posicionamento de LOPES JR (2018, p. 202):

[...] quando o MP pede a absolvição, não o faz por “imparcialidade” e tampouco por dispor da ação penal, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente,

legalidade. Logo, é absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade.

3.4.3. Princípio da (in) divisibilidade

O princípio da divisibilidade da ação penal pública autoriza que o membro do Ministério Público, na hipótese de existência de mais de um sujeito ativo na configuração de um delito, ajuíze ação penal apenas em relação a um deles e que se prossiga quanto à investigação dos demais, para propositura da demanda em momento posterior. Segundo AVENA (2012, p. 212), esse procedimento pode se dar quando o Ministério Público, por exemplo, justificar:

[...] necessidade de serem buscados maiores elementos para amparar o processo penal em relação aos investigados que não constaram no polo passivo da inicial, como em questão de estratégia processual. Frise-se que essa opção do promotor de justiça em não ajuizar, de plano, a ação penal contra todos os envolvidos, fazendo-o apenas em relação a um ou alguns deles, não acarreta qualquer tipo de preclusão quanto aos demais, mesmo porque são consolidadas, na doutrina e na jurisprudência, tanto a possibilidade de aditamento da denúncia a qualquer tempo (desde que antes da prescrição do crime, obviamente) para inclusão de coautor ou partícipe que não tenha integrado o polo passivo da relação processual, como a viabilidade de propositura de nova ação penal contra o corresponsável não incluído em processo já sentenciado.

Esse, inclusive, é o posicionamento dos tribunais superiores:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMETIMENTO DE DOIS CRIMES DE ROUBO SEQUENCIAIS. CONEXÃO RECONHECIDA RELATIVAMENTE AOS RESPECTIVOS INQUÉRITOS POLICIAIS PELO MP. DENÚNCIA OFERECIDA APENAS QUANTO A UM DELES. ALEGAÇÃO DE ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO QUANTO AO OUTRO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I – Praticados dois roubos em sequência e oferecida a denúncia apenas quanto a um deles, nada impede que o MP ajuíze nova ação penal quanto delito remanescente. II – Incidência do postulado da indisponibilidade da ação penal pública que decorre do elevado valor dos bens jurídicos que ela tutela. III - Inexiste dispositivo legal que preveja o arquivamento implícito do inquérito policial, devendo ser o pedido formulado expressamente, a teor do disposto no art. 28 do Código Processual Penal. IV – Inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade à ação penal pública. Precedentes. V – Recurso desprovido. (STF – RHC 95.141/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe. 22/10/2009).

Sob outra linha de raciocínio, LIMA (2017, p. 241) defende que se aplique o princípio da indivisibilidade, tendo como consequência, o oferecimento da ação penal contra todos os coautores e partícipes:

[...] Afinal, se vigora, quanto à ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade, não se pode admitir que o Parquet tenha qualquer margem de discricionariedade quanto aos acusados que figurarão no polo passivo da demanda. Se há elementos de informação em face de duas ou mais pessoas, o Ministério Público se vê obrigado a oferecer denúncia contra todos eles.

Corroborando de tal entendimento LOPES JÚNIOR (2018, p. 202,203), o qual argumenta, ainda, que a relativização do princípio da obrigatoriedade, nesse aspecto, fere as regras de conexão e continência, pois permite-se ao MP, por exemplo, que separe aqueles que possuem prerrogativa de função dos demais, infringindo, por conseguinte, a unidade de processo e julgamento encampada nos artigos 76 e 77 do CPP.

3.4.4. Princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade ou legalidade está ligado a ideia de que o Ministério Público não pode recusar-se a iniciar a ação penal, quando identificada a hipótese de sua atuação. Referido princípio possui forte ligação com o princípio da legalidade no qual não confere discricionariedade ao Ministério Público no momento da propositura da ação, a obrigação de promovê-la sempre que o caso possuir lastro probatório mínimo de autoria e materialidade. Sendo assim, veda-se ao órgão acusatório qualquer critério de política ou utilidade pública. Nesse plano, leciona LIMA (2017, p. 235):

[...] diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e da justa causa para a deflagração do processo criminal.

Compartilham do mesmo raciocínio TÁVORA e ALENCAR (2015, p. 260), e esclarecem que, quanto a este princípio, “[...] estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal, ofertando denúncia para que o processo seja iniciado. Não cabe ao MP juízo de conveniência ou oportunidade”.

A justificativa inicial da obrigatoriedade, de acordo com BRANDALISE e ANDRADE (2018, p. 215), “[...] está vinculada à regra das penas como um fim em si, já que deve haver a aplicação da sanção a todos aqueles que cometem crimes, consequência que somente pode ser alcançada se todas as notícias de fatos criminosos forem perseguidas”.

Com efeito, embora não exista, tanto na Constituição Federal, como no Código de Processo Penal, disposição expressa adotando o princípio da obrigatoriedade, a doutrina costuma concluir sua vigência pela regra contida no artigo 24 do *Codex* processual, no qual estabelece que, nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público. No mesmo sentido, também dispõe o artigo 30 do Código de Processo Penal Militar: “A denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria”.

Por fim, pela regra da obrigatoriedade, ao *Parquet*, diante da prática de uma infração penal, não cabe qualquer juízo de conveniência acerca da propositura da ação penal de natureza pública pautado em critérios outros, senão aqueles referentes à presença das condições da ação e da justa causa.

3.4.5. Princípio da Obrigatoriedade vs. Princípio da Oportunidade

O princípio da obrigatoriedade não é princípio expresso, muito menos princípio constitucional, podendo ser extraído de dispositivos infraconstitucionais encapados no Código de Processo Penal, que é anterior ao advento da Constituição Federal de 1988.

A partir da promulgação do novo texto constitucional, o princípio da obrigatoriedade da ação penal foi sendo relativizado, não sendo mais absoluto. LOPES JÚNIOR (2018, p. 201) expõe que referido princípio se tornou uma discricionariedade regrada, que é uma nova concepção que está sendo incorporada no processo penal.

Via de exemplo, - sem expor muitos detalhes, pois tais institutos serão trabalhados no ulterior capítulo – a composição civil dos danos, a transação penal, previstas na lei nº 9.099/95. Quanto ao princípio da obrigatoriedade, ARAS (2018, p. 284,285) explana que:

O princípio tem merecido críticas, e não é de agora, pois não se coaduna com a ideia de direito penal como ultima ratio. No moderno processo penal, tem maior aceitação o princípio da oportunidade da ação penal pública, que confere um maior campo de discricionariedade ao Ministério Público.

[...]

O princípio da oportunidade está necessariamente ligado à ideia de intervenção mínima. Permitindo-se ao Ministério Público maior liberdade de decidir quando oferecer a denúncia ou não, facilita-se a intervenção penal mínima, sem abandonar-se o dever de defesa da sociedade.

Na mesma linha de raciocínio, cabe trazer à baila alguns pontos importantes expostos por MARQUES (1997, p. 308,309):

Dois são os princípios políticos que informam [...] a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade [...] e o princípio da oportunidade [...]. Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade

Neste trilhar, o princípio da oportunidade concede ao Ministério Público, na qualidade de *dominus litis*¹⁴, a possibilidade de, frente a praticas delituosas que eventualmente se enquadrariam no conceito analítico de crime, sendo fatos, típicos, ilícitos e culpáveis, mas que exibem relevância social insuficiente, pequena culpabilidade e que não atinjam seriamente o interesse público, não propor a ação penal, mas pleitear, por outros caminhos, o ajuste daquele comportamento criminoso, dado que o direito penal, de acordo com o princípio da intervenção mínima, é considerado a *ultima ratio*¹⁵ para o exercício do poder punitivo estatal¹⁶. Nesse passo, MUBARAK e COSTA (2011)

Embora seja comum a afirmação de que o princípio da oportunidade apenas poderia ser aplicado às ações penais de iniciativa privada e às ações penais de iniciativa pública condicionadas à representação, parece correto que tal princípio seja estendido aos casos em que, em tese, caberia ação penal de iniciativa pública incondicionada. O princípio da obrigatoriedade não pode ser óbice a esta extensão, pois, como afirmam alguns autores, a obrigatoriedade não mais se coaduna com a ideia de um processo penal democrático.

O fato de tal princípio abrir um espaço maior de atuação discricionária ao Ministério Público não acarreta nenhum tipo de estímulo ao subjetivismo como se poderia

¹⁴ Autor da ação; o dono da lide.

¹⁵ Último recurso

¹⁶ Em brilhante trabalho, Teixeira (2006, pp. 18-22) observa que a oportunidade, em uma perspectiva das entidades depositárias de seu exercício, pode estabelecer-se em vários níveis. Em primeiro lugar, ao nível da intervenção político-legal do poder político. Trata-se do estabelecimento de um programa criminal orientado pela oportunidade, por meio de soluções legislativas a incidir sobre a seletividade do objeto processual (seleção dos tipos penais) e sobre a diversidade e simplificação dos meios processuais, neste caso basicamente em torno do (não) exercício da ação penal e do uso de ritos judiciais céleres. Um segundo nível de posicionamento do exercício da oportunidade é o da intervenção político-administrativa do governo. Nesse nível, a fim de conduzir efetivamente a política criminal, trata-se da adoção de medidas governamentais de índolo concreta (guidelines, diretiva, medidas administrativas etc), que visem impor prioridades de tratamento de certas matérias penais, ou implementar uma determinada estratégia de investigação criminal, ou privilegiar certo procedimento em detrimento de outro. Outro nível é o da intervenção de um organismo específico ou intermédio, com a concentração da iniciativa e da gestão da política criminal em órgão criado especialmente para tal tarefa (Conselho Judiciário), a quem incumbiria a definição concreta dos macro-objetivos no combate ao crime, o estabelecimento de interpretações às leis e aos conceitos abertos (p.ex., a “justa causa” para o oferecimento de denúncia criminal) etc. Por último, o nível em que normalmente se posiciona o debate sobre o exercício da oportunidade é o da intervenção do titular da ação penal (Ministério Público). Em tal debate – que mereceria um estudo próprio –, colocam-se problemas como o da uniformização de tratamento dos casos iguais (isonomia), da margem de discricionariedade usada na avaliação dos casos concretos, do alargamento dos fundamentos válidos para o não-exercício da ação penal, da adoção de soluções de oportunidade não previstas na lei (“equidade”), do necessário controle jurisdicional e, sobretudo, da determinação dos critérios de oportunidade.

supor. É que o parquet poderia verificar a oportunidade, a conveniência, a utilidade, a nocividade ou a economicidade da sua atuação processual, ou mesmo a sua razoabilidade, sem prejuízo de continuar existindo o controle desta manifestação pela instância superior da Instituição, nos moldes do inquérito civil, ou mesmo na forma hoje prevista, pela aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, JARDIM (2016)

[...] não devemos abrir exceções a este princípio da legalidade, pois isso importaria em dar ao membro do Ministério Público o poder discricionário de denunciar ou não este ou aquele crime, este ou aquele indiciado.

Trata-se de colocar o Promotor ou Procurador da República como titular exclusivo de se aplicar ou não a lei penal, que é de natureza pública. Vale dizer, dar-lhe o poder de discernir se está ou não presente o interesse público. O legislador incrimina determinada conduta como penalmente típica e o Ministério Público lhe vira as costas e diz que tal conduta não tem relevância social.

