

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ISABELLA CONCEIÇÃO APARECIDA ALVES OLIVEIRA ROSA

Monografia

**A OBRIGATORIEDADE (MITIGADA) NA NEGOCIAÇÃO PENAL:
UMA LEITURA PRINCIPIOLÓGICA À LUZ DO PROCESSO PENAL
CONSTITUCIONAL**

OURO PRETO - MG

2020

ISABELLA CONCEIÇÃO APARECIDA ALVES OLIVEIRA ROSA

**A OBRIGATORIEDADE (MITIGADA) NA NEGOCIAÇÃO PENAL:
UMA LEITURA PRINCIPIOLÓGICA À LUZ DO PROCESSO PENAL
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto como requisito
parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Prof. Luiz Henrique Manoel da Costa

OURO PRETO - MG

2020



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Isabella Conceição Aparecida Alves Oliveira Rosa

A obrigatoriedade (mitigada) na negociação penal: uma leitura principiológica à luz do processo penal constitucional

Membros da banca

Luiz Henrique Manoel da Costa - especialização - UFOP
Edvaldo Costa Pereira Jr - mestre - UFOP
Federico Nunes de Matos - doutor - UFOP

Versão final

Aprovado em 19 de novembro de 2020

De acordo

Professor (a) Orientador (a)



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Henrique Manoel da Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 22/11/2020, às 10:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0105065** e o código CRC **78E51FFB**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.008847/2020-81

SEI nº 0105065

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer e dedicar esta dissertação àqueles que tornaram o meu sonho possível:

Primeiramente, agradeço a Deus, que me abriu as portas necessárias para fazer este momento acontecer.

Agradeço a toda minha família pelo amor, incentivo, força e apoio incondicional. Sobretudo, sou grata aos meus pais, sem os quais eu nada seria.

Aos meus amigos, por serem meu pedaço de terra firme sempre que precisei.

Agradeço, ainda, a todos os meus professores que tanto me ensinaram durante a minha graduação, me ajudando a me tornar uma profissional com caráter e com sede de um mundo melhor e justo. Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Luiz Henrique Manoel da Costa, pela oportunidade, confiança, e todo o suporte e apoio depositados em mim durante o processo de construção desta monografia.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo analisar, em perspectiva evolutiva, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que determina o poder-dever do Ministério Público de iniciar a ação penal quando presentes os seus requisitos, no marco do processo penal constitucional. Em um contexto pré-Constituição de 1988, o Poder Judiciário e o Ministério Público, assim como as leis (processuais) penais brasileiras, surgiram e evoluíram em uma sociedade cujos valores e preceitos em muito se diferenciam dos atuais. O Código de Processo Penal, criado em 1941, em um regime ditatorial, permanece vigente até os dias de hoje, não obstante a mudança de paradigma social trazida pela Constituição Cidadã. Quando de sua criação, foi influenciado pelo dogma da obrigatoriedade da ação penal pelo órgão do Ministério Público. Este órgão, por sua vez, era representante do Governo. Assim, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, trazendo o princípio democrático, o devido processo legal, o princípio acusatório, dentre outros princípios protetivos do indivíduo, a releitura do CPP/41 e, por conseguinte, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, se fazem necessários. A CRFB/88, além de romper com os paradigmas inquisitórios, colocou o Ministério Público como defensor da sociedade e também abriu espaço para o juizado especial criminal. Assim, cumpre analisar a compatibilidade constitucional dos institutos criados pelo legislador ordinário com os contornos constitucionais do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Palavras chave: Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública; Processo Penal Constitucional; Justiça Penal Consensual.

ABSTRACT

The present work had as objective to analyze, in an evolutionary perspective, the principle of the mandatory public criminal action, which determines the power-duty of the public prosecutor to initiate the criminal action when its requirements are present, within the framework of constitutional criminal proceedings. In a 1988 pre-constitutional context, the Judiciary and the Public Ministry, as the Brazilian (processual) criminal laws, emerged and evolved in a society which values and precepts were very different of the current ones. The code of Criminal Procedure, created in 1941, in a dictatorial period, remains in force until nowadays, despite the change of social paradigm that the “Constituição Cidadã” brought. When it was created, it was influenced by the dogma of the mandatory public criminal action for the Public Ministry institution. That institution, for its turn, was the government representant. That way, with the promulgation of the Constitution of Federative Republic of Brazil, in 1988, bringing the democratic principle, the due process of law, the accusatory principle, among others individual protectives principles, the rereading of the CPP/41, and, therefore, of the principle of the mandatory public criminal action, are necessary. The Constitution of 1988, in addition to breaking with the inquisitorial paradigms, placed the Public Ministry as a defender of Society and also opened space for the Special Criminal Court. Thus, it is necessary to analyze the constitutional compatibility of the institutes created by the ordinary legislator with the constitutional contours of the principle of mandatory criminal action.