FELÍCIO (2013) expõe uma análise crítica da aplicação do princípio da oportunidade nas ações penais cujo o Ministério Público é titular e assevera que alguns doutrinadores defendem que a aplicação do princípio da oportunidade provocaria uma violação de competência do Poder Legislativo.

Citado por FELÍCIO (2013, p. 70), TOURINHO FILHO argumenta que se determinadas condutas são hasteadas pelo Poder Legislativo, conferindo como condição de infração penal, “[...] não faz sentido possa o Ministério Público ignorá-las, sob a alegação de inexpressividade. Se assim fosse, estaria invadindo a competência de outro Poder”.

Além disso, FELÍCIO (2013, p. 71) expõe o argumento defendido por Marques de que “a oportunidade levaria a opinião do legislador ser substituída pela do Ministério Público”. E, ainda, apresenta a lição de Jardim, que é crítico do acordo de não-persecução penal e entende que “o princípio da oportunidade expõe o Ministério Público a pressões indesejáveis ou pelo menos, a suspeitas sobre a lisura de seu comportamento ativo ou omissivo”.

De outro lado, GAZOTO (2013, p. 94), explica que o exercício da ação penal deve ser pautado no princípio constitucional da eficiência das instituições públicas, considerando os instrumentos de que as instituições dispõem para consecução das suas finalidades. Na defesa desse entendimento, o autor traz os seguintes tópicos:

1) A ação penal pública é instrumento destinado à obtenção de um interesse público específico: a persecução penal de condutas criminais seriamente indesejáveis.

2) O interesse de persecução penal não é o fim maior do Estado e por isso, sempre que colidir com outros interesses de maior relevância, deve ser a eles submetido.

3) Sendo mero instrumento e não finalidade em si, a ação penal pública somente pode ser movida se, razoavelmente, houver probabilidade de produzir os efeitos desejados.

4) A atividade ministerial de persecução penal deve ser considerada, em sentido amplo, como objetivo global e não particularizado em caso isolado.

5) Por isso, o Ministério Público, como instituição política promotora da persecução penal, deve organizar-se para bem ferir as suas forças e, assim, atingir o interesse público de sua alçada.

6) Em sendo a atividade de persecução penal eminentemente administrativa, fatos concretos, como excesso de demanda da atividade judiciária, devem ser considerados na avaliação do interesse da utilidade da promoção da ação penal pública

Atualmente, como é de conhecimento, o sistema judiciário brasileiro encontra-se congestionado devido a exorbitante demanda de processos na seara criminal, o que, conseqüentemente, causa uma morosidade abundante até o provimento judicial final. Isso tudo acaba tornando, muita das vezes, a prestação jurisdicional ineficiente e inofensiva, visto que em muitos processos a pretensão punitiva estatal acaba prescrevendo. Nessa perspectiva, FREIRE JÚNIOR (2018, p. 331), exprime duras críticas ao princípio da obrigatoriedade:

“o princípio da obrigatoriedade da ação penal está morto. Essa utopia bem intencionada que, além de esquecer a cifra oculta de crimes, provoca a impunidade de vários delitos por uma impossibilidade física quantitativa de atuação dos membros do Ministério Público, foi, durante muito tempo, uma ilusão que justificou ações penais infrutíferas do ponto de vista de política criminal”.

Não podendo perder de vista, é importante observar que uma das finalidades do processo penal, sob a perspectiva estatal, é a defesa dos direitos coletivos potenciais, buscando a manutenção pacífica da sociedade. Atualmente, o modelo penal vigente não tem atingido de forma efetiva o seu escopo, sendo essencial reformular a atual estrutura adotada. Nesse aspecto, expõe MOREIRA (2014):

O processo judicial pode ser melhorado de diversas formas: investimento em modernização, informatização, treinamento, administração da justiça, reestruturação da legislação processual, sobretudo no que tange aos recursos, maior efetividade das ordens judiciais, qualidade dos serviços públicos, valorização dos juízes e dos demais operadores do direito, etc. A pura e simples expansão da máquina judicial, entretanto, não se afigura medida mais relevante. À exceção da escassez pontual de magistrados e servidores, a ser resolvida com criação de varas, tribunais e cargos, em casos específicos, não é o aumento desmedido do tamanho institucional da Justiça que viabilizará a celeridade e a eficiência processuais. Os meios alternativos de solução de conflitos, sobretudo mediante a substituição da cultura do litígio pela cultura da conciliação, é que revelam aptidão para tanto. Cabe ao juiz decidir apenas aqueles casos em que a solução extrajudicial é inviabilizada, seja porque a conciliação é incabível, seja porque foi infrutífera sua tentativa.

Nessa mesma linha, GOMES (2011) aduz que:

Nossa cultura litigante deve ser abandonada. É tempo de negociação, acordo e mediação. O Judiciário, por sua vez, deve ser reorganizado com políticas de desburocratização, valer-se das novas tecnologias, da própria informatização. Muita coisa deve ser desjudicializada (retirada do Judiciário), passando-se para o campo da mediação.

Se nada for feito a morosidade vai continuar. Com isso a Justiça perde a sua justificação teleológica, que é a confiança da população. Pior é sua contribuição para a impunidade, no campo criminal.

Nas brilhantes palavras de GAZOTO (2016, p. 04), “ações penais ineficientes são como obras públicas inacabadas”. Por esse motivo vários países e inclusive o Brasil estão buscando medidas alternativa à persecução penal pelas vias processuais, pois o atual aparato judiciário evidentemente não possui forças e mecanismos suficientes para enfrentar todas os processos em trâmite, o que acarreta em um descrédito da população quanto aos órgãos oficiais estatais, levando, em alguns casos, até mesmo a vingança privada.

4. JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL

Atualmente, tornou-se comum afirmações no sentido de que o sistema penal vigente não tem encontrado êxito, estando totalmente em crise. Pelo senso comum, Verifica-se se que devido grande duração dos processos criminais conduz a opinião pública a experimentar um sentimento de impunidade; de outra banda, a falta de recursos, materiais e humanos, de órgãos como as polícias e o Ministério Público leva os cidadãos a clara impressão de que o sistema penal é seletivo, deixando-se de promover a investigação e a punição de diversos criminosos, por parâmetros esclarecido não explicitados. FERNANDES (2001, p. 96-103) constata que a crise penal revela dois aspectos:

1) inflação legislativa em matéria penal, com excessiva criminalização e conseqüente hipertrofia de todo o sistema, levando ao enfraquecimento da eficácia intimidatória da sanção; e 2) congestionamento processual, com a deletéria conseqüência de morosidade na tramitação dos processos e, como decorrência, diminuição do efeito de prevenção geral do sistema penal.

GOMES (2007, p. 398) expõe três modelos de resolução de conflitos penais, dentre os quais, encontra-se o modelo consensual ou consensuado:

(a) modelo dissuasório clássico, fundado na implacabilidade da resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Neste Direito penal punitivista-retributivista não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um Direito penal inflexível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contra-estímulo da pena;
(b) modelo ressocializador, que atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o Direito penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinqüente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade;
(c) modelo consensuado (ou consensual) de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (plea bargaining).

Nas últimas décadas, em conseqüência da crescente e enorme carga de processos criminais que se aglomeram no sistema judiciário brasileiro, ou melhor dizendo, na busca de um sistema penal mais competente, nota-se a expansão do sistema de justiça consensual ou consensuada, que, nas palavras de ALVES (2018, p. 218), “[...] é o modelo de justiça caracterizado, basicamente, pela concordância dos envolvidos quanto ao desfecho do conflito penal”.

Diante disso, como uma via de escape ou como proposta de solução ao colapso que vive o sistema penal, no qual vive um aumento exorbitante da criminalidade, principalmente no que se refere aos delitos de menor gravidade que acabam, conseqüentemente, sobrecarregando o sistema judiciário criminal, manifesta-se a imprescindível discussão acerca da introdução de um modelo consensual na justiça criminal. TORRÃO (2000, p. 117) destaca a importância do novo modelo de processo penal, litteris:

“Torna-se, deste modo, urgente promover formas de reacção penal que busquem, na medida do possível, dois objectivos fundamentais. O primeiro prende-se com a necessidade de emprestar celeridade e eficácia ao sistema penal no sentido da sua credibilização aos olhos dos cidadãos, potenciando-se o almejado efeito de uma prevenção geral integradora. O segundo respeita à necessidade de evitar os conhecidos efeitos criminógenos e dessocializadores da tradicional sanção penal – traduzidos no carácter estigmatizante da pena – e na perigosa habituação à vida carcerária que desadapta e desenraíza o indivíduo de uma vivência livre em sociedade.”

MOREIRA (2014) expõe que hoje há a impressão de que, mesmo com o aumento de funcionários públicos, juízes, promotores ou da melhora do aparato judicial, não conseguiram atingir um aperfeiçoamento da Justiça brasileira. Isso porque, conforme os dados levantados por GOMES (2011) junto ao Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento do sistema judiciário brasileiro é de 70% (ano-base 2010), tudo isso mesmo com a aquisição de mais juízes e servidores públicos. Nesse quadro, merece destaque as palavras de MANCUSO (2010):

“(...) propõe-se uma revisão conceitual, atualizada e contextualizada das noções de Jurisdição e de acesso à Justiça, reconhecendo-se que o aumento quantitativo da oferta da prestação jurisdicional, além de não resolver o crescente aumento da demanda por justiça, ainda retroalimenta esse contexto, gerando uma expectativa social a que o Estado não consegue suprir, ou, tentando fazê-lo, incide nos equívocos do gigantismo judiciário e do tratamento massivo dos processos. A tese identifica na origem dos males o demandismo judiciário, à sua vez fomentado por uma leitura acrítica e irrealista do art. 5º, XXXV, da CF/1988. Propõe-se como opção o fomento aos meios alternativos de resolução dos conflitos, acompanhado da devida informação aos jurisdicionados.”

Posto isso, a Lei nº 9.099/95 inaugurou, no ordenamento jurídico nacional, métodos de justiça consensual no processo penal, como via de exemplo, a transação penal, fazendo com que o modelo consensual de justiça criminal se tornasse uma realidade no processo penal brasileiro.

Dando continuidade ao objeto deste trabalho, é necessário trazer à baila alguns submodelos da justiça criminal consensuada.

4.1. MODELOS DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

4.1.1. Justiça Restaurativa

Segundo PINTO (2005) não há ainda conceito concreto e absoluto de justiça restaurativa, assim como sua denominação. A tradução literal da expressão “restorative justice” é justiça restauradora, apesar de que tenha predominado em português como “justiça restaurativa”. JACCOULD (2005) dispõe que, existem diversas terminologias como, por exemplo, “justiça transformadora”, “justiça relacional”, “justiça comunal”, “justiça recuperativa”, “justiça participativa”, além da diferença na tradução.

A justiça restaurativa surge como um novo método de justiça criminal, apto para suprir determinados defeitos e falhas que o sistema punitivo apresenta. Apresenta-se também, com a esperança sanar os problemas causados pela ineficácia do atual sistema de justiça criminal, o qual não possibilita a intervenção do ofendido nas ações de natureza pública, especialmente durante o trâmite do processo. Ou seja, na vigente sistemática, não é franqueado à vítima em sua livre consciência, intervir para a extinção do processo pretendendo à aplicação de medidas opressoras.