Key-words: Principle of Mandatory Public Criminal Action; Constitutional Criminal Proceedings; Consensual Criminal Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art(s). – Artigo(s)

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CP/40 – Código Penal de 1940

CPCPI – Código de Processo Criminal de Primeira Instância

CPP/41 – Código de Processo Penal de 1941

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Dr. – Doutor

Inc. - Inciso

JECrim – Juizado Especial Criminal

MP – Ministério Público

Nº - Número

p. - Página

P.U – Parágrafo único

Prof. – Professor

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA	9
2.1 AÇÃO PENAL PÚBLICA	9
2.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL.....	11
2.2.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	11
2.2.1.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.....	13
2.2.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL	15
2.3 OPORTUNIDADE DA AÇÃO PENAL	19
3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	22
3.1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....	22
3.1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES	23
3.2 ABERTURA DE PORTAS PARA A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NA CRFB/88.	26
4. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....	30
4.1 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE MITIGADA	32
4.2 A OBRIGATORIEDADE NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA	33
4.3 LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS – LEI Nº 9.099/95	34
4.3.1 TRANSAÇÃO PENAL	35
4.3.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	39
4.4 COLABORAÇÃO PREMIADA.....	41
4.4.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL.....	42
4.4.2 A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, Nº 12.850/13, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/19	44
4.5 LEI Nº 13.964/19	48
4.5.1 ART. 28, CPP/41	49
4.5.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	50
4.5.2.1 A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP E AS ALTERAÇÕES DA RESOLUÇÃO 183/2018.....	50
4.5.2.2 A PREVISÃO NO CPP/41	51
5. CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, em seu conceito clássico, determina que, uma vez presentes os requisitos da ação penal, incumbe ao Ministério Público promovê-la, independentemente de “critérios políticos e ou de utilidade social” (SANTOS, 2007, p. 19). Esse é, basicamente, o conceito apresentado sobre o princípio pela maior parte da doutrina, sem maiores esclarecimentos a seu respeito. Tal conceito pode ser resgatado de um sistema pré-constitucional, marcado pela inquisitorialidade, e que permaneceu presente no ordenamento jurídico brasileiro quando da elaboração do atual Código de Processo Penal (CPP/41), outorgado em um período ditatorial.

Cumprindo ao presente trabalho entender as raízes da criação e interpretação da referida norma, a fim de entender os contornos adotados pelos doutrinadores clássicos e atuais. Assim, será feita uma análise histórica das funções institucionais do Poder Judiciário e do Ministério Público ao longo dos anos, avaliando desde a primeira legislação (processual) penal brasileira até a atual. Espera-se compreender a influência dos paradigmas sociais ao longo dos anos na temática da iniciativa da ação penal no Brasil.

Após passar por dois períodos ditatoriais, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, redemocratizando o país. A “Constituição Cidadã” representou uma mudança de paradigma social, trazendo um amplo rol de direitos fundamentais do indivíduo, sobretudo transformando o país em um Estado Democrático de Direito e rompendo, portanto, com qualquer autoritarismo remanescente. Ao estabelecer sua rigidez, através de formas mais complexas de alteração das suas normas, a Lei Maior tornou cogente a necessidade da releitura de toda a legislação infraconstitucional, que deve ser compatível com a nova ordem jurídica.

Assim, tendo como referencial teórico a concepção de um processo constitucional, tal qual defendido por processualistas como Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Prado, dentre outros, propor-se-á uma nova concepção do princípio da obrigatoriedade da ação penal, relido à luz da Constituição Federal de 1988. Nessa toada, além de considerar a principiologia constitucional, tais como os princípios democrático e acusatório, serão relevantes, ainda, as normas constitucionais que abrem espaço para uma justiça penal negociada.

A constitucionalidade do referido princípio já foi objeto de estudo em outros trabalhos, tais como na tese de doutorado do Dr. André Luis Alves de Melo, intitulado “A

inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública: releitura dos arts. 24 e 28 do CPP e do art. 100, p. 1º do CP em face da não recepção pela Constituição de 1988”, no qual o autor defende a inconstitucionalidade do referido princípio, defendendo a adoção da oportunidade da ação penal pública, pautando-se no princípio, constitucionalmente expresso, da independência funcional do Ministério Público e em comparações com o direito alienígena. Por sua vez, Afrânio Silva Jardim também aprofundou os estudos no referido princípio, e defendeu sua constitucionalidade, como corolário da própria concepção de república democrática.