Mais conhecida pela doutrina como modelo pacificador ou restaurativo, compreende-se no ordenamento jurídico brasileiro a propagação da denominada Justiça Restaurativa que, de acordo com NUCCI (2017), relativiza os interesses coletivos, dá maior importância aos interesses da vítima, não tem como principal objetivo a punição do infrator e flexibiliza a obrigatoriedade da ação penal, de modo que, por meio de mecanismos alternativos, possa haver a restauração do estado de paz entre as pessoas, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público.

Isto posto, o propósito da Justiça Restaurativa, consoante SICA (2007, p. 27,28), “[...] não é o crime em si, considerado como o foco bruto, nem a reação social, nem a pessoa do delinquente, que são os focos tradicionais da intervenção penal. A justiça restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações afetadas pela conduta”.

Na mesma linha, ARAS (2018, p. 300) esclarece que “a aplicação de práticas restaurativas é mais fácil nas ações penais privadas e nas ações públicas condicionadas, devido a autonomia da vontade da vítima. No entanto, pode ser empregada também em ações penais de iniciativa pública”.

Como consequência da Justiça Restaurativa, observa-se, especificamente no âmbito criminal, os mecanismos mencionados na Lei nº 9.099/95, inclusive, há previsão de tais institutos, nas ideias iniciais expostas na Resolução nº 225/2016 do CNJ, que trata sobre a Política Nacional da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Outrossim, ARAS (2018, p. 300), expõe o incentivo do CNMP na ampliação desse modelo de justiça:

Na Resolução CNMP 118/2014, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, visa-se assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição, declarando-se que, ao Ministério Público brasileiro, incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Por fim, o CNJ por meio de uma entrevista, concedida pelo pioneiro na implantação do método restaurativo no país, o juiz Asiel Henrique de Souza, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF), abordou várias questões atinentes ao modelo de Justiça restaurativa, podendo-se destacar três questões:

Quem realiza a Justiça Restaurativa?

Não é o juiz que realiza a prática, e sim o mediador que faz o encontro entre vítima e ofensor e eventualmente as pessoas que as apoiam. Apoiar o ofensor não significa apoiar o crime, e sim apoiá-lo no plano de reparação de danos. Nesse ambiente se faz a busca de uma solução que seja aceitável. Não necessariamente o mediador precisa ter formação jurídica, pode ser por exemplo uma assistente social.

A Justiça Restaurativa só pode ser aplicada em crimes considerados mais leves?

Não, pode também ser aplicada aos mais graves. No Brasil temos trabalhado ainda, na maioria das vezes, com os crimes mais leves, porque ainda não temos estrutura apropriada para os crimes mais graves. Em outros países até preferem os crimes mais graves, porque os resultados são mais bem percebidos. A diversidade de crimes e de possibilidades a serem encontradas para sua resolução é muito grande. Vamos supor que, após um sequestro relâmpago, a vítima costuma desenvolver um temor a partir daquele episódio, associando seu agressor a todos que se pareçam com ele, criando um “fantasma” em sua vida, um estereótipo. Independentemente do processo judicial contra o criminoso, como se retoma a segurança emocional dessa pessoa que foi vítima? Provavelmente se o ofensor tiver a oportunidade de dizer, por exemplo, porque a vítima foi escolhida, isso pode resolver essa insegurança que ela vai carregar para o resto da vida.

Mas a Justiça Restaurativa implica o não cumprimento da pena tradicional?

Não, as duas coisas podem ser e frequentemente são concomitantes. O mediador não estabelece redução da pena, ele faz o acordo de reparação de danos. Pode ser feito antes do julgamento, mas a Justiça Restaurativa é um conceito muito aberto. Há experiências na fase de cumprimento da pena, na fase de progressão de regime etc. Mas nos crimes de pequeno potencial ofensivo, de acordo com artigo 74 da Lei n. 9.099, de 1995, o acordo pode inclusive excluir o processo legal. Já quando falamos de infrações cometidas pelo público infantojuvenil há outras possibilidades como a remissão ou a não judicialização do conflito após o encontro restaurativo e

o estabelecimento de um plano de recuperação para que o adolescente não precise de internação, desde que o resultado gere segurança para a vítima e reorganização para o infrator. Em São Paulo e no Rio Grande do Sul, por exemplo, há juízes com larga experiência na Justiça Restaurativa com adolescentes, por meio de um processo circular e desritualizado, mais lúdico.¹⁷

4.1.2. Justiça Negociada

No que tange à justiça criminal negociada, MOREIRA (2014) expõe:

“[...] tem por base a confissão do delito, a assunção de culpabilidade e o acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, a perda de bens, a reparação dos danos, a forma de execução da pena, etc.”. Está presente nesse sistema uma extrema liberdade de negociação atribuída ao órgão oficial acusador, de modo que é difícil a aceitação de sua forma pura por nosso ordenamento jurídico.

[...] Nos Estados Unidos, os governos estaduais detêm autonomia para definição de delitos e penas, bem como para definição de procedimento penal. De qualquer sorte, o método da negociação é amplamente utilizado.

O juiz figura como mero homologador do resultado do acordo. O plea bargaining (barganha de declaração, pedido de barganha), forma mais típica no sistema norte-americano, diz respeito à declaração de culpa, ao pedido de culpa, ao guilty plea, que é um acordo entre acusação e defesa, para que os acusados se declarem culpados em troca de uma gama de concessões, evitando um demorado processo judicial.

VASCONCELLOS (2017) define justiça criminal negocial como:

[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

ALVES (2018) relata que nos Estados Unidos a estimativa é de que mais de 90% dos casos são resolvidos através da celebração de acordos, por meio do plea bargaining, que é válido para todos os crimes, incluindo até os mais graves. Nesse sentido, o réu confessa a sua culpabilidade, assumindo a sua responsabilidade pelo delito cometido e a negociação se dá entre ele, seu defensor e o Ministério Público. A justiça negociada, portanto, é a regra no sistema jurídico penal norte-americano.

No sistema de justiça criminal brasileiro, embora com o decorrer dos anos se observe gradual relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, não se

¹⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>> Acesso em 30 de julho de 2019.

vislumbra a aplicabilidade do plea bargaining nos moldes do sistema estadunidense, havendo apenas resquícios dessa forma de solução de litígios penais que serão a seguir expostos.

4.2. TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal é uma determinação constitucional:

CF/88. Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau .

Foi criada pela Lei 9.099/95 e está estabelecida em seu art. 76.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Tal instituto aproxima-se do modelo de justiça consensual norte-americano, mas com ele não coincide. Este mecanismo, destinado para crimes de menor potencial ofensivo, concede ao membro do Ministério Público a possibilidade de propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. A despeito da transação penal, CUNHA (2018, p. 957) leciona:

[...] O legislador, ao elaborar a Lei n. 9.099, houve por bem em se afastar do que previram o sistema norte-americano, que conjuga não só a oportunidade mas também acordos penais (por meio da chama plea bargaining); o francês (art. 40 do Código Processual Penal francês); [...] Manteve-se fiel à “tradição” brasileira de indisponibilidade da ação penal e de obrigatoriedade do seu exercício pelo Ministério Público.

O instituto da transação penal, portanto, não materializa oportunidade no exercício da ação penal pelo Ministério Público. Trata-se de alternativa que se coloca, nos crimes de menor potencial ofensivo, para se evitar o manejo de ação penal. Se cabível o benefício, sua oferta é tarefa de rigor a ser realizada pelo Ministério Público. E, como hipótese de manejo pelo titular da ação penal de solução alternativa ao processo, considerada a obrigatoriedade dessa atuação, a transação só terá lugar quando afirmativo o juízo de opinio delicti realizado pelo Ministério Público.

Por outro lado, JESUS (2010, p. 73), defende que a transação penal não é espécie de “[...] negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento”.

Importante destacar que não é necessária confissão dos fatos imputados pelo autor do delito, do mesmo modo que a discricionariedade do *Parquet* está limitada à escolha da espécie de pena a ser aplicada. O Juiz, além da manutenção da legalidade de todo ato, deve atuar como um mediador, colaborando para a discussão da proposta e zelando pelo esclarecimento ao acusado das consequências jurídicas do acordo. O ofendido, em compensação, não possui qualquer participação no acordo, mesmo que esteja presente no ato. Além do mais, a decisão homologatória possui natureza jurídica de sentença, no entanto, não gera reincidência, nem antecedentes, sendo apelável nos casos em que exista vício de consentimento.

Depois de aceita a proposta pelo autor do fato, será submetida à apreciação do juiz (§ 3º) e, se acolhida, o juiz efetua a aplicação, na qual, como já exposto, não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (§ 4º). Não são admitidas sanções acessórias ou secundárias da condenação criminal nos casos de transação penal, sendo toleradas somente as sanções estabelecidas na proposta aceita pelo autor do fato e homologada pelo juiz.

Em continuidade, relevante observar que não se pode estender os efeitos da condenação criminal à transação penal, inclusive esse tema já foi objeto de tese decidida em sede de repercussão geral pelo STF:

“Os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não se verifica, portanto, quando há transação

penal (art. 76 da Lei 9.099/95), cuja sentença tem natureza homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências da homologação da transação são aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo” (RE 795567 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, Dje de 09/09/2015).

A transação penal assemelha-se ao *plea bargaining*, porquanto há acordo sobre aplicação de pena entre o Ministério Público e o acusado. Porém, dele se diferencia, pois não há confissão do delito, não forja reincidência e está limitada aos crimes menos graves.

LIMA (2014) expõe quais são os pressupostos para celebração do acordo: a) que a infração penal cometida seja de menor potencial ofensivo, ou seja, que a pena máxima cominada em abstrato não seja superior a 2 (dois anos); b) que não seja o caso de arquivamento do termo circunstanciado³⁶; c) não tenha sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (condenação à pena restritiva de direitos ou multa ou contravenção não impede à concessão da transação penal); d) que o infrator não tenha sido beneficiado, anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela transação penal; e) que os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do delito sejam favoráveis ao agente. Importante destacar que, em se tratando de crime ambiental, existe um outro requisito, qual seja, a proposta de transação penal somente poderá ser oferecida se tiver havido prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de impossibilidade de fazê-lo no termos do art. 27 da Lei n.º 9.605/98:

Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade

Já quanto aos efeitos da decisão que homologa a transação penal, JESUS (2010, p. 85) expõe da seguinte forma: a sentença do juiz especial (§5º), homologando a aceitação da proposta, não gera: a) condenação; b) reincidência (§4º); c) o lançamento do nome do autor no rol dos culpados (§4º, parte final); d) efeitos civis; e) maus antecedentes”.

Demais disso, a transação penal é uma saída muito favorável ao acusado, a uma, pois evitará as incertezas do desenvolvimento do processo nos moldes tradicionais, a duas, tendo em vista a vantagem de não macular a vida pregressa. Já quanto a acusação, o proveito advém da aplicação de pena sem o conseqüente trabalho da atividade

persecutória, podendo direcionar esse esforço à melhor apuração de crimes de maior gravidade (LEITE 2009).

Sobre a discricionariedade do membro do Ministério Público na oferta da transação penal, LIMA (2014, p. 228) assinala que “sob o argumento de se tratar de direito público subjetivo do autor do fato delituoso, não se defere ao juiz a possibilidade de conceder de ofício a transação penal contra a vontade do Ministério Público ou do querelante”.

No mesmo sentido, CUNHA (2018, p. 959) assevera:

A par de se compreender a transação penal como um direito público subjetivo do autor do fato, não se permite que o juiz, por isso, promova ele próprio a oferta de transação penal. Deverá, então, remeter os autos ao procurador-geral que, então, promoverá ele próprio a oferta, designará membro do Ministério Público para fazê-lo em seu nome (longa manus) ou insistirá na recusa em ofertar a transação penal. Neste último caso, então, estará o juiz vinculado a essa recusa e o caso será mesmo de se prosseguir na persecução penal com a oferta da correspondente ação penal.

Aliada a essa perspectiva, interessante as considerações feitas por LEITE (2009, p. 155):

[...] se for atribuída à aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a natureza de direito subjetivo do autor do fato, então a intervenção do ministério público seria prescindível ou reduzível a um simples parecer acerca da presença dos requisitos legais. Já não se poderia falar em acordo ou concessões e até mesmo o termo “transação” deveria ser substituído, pois estaria em contradição com a essência daquilo que pretenderia definir. Não seria mais justiça consensual, e sim alternativa legal posta à disposição do autor do fato como forma de enfrentamento do interesse punitivo do Estado.

No mais, o STF já destacou “É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de o Poder Judiciário conceder os benefícios previstos no art. 76 e 89 da Lei 9.099/95 sem que o titular da ação penal tenha oferecido proposta” (Inq 3438, Rel. /Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 11/11/2014, DJe-027 de 10/02/2015).

Por fim, relativamente às consequências do descumprimento da transação penal pelo acusado, por um certo período ensejou diversos debates doutrinários. De uma parte, havia quem defendia que o juízo, em caso de descumprimento da transação, convertesse a pena aplicada na transação penal a pena privativa de liberdade. Já de outro lado, houve até quem corroborasse com o entendimento de que o descumprimento da proposta não poderia acarretar qualquer ônus ao acusado, pois não teria a possibilidade de imposição de pena ao increpado sem o devido processo legal (acusação em juízo, juiz imparcial e ampla defesa).

Hoje em dia a celeuma já foi dirimida pelo STF, no qual, por seu Pleno em 16/10/2014 aprovou a súmula vinculante nº 35, que dispõe:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Sendo assim, nos casos de descumprimento injustificado da transação penal o membro do *Parquet* terá duas opções: oferecer denúncia; ou solicitar diligências para a produção de mais provas, por meio do inquérito policial, caso entenda que naquele momento ainda não exista provas suficientes para a propositura da ação penal. Esse entendimento é fundamentado no fato de que a decisão homologatória da transação penal não produz coisa julgada material.

4.3. ACORDO DE LENIÊNCIA (LEI Nº 12.529/11)

É também conhecido como acordo de brandura ou doçura¹⁸. Trata-se de uma espécie de colaboração premiada estabelecida pela Lei que trata sobre o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência, Lei nº 12.529/2011. De acordo com RAMOS (2015, p. 163):

"O acordo de leniência é um instrumento de defesa da concorrência por meio do qual um ou mais agentes que praticaram infração à ordem econômica cooperam voluntariamente com as investigações em troca de redução da pena ou até mesmo do perdão total. Trata-se de instituto equivalente à delação premiada do direito penal."

O acordo de leniência está disposto nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/11 e também nos artigos 197 a 210 do Regimento Interno do Cade, pode ser celebrado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (CADE), por meio da Superintendência-Geral com pessoas físicas e pessoas jurídicas que são autoras de crime contra a ordem econômica desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

¹⁸ Damásio Evangelista de Jesus, diz que o acordo de leniência "significa que à colaboração do autor de infrações à ordem econômica, sejam administrativas ou penais, corresponde um tratamento suave, brando, da autoridade administrativa ou judicial" (Phoenix: o órgão informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, nº 1, fev. 2001).

O programa de leniência poderá ser celebrado nos casos de infrações contra a ordem econômica, que são as condutas praticadas por pessoa física ou jurídica que cause ou possa vir a causar: a) prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; b) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; c) aumento arbitrário de lucros; ou d) exercício de forma abusiva de posição dominante. Podemos citar como exemplos de atos que podem caracterizar infração contra a ordem econômica a formação de cartel, influência de conduta uniforme, preços predatórios, fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, venda casada, abuso de posição dominante, recusa de contratar, *sham litigation* (exercício abusivo do direito de petição), etc.

No âmbito do Direito Econômico, o Regimento Interno do CADE afirma que o procedimento de leniência pode ser dividido em três etapas: I) proposta de acordo; II) fase de negociação; e III) formalização do acordo. Vale ressaltar que, quem propõe o acordo é a pessoa física ou jurídica autora da infração que, voluntariamente, manifesta seu interesse em participar do programa, indicando a conduta anticoncorrencial em relação a qual pretende celebrar acordo de leniência. Após a submissão da proposta inicial de acordo, tem início a fase de negociação propriamente dita, período no qual o proponente deverá apresentar documentos e detalhar as condutas praticadas em ofensa à ordem concorrencial. Por fim, concluída a apresentação de documentos e prestadas as informações sobre a conduta a ser apurada, inicia-se a terceira e última fase, consistente na formalização do acordo. Essa terceira fase somente será alcançada na hipótese de o CADE anuir à proposta de acordo.

Importante esclarecer que, conforme o artigo 86, § 9º, da Lei nº 12.529, o acordo de leniência nas suas duas primeiras fases (proposta e negociação) se procederá de maneira sigilosa, e caso a proposta for rejeitada e não houver acordo, ela não terá nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. Após o aceite e formalização do acordo o sigilo acaba, no entanto, há a possibilidade que o sigilo seja excepcionalmente estendido para além da proposta de acordo com base nas circunstâncias do caso concreto, desde que motivado por razões de interesse coletivo (ex. documentos que representem segredo industrial). Nesse prisma decidiu o STJ:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Ação de reparação de danos materiais proposta na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de preços em mercado relevante, na qual se requereu a

*juntada de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial. 2. No que tange à obtenção de documentos sob guarda de juízo criminal, a posterior apreciação da questão trazida sob a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e interposição de novo recurso especial resulta na perda superveniente do interesse recursal, prejudicando o julgamento do recurso especial interposto por Electrolux do Brasil S.A. 3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos. 4. **Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. 6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. 7. O dever geral de colaboração para elucidação dos fatos, imposto nos termos do art. 339 do CPC, somente é afastado por meio de regras expressas de exclusão, entre as quais o sigilo profissional calcado na necessidade precípua de manutenção da relação de confiança inerente a determinadas profissões, o que não se afigura razoável na hipótese dos autos em que a relação entre signatários do acordo e a entidade pública se vinculam por meio do exercício do poder de polícia. 8. Nos termos da Lei n. 12.529/11, art. 11, X, compete aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário. 9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial. (STJ, REsp 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016) grifo nosso.***

Importante esclarecer que existe também um acordo de leniência no qual envolve a prática de crimes contra a administração pública, nacional ou estrangeira, porém este é tratado pela Lei nº 12.846/2013 que não será objeto de estudo do presente trabalho.

4.4. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

Reconhecendo as dificuldades enfrentadas pela maioria das empresas para manter em dia todas as suas obrigações financeiras, inclusive as oriundas da legislação tributária, o Governo Federal dedica uma atenção a este setor tão importante da economia e, como forma de política econômica acaba proporcionando, através de programas de parcelamento, a renegociação de débitos tributários, com redução de juros e multa, além de um maior prazo para o adimplemento.

O parcelamento do débito tributário é uma modalidade de pagamento do crédito tributário vencido ou não vencido, em determinado número de parcelas ou prestações. Possui previsão legal no artigo 83 da Lei nº 9.430/96. Trata-se de uma hipótese de mitigação do princípio da obrigatoriedade, já que a sua formalização é realizada antes do recebimento da denúncia e acarreta na suspensão da pretensão punitiva estatal, impossibilitando, portanto, o oferecimento da exordial acusatória pelo *Parquet*.

Importante trazer à baila que o requerimento de um parcelamento implica, invariavelmente, uma confissão irretratável da dívida. Em outras palavras, pela simples leitura da lei, que nenhuma insurgência mais poderia ter o contribuinte em face do ente tributante em razão daquele tributo que ele confessou devido.

Por fim, é de se ressaltar que com o decorrer dos anos várias leis passaram a tratar do assunto, podendo-se mencionar como forma de exemplo os quatro parcelamentos especiais concedidos pelo Governo Federal desde 2000: o Programa de Recuperação Fiscal¹⁹ (REFIS), o Parcelamento Especial²⁰ (PAES), o Parcelamento Excepcional²¹ (PAEX) e o da Lei nº. 11.941/09, conhecido como REFIS-CRISE. Todos editados como forma de permitir que contribuintes em dívida com a União pudessem regularizar sua situação, com algumas vantagens.

4.5. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O termo de ajustamento de conduta está previsto no artigo 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85 e no artigo 14 da Recomendação nº 16/10 do CNMP que dispõem o seguinte:

*LACP - § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.
Recomendação 16/10. CNMP. Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados*

¹⁹ Lei nº. 9.964 de 10 de abril de 2000.

²⁰ Lei nº. 10.684 de 30 de maio de 2003

²¹ Medida Provisória nº. 303 de 29 de junho de 2006.

O compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo, e nele se contém uma obrigação de fazer ou não fazer; ele poderá ser elaborado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva (artigo 5º, I a V, da LACP), e mediante esse instrumento, o provocador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) fica obrigado a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.

Registre-se que qualquer legitimado pode celebrar TAC, sem a necessidade de autorização dos demais (a legitimação é disjuntiva). No entanto, a lei prevê responsabilidade pela má-celebração do TAC ou não fiscalização do seu cumprimento.

Com efeito, é possível que se verifique a responsabilidade do celebrante por improbidade administrativa, sem prejuízo de uma outra ACP para a reparação do dano (ou seja: um TAC mal feito, além de gerar responsabilidade do legitimado ativo, não vincula ninguém, pois o conteúdo da obrigação não pode ser objeto de transação, mas apenas a forma de cumprimento).

Acerca do termo de ajustamento de conduta, LIMA (2017, p. 236,237) expõe que:

É comum que a simples instauração de um inquérito civil ou a celebração de um termo de ajustamento de conduta resulte na solução da controvérsia, que por que a conduta lesiva nem se iniciou, quer porque os seus efeitos maléficis são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor demanda judicial. Apresenta-se o termo de ajustamento de conduta, portanto, como importante instrumento de solução extrajudicial desses conflitos. Ademais, pelo princípio da subsidiariedade, como as sanções não penais serão suspensas em virtude da celebração e cumprimento do quanto pactuado no termo de ajustamento de conduta, não se afigura razoável, a nosso juízo, cobrar responsabilidade penal pela conduta delituosa.