A tese defendida no presente trabalho, portanto, pretende demonstrar que o princípio precisa ser relido e adaptado aos contornos constitucionais. Além disso, será demonstrada sua - melhor - compatibilidade com os institutos de negociação penal, não sendo empecilho para um sistema multiportas no processo penal. A obrigatoriedade mitigada, portanto, não seria outra coisa senão o próprio princípio da obrigatoriedade relido à luz da Constituição. A proposta a ser apresentada é a busca por uma adaptação dos contornos da obrigatoriedade, de forma que possíveis institutos despenalizadores não sejam criados fora do panorama constitucional, mas, sim, integrados ao sistema penal como um todo.

Para engendrar a presente dissertação, o método utilizado pautou-se em pesquisas bibliográficas na doutrina, em artigos científicos produzidos sobre o tema, assim como em um levantamento histórico da evolução do princípio no ordenamento jurídico brasileiro, e, ainda, na jurisprudência e na legislação aplicáveis à matéria. Dessa maneira, buscou-se o melhor entendimento sobre o tema.

2. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Grande parte dos manuais de direito processual penal pátrios tratam de maneira rasa da obrigatoriedade da ação penal como princípio da ação penal pública. Assim, muitas vezes, além da mera definição do referido instituto, costuma-se destacar, apenas, que este teria sido mitigado ou excepcionado pelos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) – a saber, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Tem-se vivenciado uma constante evolução nos procedimentos de negociação penal na legislação brasileira, porém sem que este espaço tenha uma abordagem conceitual satisfatória. Assim, cumpre-nos analisar até que ponto o princípio da obrigatoriedade ainda é vigente no ordenamento jurídico brasileiro, ou se não o é, frente às exceções e/ou as mitigações que serão examinadas.

Com o fim de estudar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, é necessário, em primeiro lugar, entender o que significa ação, em função da classificação doutrinária que toma por referência o seu titular.

2.1 AÇÃO PENAL PÚBLICA

O direito de ação é o “poder político constitucional de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória” (LOPES Jr., 2016, p. 123). A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso XXXV que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, conceitua Antônio Scarance Fernandes (2002, p. 177) que “a ação é o direito à prestação jurisdicional” e ensina que a ação penal tem as mesmas características da ação em geral: “é direito público subjetivo; tem autonomia em relação ao direito material; está instrumentalmente ligada ao direito material por meio do fato imputado; é abstrata”.

Ainda que a ação penal seja um direito autônomo e abstrato, esta não pode ser desligada do direito material completamente, de forma que a doutrina elenca condições para que a ação penal exista. Destaca Guilherme Madeira Dezem (2018, p. 248-249) que a função principal dessas condições é “atuar como filtro para evitar o desenvolvimento de ações penais indevidas”. Mas além disso, o autor cita, ainda, a função de impedir o abarrotamento do judiciário de processos infundados.

Não cumpre ao presente trabalho se aprofundar nestas condições, apenas destacar quais são, de acordo com o defendido por parcela majoritária da doutrina¹: legitimidade *ad causam* (o autor da ação deve ser o seu titular; o réu da ação deve ser o agente que supostamente praticou o delito), interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e justa causa.

Tem-se, portanto, como condição da ação, a legitimidade *ad causam*. A partir dessa condição da ação penal, a doutrina a classifica segundo o seu titular, ou seja, segundo o legitimado ativo para iniciar a persecução penal.

Há, basicamente, dois possíveis titulares da ação penal: o Ministério Público e o ofendido (a suposta vítima do delito). Cumpre destacar que mesmo que o titular da ação possa variar, o titular do poder de punir sempre será o Estado, através do Juiz.

Ensina o processualista penal Aury Lopes Junior (2020, p. 335-359; 375-376) que quanto à titularidade do Ministério Público, tem-se a ação penal pública, que se divide nas seguintes espécies: I) Ação penal pública incondicionada²; e II) Ação penal pública condicionada: a) à representação do ofendido ou de seu representante legal, ou b) à requisição do Ministro da Justiça³. E quanto à titularidade do ofendido, por outro lado, tem-se a ação penal privada, que se divide em: I) Ação penal privada originária ou comum⁴; II) Ação penal privada personalíssima⁵; e III) Ação penal privada subsidiária da pública.

A ação penal privada subsidiária da pública está prevista no artigo 5º, inciso LIX da Constituição da República, em consonância com o direito de ação, e dispõe *in verbis*, que: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Esta modalidade de ação privada é possível no caso de inércia do *parquet*⁶, conforme leciona Jardim (1995, p. 189):

A chamada ação penal subsidiária da pública é um dos mecanismos utilizados pelo legislador para a fiscalização do princípio da obrigatoriedade. Se o Ministério Público requer o arquivamento do inquérito ou peças de informação, cabe ao Juiz controlar o não exercício da ação penal pública, nos termos do art. 28 do Cód. Proc. Penal⁷. Contudo, se o Ministério público queda-se inerte, não oferecendo a denúncia e nem

¹ Julio Fabbrini Mirabete (2007); Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhaes Gomes Filho (2014); Fernando da Costa Tourinho Filho (2013); Afrânio Silva Jardim; Guilherme Nucci (2017).