O objeto do compromisso de ajustamento pode tratar de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, na tutela de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui, basicamente a proteção a danos efetivos ou potenciais aos seguintes interesses: a) meio ambiente; b) consumidor; c) ordem urbanística; c) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, arqueológicos, históricos); d) ordem econômica e a economia popular; e) crianças e adolescentes; f) idosos; f) pessoas portadoras de deficiência; g) investidores no mercado de valores mobiliários; h) quaisquer outros interesses transindividuais.

No que tange aos delitos ambientais o STF se pronunciou no sentido de que nos casos de reiteração da atividade ilícita, o termo de ajustamento de conduta não pode servir como um salvo-conduto para que o ente potencialmente poluente deixe de ser fiscalizado e responsabilizado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus. II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. III - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. IV - Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d'água transfronteiriços. V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada (STF, 1ª Turma – HC: 92921/BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/08/2008. DJe 182 25/09/2008).

De maneira diversa, no âmbito do STJ, tem prevalecido o entendimento de que a assinatura do TAC não impede a instauração do processo penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal. Portanto, a assinatura do termo de ajustamento de conduta, com a reparação do dano ambiental e ulterior arquivamento do inquérito civil público são circunstâncias que não se prestam para excluir a tipicidade penal, muito menos para impossibilitar o prosseguimento da persecução penal. Vejamos os diversos julgados do STJ:

[...] A assinatura do termo de ajustamento de conduta com o órgão ambiental estadual não impede a instauração da ação penal, pois não elide a tipicidade formal das condutas imputadas ao acusado, repercutindo, na hipótese de condenação, na dosimetria da pena. (STJ, APn 888/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/05/2018, DJe 10/05/2018)

[...] A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera cível, que é independente da penal (RHC 24.499/SP - 6ª Turma - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe de 03.10.2011) [...] (RHC 31.877/TO - Relatora Ministra Laurita Vaz - Quinta Turma - julgado em 21.06.2012 - DJe de 29.06.2012).

[...] A assinatura de termo de ajustamento de conduta e a reparação do dano ambiental são circunstâncias que possuem relevo para a seara penal, a serem consideradas na hipótese de eventual condenação, não se prestando para elidir a tipicidade penal [...] (HC 187.043/RS - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - julgado em 22.03.2011 - DJe de 11.04.2011).

4.6. COLABORAÇÃO PREMIADA

O acordo de colaboração premiada é mais um instituto de natureza consensual brasileiro, com nítido viés negocial, uma vez que pressupõe o reconhecimento da culpa pelo infrator, assemelhando-se, nessa medida, ao *guilty plea* norte-americano. Sua admissão no Brasil, segundo ARAS (2018, p. 297):

[...] com conteúdo de pactuação, resulta da praxe forense, iniciada no caso Banestado, no Paraná, com base na Lei 9.807/1999 e na Lei 10.406/2002. De fato, em dezembro de 2003, foi celebrado o primeiro acordo de delação premiada no País, entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Paraná, de um lado, e Alberto Youssef, de outro, com homologação perante a Justiça Federal.

LIMA (2014, p. 513) expõe como conceito de colaboração premiada o seguinte:

[...] técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal

A lei nº 12.850/2013 trouxe várias novidades em relação à persecução penal do crime organizado e sistematizou o instituto da colaboração premiada, permitindo sua melhor aplicabilidade e demonstrando um grande avanço para nosso ordenamento jurídico. Nessa linha, PINTO (2013, p. 25) expõe:

A Lei nº 12.850/2013 altera sensivelmente esse panorama, cuidando da forma e do conteúdo da colaboração premiada, prevendo regras claras para sua adoção, prevendo a legitimidade para formulação do pedido, enfim, permitindo, de um lado, maior eficácia na apuração e combate à criminalidade organizada, sem que, de outra, se arranhem direitos e garantias asseguradas ao delator.

É um instituto por meio do qual um investigado ou acusado da prática de infração penal decide confessar a prática do delito e, além disso, aceita colaborar com a investigação ou com o processo fornecendo informações que irão ajudar, de forma efetiva, na obtenção de provas contra os demais autores dos delitos e contra a organização criminosa, na prevenção de novos crimes, na recuperação do produto ou proveito dos crimes ou na localização da vítima com integridade física preservada, recebendo o colaborador, em contrapartida, determinados benefícios penais.

A colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de provas. Trata-se de um instrumento cuja finalidade é o alcance de provas, não podendo ser confundido como um meio de prova propriamente dito, visto que a colaboração premiada por si só não prova nada. Nesse desiderato, ensina BADARÓ (2012, p. 270):

“Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”

A ferramenta da colaboração premiada possui algumas previsões embrionárias em diversos diplomas legais esparsos, podendo citar como exemplo, Lei de Proteção às Testemunhas – Lei nº 9.807/99 (arts. 13 a 15); Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006 (art. 41); Lei Antitruste – Lei nº 12.529/2011 (art. 87, parágrafo único) e etc.

Tal instituto, porém, foi abordado com maiores detalhes pela Lei nº 12.850/13 (Lei do Crime Organizado), em seus artigos 4º a 7. veio prevista como meio de prova possível na investigação. O art. 4º desse mesmo códex definiu a colaboração premiada, *in verbis*:

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.

Para que a colaboração tenha validade deve ela ser voluntária e efetiva. Voluntária, porque o colaborador não pode ter sido coagido. Importante destacar que a colaboração é considerada voluntária mesmo que a proposta não tenha partido do investigado/acusado. Isso porque não se exige que a colaboração seja espontânea, ou seja, que tenha partido do colaborador a ideia, a iniciativa. Basta que seja voluntária (que ele aceite livremente). Assim, se a polícia ou o MP propõem o acordo e este é aceito livremente pelo colaborador, esta colaboração é tida como voluntária. Efetiva, pois, somente será concedido o benefício se, com as informações fornecidas pelo colaborador, for obtido um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei.

Não se exige que o colaborador demonstre arrependimento. Sendo uma colaboração voluntária e efetiva, a concessão do benefício é devida ainda que o investigado/acusado não tenha sentimentos altruístas.

A colaboração premiada e a concessão dos benefícios dela decorrentes podem ocorrer em três momentos: a) Na fase de investigação criminal (inquérito policial ou investigação conduzida pelo MP); b) Durante o curso do processo penal (ainda que já em instância recursal); c) Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ainda, ao colaborador, poderá ser concedido os seguintes benefícios: a) não oferecimento da denúncia; b) perdão judicial; c) redução de penal (até 2/3 se antes da sentença ou até 1/2 se a colaboração ocorrer após a sentença); d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e e) progressão de regime.

Também prevê o art. 4 que quem efetivamente concede os benefícios da colaboração premiada é o magistrado, e quem tem legitimidade para propô-la é o representante do Ministério Público (a qualquer tempo) e o Delegado de Polícia (nos autos do Inquérito Policial), conforme dicção do art. 4º, § 2º, da Lei nº 12.850/13.

Toda celebração do benefício, portanto, deverá ser feito mediante um acordo entre o acusado e um dos legitimados para sua proposta (art. 4, § 6º), sempre na presença do defensor do réu (art. 4, § 15), devendo o acordo ser homologado pelo juiz (art. 4, § 7º).

Ainda, conforme lição de GRECO FILHO (2014) são três as fases de colaboração premiada: i) fase de negociação e acordo (termina com a formalização do acordo, ainda sem qualquer participação do juiz); ii) fase de homologação pelo juiz (este observará a regularidade, legalidade e voluntariedade da celebração); e iii) fase de sentença

(apreciação do mérito da colaboração premiada, e a aplicação ou não do benefício bem como a valoração de sua quantidade).

Na primeira etapa, o investigado (ou acusado), acompanhado por seu advogado, negocia o acordo de colaboração premiada com o Delegado de Polícia ou com o Ministério Público. Nos termos do art. 4º, § 6º da lei em comento, o juiz não participará, em hipótese alguma, das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração. Nesse caso, verificando-se que o magistrado participou das negociações, estaríamos diante de uma grave violação do sistema acusatório e de um enorme risco de contaminação da sua imparcialidade, levando em conta que as informações prestadas pelo eventual colaborador iriam incutir no julgador concepções sobre o próprio delator e seus comparsas. Se as negociações não culminassem com um acordo, a opinião do julgador a respeito do investigado/denunciado já estaria construída em seu psicológico considerando que teria ouvido confissões sobre os fatos criminosos.

Além disso, a simples presença do juiz da causa na tentativa de acordo poderia acarretar numa indevida coerção velada para que o investigado/acusado aceitasse eventual proposta, o que contraria a natureza do instituto já que a colaboração deve ser voluntária.

De outra banda, em relação à segunda etapa, o termo será remetido ao magistrado para homologação, no qual será analisado a regularidade (aspectos formais e procedimentais), a legalidade (se há ofensa a algum dispositivo legal) e a voluntariedade (se não houve coação) do acordo. Desse modo, nos termos do artigo 4º, § 8º da Lei nº 12.850/13, o magistrado terá três saídas: homologar o acordo ou indeferir a homologação, porque não atende aos requisitos legais ou pode adequá-la ao caso concreto.

Já na etapa derradeira, a fase da sentença, esta apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia (art. 4º, § 11). Como já mencionado, a colaboração, de acordo com o parágrafo 5º do art. 4º pode ser feita até mesmo depois da sentença, ocasião em que apenas alguns dos benefícios serão possíveis de serem concedidos (redução da pena ou progressão de regime).

4.7. ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

Conforme já exposto neste trabalho, as ferramentas de justiça consensual estão cada vez mais se incorporando ao ordenamento jurídico brasileiro para solucionar as lides penais.

O acordo de não-persecução penal, regulado pela Resolução n. 181/2017 do CNMP, é mais um instituto que abre uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, destinando-se a uma categoria de crimes não alcançados pelos institutos consensuais já existentes. Nessa linha, as considerações de LIMA (2018, p. 197):

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves.

Convém ainda expor os dizeres dispostos no preâmbulo da supracitada resolução invocada pelo CNMP:

*[...] Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;
Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desfogando os estabelecimentos prisionais [...].*

Feitas essas considerações, passemos ao passo a passo para concretização do acordo de não-persecução penal.

O aludido acordo possui previsão normativa no artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do CNMP:

“Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua

prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei no 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Possui uma série de pressupostos cumulativos para sua aplicação, sendo eles: a) existência de procedimento investigatório; b) não ser o caso de arquivamento dos autos, existindo justa causa (lastro probatório mínimo) para a denúncia-crime; c) cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa; d) o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática do crime.

Há ainda algumas condições para que o acordo seja concretizado, podendo serem estipuladas cumulativamente ou alternativamente, são elas: 1) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; 2) renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 3) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; 4) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; 5) cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

No mais, o acordo não será cabível quando: I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV - não se aplica o acordo aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina; V – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; VI – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VII – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

No que tange ao procedimento, o acordo será formalizado nos autos do Procedimento investigatório criminal (PIC) ou do Inquérito Policial (IP), com a completa qualificação do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem devolvidos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. Poderá ainda, ser celebrado o acordo no momento da audiência de custódia. Após a realização do acordo, a vítima deverá ser comunicada por qualquer meio idôneo.

Na sequência, os autos juntamente com o acordo serão encaminhados à apreciação judicial. Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. Caso o magistrado considere incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, deverá remeter os autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

No que pertine a fiscalização do cumprimento do acordo, a resolução impõe ao investigado o dever de comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. Caso o investigado descumpra alguma das condições tratadas no acordo, o membro do *Parquet* deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. Nesse esboço, SOUZA e DOWER (2018, p. 160) frisam que:

[...] não possuindo as condições fixadas na avença natureza de sanções penais, posto que são pactuadas e não impostas pelo Estado, uma vez descumprido o pacto, não há que se falar em posterior aplicação de detração, no que toca ao tempo de efetivo cumprimento parcial do acordo de não persecução penal. A perda do referido tempo é, pois, consequência natural do descumprimento, ônus da desídia e deslealdade do investigado.

Por fim, cumprido o acordo na sua integralidade, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos da aludida Resolução. Nessa linha ARAS (2018,

p. 304) assinala que “[...] o acordo de não persecução penal é um arquivamento condicional, fundado na falta de interesse de agir do Estado”.

Na mesma perspectiva, são as lições de LIMA (2018, p. 206):

Conquanto a resolução não seja explícita quanto ao fundamento para esse arquivamento, a ideia é de que, uma vez cumpridas as condições, esvazia-se o interesse processual no manejo da ação penal, tendo em conta que já estaria suficientemente satisfeita a pretensão punitiva estatal em virtude do cumprimento das obrigações a que se sujeitou o investigado.

Importante destacar que atualmente há duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade pendentes de julgamento por parte do Pretório Excelso, ambas possuindo como relator o Min. Ricardo Lewandowski. Sendo elas a ADI nº 5790 promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros -AMB e a ADI nº 5793, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sob essa ótica, a ADI nº 5790 pugna pelo reconhecimento parcial da inconstitucionalidade da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, enquanto a ADI nº 5793 requer seja a referida resolução declarada inconstitucional em sua totalidade.

Diante de toda essa discussão acerca da legalidade da Resolução Nº 181/2017, o CNMP editou uma nova resolução, alterando substancialmente a redação da anterior, sobrevivendo a Resolução Nº 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público

Nesse novo ato normativo, conforme expôs Associação dos Magistrados Brasileiros, dirimiu algumas máculas carregadas pelo ato passado, mas ainda resta incutido de supostas inconstitucionalidades e ilegalidades, razão pela qual tanto a AMB, quanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e ainda a Câmara dos Deputados, mantiveram os seus posicionamentos adversos ao acolhimento desta norma. Ademais, as duas primeiras instituições, aditaram suas petições, considerando os aperfeiçoamentos, sem, no entanto, alterar o pedido de inconstitucionalidade.

4.7.1. Fundamentos favoráveis à constitucionalidade do acordo

No âmbito doutrinário, há diversos autores como Lima, Aras, Cabral, Barros dentre outros, que acompanham o Conselho Nacional do Ministério Público, defendendo a

constitucionalidade do ato normativo e argumentando favoravelmente pela aplicação do acordo de não persecução penal.

Os principais discursos quanto à constitucionalidade da Resolução, giram em torno de que o acordo de não persecução não possui natureza processual penal ou de direito penal, como também não viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública pelo Ministério Público, e ainda se discute a força normativa de resoluções originadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

CABRAL (2018, p. 28) firma as seguintes justificativas que, de acordo com sua opinião, sustentam a constitucionalidade do ato normativo:

- 1ª) As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público ostentam caráter normativo primário, com atos de comando abstrato, que vinculam seus membros.*
- 2ª) O acordo de não persecução penal não é matéria de natureza processual.*
- 3ª) O acordo de não persecução penal não é matéria de natureza penal.*
- 4ª) O acordo de não persecução penal veicula matéria de política criminal realizada pelo titular da ação penal, o Ministério Público.*

O artigo 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, trata sobre o poder de regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público:

- Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:*
- §2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:*
- I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência ou recomendar providências.*

CABRAL (2018, p. 30) ainda expõe que o CNMP, ao editar a Resolução nº 181/2017, somente confirmou a aplicação efetiva dos princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade, celeridade e o princípio do acusatório. E, agindo dessa forma, o Conselho estava apenas corroborando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange às resoluções do CNJ e CNMP, quando fixou a tese de que as normas advindas do CNJ e as emanadas do CNMP são atos normativos primários, ou seja, autônomos, abstratos e subordinados diretamente às normas constitucionais. Desse modo, os citados atos equivalem a normas federais, como acontece com as Resoluções advindas da Justiça Eleitoral (ADC n. 12).

Em informações enviadas ao STF, o CNMP, inicialmente, esclarece que o acordo de não-persecução penal “[...] é uma resposta institucional que atende ao que o próprio Supremo Tribunal Federal tem indicado como necessário ao enfrentamento da crise do sistema de justiça criminal brasileiro” (ADI 5790, p. 21)²².

Passando adiante, versando sobre o segundo ponto de defesa da constitucionalidade do acordo, tem-se que este não versou sobre matéria de direito penal ou processual penal, mas sim acerca de matéria de política criminal, tratando efetivamente do exercício do poder-dever de ação penal, que é tarefa constitucional atribuída ao Ministério Público. Nessa linha, é o posicionamento de CABRAL (2018, p. 32):

[...] é possível afirmar que a regulamentação do acordo, pelo art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, não envolve matéria de direito processual, vez que não há o exercício da pretensão punitiva por meio de denúncia, não há propriamente partes, não há exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância do contraditório e ampla defesa. Em suma: não há processo penal.

Ainda, os adeptos da constitucionalidade da Resolução expõem que o acordo de não-persecução penal não se refere ao exercício do poder de punir do Estado. Em outras palavras, o aludido instituto não visa a aplicação de verdadeira pena ao infrator, levando em conta os comandos constitucionais que dispõem sobre a inafastabilidade da jurisdicionalidade da pena que só poderá ser aplicada por meio de processo. Nesse trilhar, o CNMP (Documento eletrônico 28, ADI 5790, p. 27) expõe que as medidas repressivas impostas ao infrator previstas no ato normativo, são consideradas como medidas similares a pena, portanto, não podendo serem comparadas com as penas em sentido estrito:

O próprio Supremo Tribunal Federal quando se cuida de medidas alternativas, reconhece que medidas de responsabilização podem assumir a similitude de pena, mas nem por isso serão pena no seu sentido mais estrito. É o que se reconheceu, por exemplo, nos HHCC 108.103, 108.927 e 106.115, todos do STF, entre outros, referentes às condições impostas pelo juízo nos acordos de suspensão condicional do processo. Guardam similitude na sua exteriorização, mas essas medidas não são penas. Sua aproximação com as penas alternativas guarda justificativa justamente na necessidade de que, ainda que por meio alternativo ao sistema de justiça criminal, se busque responsabilização do investigado confesso que entenda por bem em não litigar por meio de processo penal.

Sob a mesma perspectiva dos argumentos lançados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, CABRAL (2018, p. 34) aduz que a Resolução não impõe penas, tão só

²² Documento eletrônico n. 28. ADI 5790. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>>. Acesso em 07 ago. 2019.

elencar direitos e obrigações de natureza negocial. Há o poder de escolha do investigado em aceitar ou não o acordo para submeter-se às obrigações expostas, não existindo a obrigatoriedade de aceitação do acordo ou de cumprimento forçado. Desse modo, ao cumprir os deveres estipulados no acordo, não estaria o investigado cumprindo pena, visto que ausente uma das características fundamentais da sanção pena, qual seja, a sua imperatividade.

Mais adiante, assegura os defensores da constitucionalidade do acordo que este não pode ser confundido como meio de obtenção de prova, como ocorre no acordo de colaboração premiada, visto que, conforme exposto pelo CNMP na ADC nº 5790, a confissão prevista no instituto se assemelha à confissão realizada sede pré-processual dos processos penais. Tanto é que ela “[...] não poderá se prestar unicamente como elemento suficiente para a formação do juízo de culpabilidade em eventual ação penal a ser ofertada contra o investigado, em caso de acordo frustrado” (Documento eletrônico n. 28, ADI 5790, p. 28).

Diante do exposto, poder-se-ia dizer que o acordo de não-persecução penal não possui natureza penal ou processual penal, não havendo se falar em violação do artigo 22, I, da CF.

Prosseguindo, o CNMP explana que a função institucional do Ministério Público de promover privativamente a ação penal pública deve ser tratada de forma mais flexível “[...] especialmente naqueles casos em que alcançado, por meio alternativo, o atendimento às razões que justificam a própria promoção da persecução penal em juízo” (Documento eletrônico n. 28, ADI 5790, p. 22). Nessa vereda, ressaltou ainda o CNMP que o cumprimento integral das condições estabelecidas no acordo enseja o arquivamento da investigação, por ausência de interesse de agir que justifique a promoção de ação penal pública, e ainda destacou:

[...] se o acordo de não-persecução penal (se cabível e se devidamente cumprido) autoriza o esvaziamento do interesse processual que informa o exercício da ação penal, afirmar a ausência de controle sobre o acordo implicaria reconhecer a ausência de controle sobre toda e qualquer hipótese de arquivamento da investigação pelo Ministério Público. E isso por óbvio, não é verdadeiro. Veja-se que, dado o conteúdo publicístico do processo penal pátrio, a legislação processual não cuida de indicar as hipóteses em que a investigação preliminar, seja por inquérito policial, seja pelo procedimento investigatório criminal do MP ou qualquer meio que faça as vezes do inquérito policial, deva ser arquivada. Ao contrário: a legislação processual penal cuida de indicar as hipóteses em que o exercício da ação penal se mostra inviável (Documento eletrônico n. 28, ADI 5790, p. 23).

Ainda, no que tange à questão do controle jurisdicional, asseverou o CNMP no bojo da ADI 5790:

[...] não há ausência de controle jurisdicional sobre o acordo de não-persecução penal, pois a consequência do acordo de não-persecução penal bem-sucedido será a promoção de arquivamento do apuratório. E essa promoção, na forma do que prevê o art. 28 do CPP, há de passar pelo crivo jurisdicional, cujo mister se refere ao anômalo papel de fiscal da obrigatoriedade do exercício da ação penal pelo Ministério Público.

Igualmente, se o acordo se mostrar ilegal, incabível ou abusivo, incumbirá ao juiz, no exercício de seu mister anômalo de fiscal da obrigatoriedade da ação penal, ou mesmo ao órgão revisional respectivo da atuação do membro do Ministério Público realizar a revisão do ato indevido realizado pelo membro do Ministério Público que celebre o acordo indevidamente (Documento eletrônico n. 28, ADI 5790, p. 25).

Desse modo, o arquivamento do acordo de não-persecução penal é condicionado ao cumprimento das obrigações não penais estipuladas ao investigado, levando como fundamento o artigo 28, do CPP. Por seu turno, LIMA (2018, p. 201) afirma:

[...] ainda que se queira negar que as Resoluções do CNMP sejam dotadas de caráter normativo primário, não teria havido, por parte do art. 18 do Provimento n. 181 do CNMP, nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da própria legislação infraconstitucional, numa interpretação teleológica de diversos dispositivos que conferem validade à celebração desse negócio jurídico extrajudicial, como, por exemplo, o art. 28 do CPP, que faz referência às razões invocadas para o arquivamento do inquérito, mas não explicita quais razões justificam o não oferecimento da denúncia, o artigo 6º do novo CPC, que versa sobre o princípio da cooperação entre todos os sujeitos do processo para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, assim como os arts. 76 (transação penal) e 89 (suspensão condicional do processo) da Lei n. 9.099/95 e o art. 4º da Lei n. 12.850/13 (colaboração premiada).

Indo além, os favoráveis ao acordo de não-persecução penal defendem que a temática tratada na Resolução é, na verdade, relacionada à política criminal brasileira. ARAS (2018, p. 287), expõe o seguinte entendimento:

O Ministério Público brasileiro é, assim, um promotor da política criminal do Estado. Não é mero espectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado, tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução criminal em juízo, ou se, diante da franquia do art. 129, inciso I, da Constituição, combinado com o art. 28 do CPP, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializando a pretensão punitiva. Entre essas soluções estão a opção pela Justiça Restaurativa ou pelos acordos penais

O *Parquet*, na qualidade de agente políticos, deve procurar medidas alternativas e mais céleres para os casos de prática delitiva de baixa e média lesividade, selecionando,

para o exercício tradicional da persecução penal, somente os casos que possuem maior importância dentro da política criminal adotada pelo Ministério Público. (LIMA 2018)

Roborando o assunto, “[...] uma das principais funções de uma política criminal institucional é justamente servir de instrumento de combate aos voluntarismos individuais que acabam por desagregar a unicidade do direito e a segurança jurídica” (SOUZA e DOWER 2018, p. 129).

Em conclusão, no âmbito das informações prestadas ao STF, o CNMP enunciou:

Como se vê, pois, a compreensão sistemática da Resolução CNMP n. 181/2017 não deixa margem para dúvidas: a regulamentação do poder investigatório do Ministério Público observa estritamente ao que dispõem as leis específicas sobre o tema e, principalmente, ao que tem decidido o Col. STF pós-Constituição de 1988. Além disso, a (melhor) conformação do exercício da ação penal, por meio do acordo de não-persecução penal, assegura transparência, critérios claros e instrumentos de controle para o exercício do poder-dever do Ministério Público substanciado na promoção da ação penal em juízo. Desse modo, a conclusão pela adequação da Resolução em face do texto constitucional mostra-se medida de rigor e, permita-se, até mesmo desejável para o aprimoramento do sistema de justiça criminal e suas respectivas instituições. (Documento eletrônico n. 28, ADI 5790, p. 29-30).

4.7.2. Razões para a inconstitucionalidade do acordo

Não obstante a todos os argumentos favoráveis à constitucionalidade do acordo de não-persecução penal, a Resolução nº 181/2017 que instituiu o aludido negócio extrajudicial é alvo de diversas críticas por parte da doutrina e, inclusive, de membros do próprio Ministério Público. Desse modo, passaremos a tratar na sequência, as observações e argumentos trazidos por aqueles que defendem à inconstitucionalidade do ato normativo em comento.

Os principais argumentos contra a aprovação do acordo de não-persecução penal, em linhas gerais, se referem à: a) ausência de competência por parte do Conselho Nacional do Ministério Público para editar uma norma com o teor da Resolução supramencionada; b) agressão à distribuição de competências legislativas estabelecidas pela Constituição Federal, visto que trata sobre matérias de direito penal e/ou processual penal, competências privativas da União definidas pelo artigo 22 da Carta Magna; c) ausência de processo legislativo prévio, bem como não pode um ato normativo do CNMP estabelecer obrigações a outros órgãos; d) impossibilidade da medida provisória versar sobre direito processual ou penal, logo, não seria igualmente possível por um ato administrativo como o CNMP.

As duas ações diretas de inconstitucionalidade, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI n. 5793) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI n. 5790), contra as disposições da Resolução n. 181/2017 do CNMP.

Lançam como principal argumento para inconstitucionalidade do acordo de não-persecução penal a sua inauguração por meio de Resolução do CNMP e não por lei em sentido formal, o que acaba extrapolando o seu poder regulamentar ao tratar de matérias de competência legislativa privativa da União, conforme o disposto no artigo 22, I, da CF. Nesse diapasão, o Conselho Federal da OAB na ADI 5793 dispõe que a inconstitucionalidade da Resolução está evidenciada por “[...] violação ao princípio da reserva legal, por extrapolação do poder constitucional regulamentar (art. 130-A, §2º, I, da CF) e, por usurpação de competência privativa da União (art. 22, I, da CF)”.

Apesar de não ser a sua posição, Lima (2018, p. 199) menciona os argumentos lançados pela inconstitucionalidade do artigo 18, da Resolução nº 181/2017, do CNMP:

Também não se pode admitir o uso da analogia com a Resolução n. 213 do CNJ, responsável pela implantação da audiência de custódia, com fundamento para legitimar o poder legiferante do CNMP. Como decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 5.240/SP (Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/08/2015), referida resolução seria incompatível com os princípios da legalidade e da reserva de lei federal matéria processual penal [...] pelo fato de simplesmente regulamentar o que já estaria previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §5º), dotada de status normativo supralegal, e do próprio CPP, cujo art. 656 prevê a possibilidade de apresentação do paciente preso em dia e hora a ser designada pela autoridade judiciária. Tal raciocínio não seria válido para o acordo de não-persecução penal, porquanto, nesse caso, não haveria previsão convencional nem tampouco infraconstitucional explícita. Enfim, pelo menos enquanto o acordo de não-persecução penal não for objeto de lei em sentido formal, não se pode admitir sua celebração com base em mera Resolução do CNMP.

As críticas não param por aí, o Conselho Federal da OAB na aludida ADI, questiona também a questão da não submissão do acordo de não-persecução penal para a homologação pelo Poder Judiciário. BRANDALISE e ANDRADE (2018, p. 225) também entendem que a falta de homologação judicial prévia é considerado um problema e expõem as seguintes indagações:

*Ao fazer a apreciação do pedido de arquivamento, o juiz constata que o fato típico não era de furto, mas de roubo. Ou, então, percebe a presença de uma causa de não admissão dos acordos, nos termos dos incisos do §1º do artigo 18 aqui estudado. Como a Resolução resolve isto? Afinal:
a) pode haver a revisão dos pressupostos de existência e de validade de um acordo já cumprido, sendo que o próprio Ministério Público deu causa a ele (artigo 565 do Código de Processo Penal)?;*

b) caso seja possível, como serão tratadas, futuramente, as condições integralmente cumpridas?

Desse modo, conforme exposto pelo Conselho Federal da OAB, indispensável seria a apreciação e homologação judicial do acordo de não-persecução penal, visto que o Juiz poderia analisar de início o preenchimento dos requisitos estabelecidos, evitando-se um possível cumprimento de acordo sem nenhuma eficácia jurídica em razão de vícios insanáveis, fato esse que acabaria ferindo o princípio da segurança jurídica, encampado no artigo 5º da CF.

Mais adiante, critica-se a prerrogativa concedida ao *Parquet* de ser o responsável por fiscalizar o cumprimento do que restar acordado, pois, sendo ele o órgão acusador, ou melhor ainda, sendo ele a própria parte do negócio jurídico, não teria a imparcialidade necessária para apreciar os motivos de eventual descumprimento das medidas impostas ao investigado.

Acrescenta ainda, que a Resolução acarreta na concentração de poderes ao Ministério Público, visto que, no mesmo momento que realiza a investigação, o *Parquet* também estabelece as penalidades no bojo de um eventual acordo. À vista disso, ao celebrar o acordo, estaria o órgão ministerial desempenhando o papel de acusador e de julgador, fato esse que acarretaria numa prática típica do sistema inquisitorial, não recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além da inconstitucionalidade formal do artigo 18 da Resolução n. 181/2017, a AMB na ADI nº 5790 sustenta que haveria inconstitucionalidade material do referido dispositivo, por ofensa a incisos do artigo 5º da CRFB/1988, na medida em que o acordo de não-persecução penal:

- 1. Viola o inciso XXV ao excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão de direitos do acusado, porque o MP estará impondo sanções de forma exclusiva em procedimento próprio com a “exclusão” do Poder Judiciário.*
- 2. Viola o inciso LIII porque os acusados estarão sendo processados e sentenciados por autoridade incompetente, na medida em que as restrições à liberdade ou aos bens estará sendo imposta por membro do MP e não pelo Poder Judiciário.*
- 3. Viola o inciso LIV porque os acusados estarão sendo privados da liberdade ou de seus bens, sem observância do devido processo legal.*
- 4. Viola o inciso LV, porque não estará sendo dado aos acusados o contraditório e a ampla defesa, porque o procedimento tramitará no órgão acusador, parcial por excelência, e não no Poder Judiciário.*
- 5. Viola o inciso LVI porque a imposição de confissão para obter o benefício, fora das hipóteses legais, configura obtenção da prova por meio do MP de forma ilícita.*
- 6. Viola o inciso LXI porque uma das hipóteses de sanção pressupõe restrição da liberdade, o que vem a ser uma modalidade de prisão, imposta pelo MP e não pelo Poder Judiciário.*

7. Viola o inciso LXV porque diante da imposição de sanção que pressupõe restrição da liberdade, não estará sendo comunicada a autoridade judiciária. Documento eletrônico n. 1 (p.28-29).

Por fim, argumentam que a Resolução acarreta em sérias ofensas aos princípios da imparcialidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

4.8. INDAGAÇÕES PONTUAIS ESCLARECIDAS POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.8.1. Dr. Antônio Henrique Samponi Barreiros

Neste cenário, foram realizadas questões ao doutor Antônio Henrique Samponi Barreiros, 7º Promotor de Justiça da Comarca de Assis com atribuição em processos da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal e da 2ª Vara Criminal desta Comarca.

Indagado sobre os potenciais avanços ou retrocessos da adoção da justiça criminal consensual no ordenamento jurídico Brasileiro, aduziu *“Nossa experiência hoje sobre a justiça consensual está praticamente inserida no âmbito do Juizado Especial Criminal, onde se possibilita a transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo, substituindo a pena corporal, por medidas restritivas de direito. O que se percebe como maior vantagem nesse sistema é a celeridade na solução do conflito e o desafogamento do judiciário. Como retrocesso poderíamos pensar na volta de um sistema inquisitorial em que um suposto autor de um crime, diante de meros indícios, com receio de se ver condenado à prisão aceitasse uma transação mesmo não considerando ser culpado pelo crime. Mas não sei se há retrocessos”*.

Questionado se, na prática, os modelos de justiça criminal negociada têm funcionado de forma eficiente, obtemperou que *“No meu ponto de vista sim. Acredito que a ampliação da justiça consensual poderia agilizar em muito o sistema criminal, como acontece no direito Norte Americano. Como dizia Rui Barbosa “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”*”.

No tocante a opinião do Ilustre Promotor de Justiça sobre a adoção do acordo de não-persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro e a respeito de sua (in)constitucionalidade, explanou que *“Como já expus ser a favor da justiça criminal*

consensual, penso que o acordo de não persecução penal como previsto na Resolução do CNMP alcança o objetivo de solucionar o conflito de forma célere, deixando as questões criminais mais graves e importantes para o judiciário. No entanto, na minha opinião a relação do CNMP é inconstitucional, pois não vejo tal acordo como política criminal, mas sim como regras de Direito Processual e, portanto, só poderiam ser disciplinados por lei federal. Acredito que será o caminho. Pois a evolução da sociedade globalizada demanda uma justiça criminal célere, simples e eficiente, o que poderia ser atingido com o acordo de não persecução penal.”

4.8.2. Dr. Fernando Fernandes Fraga

Em continuidade, também se obteve a opinião do doutor Fernando Fernandes Fraga, 8º Promotor de Justiça da Comarca de Assis com atribuição em processos da 3ª Vara Criminal, Tribunal do Júri, Patrimônio Público e Ações Populares desta Comarca.

Foi questionado somente sobre os eventuais avanços ou retrocessos da adoção da justiça criminal negociada no ordenamento jurídico Brasileiro, o Excelentíssimo Promotor relatou que *“A justiça consensual criminal representa o futuro do processo penal brasileiro, equiparando-o aos sistemas processuais penais mais avançados do mundo. Tem como potencial avanço conferir eficiência a um sistema que, dia após dia, revela-se demasiadamente burocrático, permitindo que o autor de fato criminoso que preencha os requisitos previstos em lei, devidamente assistido por seu defensor, negocie com o autor da ação penal a qualidade e a quantidade de pena que entende seja justa em virtude da conduta por ele confessada formalmente. A eficiência acima destacada representa, em verdade, conferir maior celeridade à aplicação da lei penal, sem desapego aos parâmetros que garantem ao acusado o devido processo legal e o direito à defesa, evitando-se sobrecarga ao Judiciário. Como consequência, conferir-se-á maior grau de efetividade à sanção penal, potencializando a função de prevenção geral da pena. Respeitados o devido processo legal e a ampla defesa, não vislumbro retrocesso na aplicação da justiça penal negociada.”*

5. CONCLUSÃO

Ao chegarmos à conclusão do presente trabalho, deve-se analisar que a regra, em um Estado Democrático de Direito, é a jurisdicionalização da pena, isto é, para que o Estado possa aplicar sanções de natureza penal ao indivíduo, é indispensável a instauração de ação penal com todas as garantias a ela inerentes. Não se pode esquecer, no entanto, que o processo penal é instrumento que tem por finalidade atender ao interesse público, qual seja, a restauração da harmonia social abalada pela prática delitiva.

Diante da atual situação da justiça criminal brasileira, onde há um enorme volume de processos em trâmite que demoram anos e anos para serem dirimidos, acredita-se ser evidente a necessidade de uma busca por caminhos inéditos para o sistema criminal do país. Os métodos utilizados atualmente estão em processo de obsolescência, inclusive tendo em conta a proposta de reinserção social como política criminal principal no país, que na prática não vem acontecendo.

A adoção de métodos consensuais para resolução de conflitos penais, conforme exposto ao longo desta pesquisa, é uma prática vista com cuidado no ordenamento pátrio, por esse motivo, desde a sua instituição, o acordo de não-persecução penal tem sido objeto de grandes discussões no campo jurídico-penal brasileiro.

No entanto, não se pode perder de vista que o princípio da obrigatoriedade é dominante no processo penal brasileiro, sendo necessário reconhecer que há, com o acordo de não persecução, uma opção pelo princípio da oportunidade. Contudo, ressalta-se que não se está defendendo o acordo como ele se coloca hoje.

Acolhe-se muito mais a ideia, as propostas, pretendendo os benefícios futuros, mas se reconhece que é necessário ter o devido processo legislativo, o qual, inclusive, não deve ser vagaroso, como acontece por muitas vezes, haja vista já existir um texto legal praticamente pronto para auxiliar nos debates, qual seja a Resolução nº 181/2017.

Percebe-se, portanto, a falha quanto ao modo de inserção da atual norma. Acredita-se, a bem do rigor, ser conveniente para a evolução do sistema penal brasileiro que exista o devido processo legislativo, com o fito de que seja introduzida da maneira correta esse modelo de solução consensual dos conflitos criminais no Brasil.

Evidentemente, é primordial a comparação com os experimentos de outros países, para que possamos estar cientes de que em outras nações as formas de justiça consensual tiveram sucesso na seara criminal, ocasionando em mudanças positivas nos contextos desses países.

Ademais, insta ressaltar que o presente trabalho é favorável à flexibilização do princípio da obrigatoriedade, sendo este mitigado nos casos em que se possa optar, com base na adequação funcional do direito penal, pelo princípio da oportunidade, não deve restar dúvidas quanto a isso. Na verdade, tal escolha vem se mostrando tendência no que se refere ao direito penal em sistemas jurídicos mundo afora, em países como Estados Unidos e Itália.

De outra banda, verifica-se que um sistema de persecução penal rígido que leva grande parte dos comportamentos criminosos à juízo, pela via processual, se mostra incapaz, diante da falta de recursos financeiros e humanos suficientes para sanar, de forma eficaz, todos os fatos submetidos à apreciação judicial.

Na verdade, o crescimento da criminalidade e a sensação de impunidade decorrente da incapacidade dos órgãos estatais para solucionar de forma eficaz, sobretudo, os casos de maior gravidade, demonstra a falha na adoção do modelo tradicional de resolução de conflitos penais para persecução da grande variedade de condutas tipificadas como crime no Brasil.

E temos a superlotação, que ocasiona na dificuldade da capacidade de gerenciamento, a incapacidade de administrar acarreta na formação de milícias, no domínio das cadeias pelos próprios presos, que muitas vezes sequer deveriam estar ali, em ambientes deploráveis, sem qualquer condição digna para seres humanos, porque a liberdade lhes foi tolhida como contraprestação por atos ilícitos cometidos, mas não se perde a humanidade.

Ao invés de reinserir pessoas na sociedade, aptas ao convívio mesmo após terem cometido atos criminosos, criam-se instituições para formação de delinquentes. A população carcerária só aumenta e a violência não diminui. Não é por falta de rigor legal. É questão de reconhecer que nosso sistema falhou e se deve buscar novas alternativas para solucionar tudo isso.

6. REFERÊNCIAS

- ALVES, Jamil Chaim. *Justiça Consensual e Plea Bargaining*. Salvador: Juspodvim, 2018.
- ARAS, Vladimir. *Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado*. 2ª. Salvador: Juspodvim, 2018.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal / Norberto Avena*. 9ª. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense e Método, 2017.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. São Paulo : Método , 2012.
- . *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª. Revista dos Tribunais, 2015.
- Bernardes, Juliano e Ferreira, Olavo. *Direito Constitucional – Tomo II – Direito constitucional positivo*. 7ª. Bahia: jusPODVIM, 2019.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva, e Mauro Fonseca. ANDRADE. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério*. Porto Alegre: Livraria do Advogado , 2018.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15ª. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal — promotor natural: atribuição e conflito*. Guanabara Koogan, 2001.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*. 2ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar , 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal. Direito Alternativo*. In: *Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, 1994.

- CUNHA, Rogério Sanches. *Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo*. Salvador : Juspodvim, 2018.
- FELÍCIO, Carlos Eduardo. *Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública*. Clube dos Autores , 2013.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FREIRE JR., Américo Bedê. *Acordo de Não Persecução Penal: permissões e vedações*. Salvador: Juspodvim, 2018.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições, e regime jurídico*. São Paulo: Saraiva , 2017.
- GARCIA, Pablo de Molina e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais , 2007.
- GAZOTO, Luís Wanderley. *Exercício da Ação Penal Pública no Brasil, EUA e Europa: Legalidade, Accountability e Política Criminal*. 17 de novembro de 2016. <https://sites.google.com/site/luiswanderleygazoto/exercicio-da-ao-penal-pblica-no-brasil-eua-e-europa> (acesso em 2019 de julho de 29).
- . *Princípio da Não-obrigatoriedade da Ação Penal Pública*. Barueri: Manole, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio. *Mais juízes, mais servidores e mais morosidade! Revista Jus Navigandi*. 26 de outubro de 2011. <https://jus.com.br/artigos/20313/mais-juizes-mais-servidores-e-mais-morosidade> (acesso em 2019 de julho de 29).
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Impetus, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrine. *Teoria Geral do Processo*. 14ª. São Paulo: Malheiros, 1998.
- JACCOULD, Myléne. *Princípios, Tendências E Procedimentos Que Cercam A Justiça Restaurativa*. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). Brasília, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- . *Empório do Direito* . setembro de 2016. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/um-debate-atual-os-principios-da-obrigatoriedade-e-da-oportunidade-do-exercicio-da>

acao-penal-publica-propostas-para-disciplinar-a-discrecionalidade-do-ministerio-publico-caso-seja-adoptado-o-principio-da-oportunida (acesso em 29 de julho de 2019).

JESUS, Damásio de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Tese de Doutorado*. São Paulo: Banco de Teses USP, 2009.

Lenza, Pedro. *Direito constitucional esquematizado/ Pedro Lenza*. 23ª. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador : Juspodvim, 2014.

—. *Manual de processo penal*. Vol. volume único. Salvador: JusPodvim, 2017.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9ª. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr*. 15ª. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Sistemas de Investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória)*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I. Campinas, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo : Saraiva , 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª. São Paulo: Atlas, 2006.

- MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Revista Doutrinária TRF4*. 29 de agosto de 2014. http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Rafael_Moreira.html (acesso em 29 de Julho de 2019).
- MUBARAK, Danielle Dutervil, e Bruna Khede Rodrigues da. COSTA. 4 de julho de 2011. <https://jus.com.br/artigos/19466> (acesso em 29 de julho de 2019).
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: RT , 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- . *Provas no Processo Penal* . São Paulo: RT, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. . 13ª edição, : Forense, 2016. *Código de Processo Penal*. 16ª. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas , 2015.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19ª. São Paulo: Atlas, 2015.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* Brasília : C. Slakmon, R. De Vitto, R. Gomes Pinto (org.), 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- . *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2ª. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- RANGEL, Paulo. L. *Direito Processual Penal*. São Paulo : Atlas S.A. , 2015.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2007.
- TÁVORA, Nestor, e Rosmar Rodrigues ALENCAR. *Curso de Direito Processual Penal*. 10ª. Salvador: Juspodvim, 2015.
- TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18ª. São Paulo: Saraiva, 1997.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

7. ANEXOS

Eu Fernando Fernandes Fraga autorizo a disponibilização da presente entrevista, contida no trabalho de conclusão de curso intitulado de "Princípio da Obrigatoriedade e Justiça Consensual Criminal no Brasil", apresentado pelo aluno Mateus Silva Oliveira para fins didáticos, no Acervo Digital da Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Fernando Fernandes Fraga
Promotor de Justiça

Eu Antônio Henrique Samponi autorizo a disponibilização da presente entrevista, contida no trabalho de conclusão de curso intitulado de "Princípio da Obrigatoriedade e Justiça Consensual Criminal no Brasil", apresentado pelo aluno Mateus Silva Oliveira para fins didáticos, no Acervo Digital da Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Antônio Henrique Samponi Barreiros
Promotor de Justiça