² É a regra geral do sistema penal brasileiro, exercida através da denúncia do MP, independentemente de qualquer outra condição da ação, além das já citadas.

³ É ação de iniciativa pública, cujo titular exclusivo, assim como na incondicionada, é o MP. Entretanto, aqui a ação está condicionada à representação do ofendido para que possa ser exercida, ou à requisição do Ministro da Justiça, nos crimes contra a honra do Presidente da República (art. 145, p.u., CP/40).

⁴ Ajuizada através da queixa, no prazo decadencial de 6 meses, pelo ofendido ou seu representante legal.

⁵ Apenas a vítima é legitimada a iniciar esta ação penal.

⁶ Sinônimo de Ministério Público e de promotor público/.

⁷ Em razão da Lei nº 13.964/2019, o art. 28 passou a vigorar com outra redação, diferente da referenciada na citação feita, mas que, no entanto, está com a eficácia suspensa, conforme se verá mais a frente.

postulando o arquivamento, surge a faculdade de o ofendido apresentar queixa, instaurando o processo através da iniciativa privada.

Dentro dessa referida separação da ação penal pelo seu titular, há um sistema principiológico diferente para cada situação. Na ação penal de iniciativa pública vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal, enquanto a ação penal de iniciativa privada, por sua vez, é regida pelo princípio da oportunidade da ação.

2.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

A doutrina majoritária brasileira, ao tratar da ação penal pública, estabelece como princípio que a rege, a obrigatoriedade da ação penal.

Afrânio Silva Jardim (1995, p. 151) ensina que “a eleição de um princípio em um sistema processual depende do desenvolvimento político e social, dos valores éticos e democráticos cultuados pela sociedade”. Assim, com vista a compreender os contornos do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal brasileiro, é necessária uma investigação desde suas origens históricas até os contornos atuais, sem deixar de se aprofundar nas modificações perpassadas ao longo dos anos, através das atualizações legislativas.

Em um sistema jurídico, uma norma não deve ser analisada isoladamente, de forma que não só o referido princípio precisa ser analisado, mas também tudo o que o cerca e influencia seus contornos. Dessa forma, o surgimento e a evolução do Ministério Público, do Poder Judiciário e das legislações penais (tanto o direito material quanto processual) serão brevemente analisados nos próximos tópicos.

2.2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A justiça e as leis penais brasileiras surgiram de formas tímidas - o país esteve sujeito, inicialmente, às normas e à jurisdição de Portugal. Apenas após a independência do Brasil que o seu Poder Judiciário criou força, tornando-se um Poder independente na primeira Constituição Brasileira, de 1824 (art. 151⁸, e art. 179, inciso XII⁹).

⁸ Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

⁹ XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

Quanto ao Ministério Público, este, desde os primórdios, já detinha funções como a de intentar – e prosseguir com - a ação penal: “O ministerio publico é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes do Districto Federal e o promotor da acção publica contra todas as violações do direito” (BRASIL, 1890)¹⁰.

Apesar disso, o órgão não se apresentava como o conhecido atualmente. O *parquet* era o representante do Rei ou do Governo, conforme ensina Luís Wanderley Gazoto (2003, p. 67): “Na côrte, os promotores de justiça eram escolhidos pelo governo e, nas províncias, pelos presidentes, com base em lista tríplice elaborada pelas câmaras municipais (art. 36, CPCPI, 1832)”.

A Constituição de 1934 foi a primeira a mencionar o MP em nível constitucional, prevendo que o órgão se subordinava ao judiciário, todavia acrescentando:

(...) outros direitos conferidos aos membros do Ministério Público e que, até os dias de hoje, perduram, como a vitaliciedade (art. 95, § 3º) e a equiparação entre os vencimentos do Procurador-Geral da República e do Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 95, § 1º). Demais disso, também prescreveu vedações ainda vistas, como o impedimento ao exercício de outra função pública senão a do magistério (art. 97). Outra importante inovação consistiu no fato de que o Procurador-Geral da República não mais seria escolhido dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas sim, ‘dentre os cidadãos com os requisitos estabelecidos para os ministros da Suprema Corte’. (PINTO, documento eletrônico).

A Constituição de 1946 trouxe ao órgão as garantias da irremovibilidade¹¹, vitaliciedade e a obrigatoriedade de ingresso na carreira mediante concurso público (art. 127), devendo os estados membros seguirem tais diretrizes fixadas na Lei Maior (art. 128). Apenas em 1967 o Ministério Público foi colocado em igualdade de condições com o Poder Judiciário (art. 139, p.u.). Em 1969, com a Emenda Constitucional nº 1, foi inserido como órgão do Poder Executivo.

Apenas em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), o Ministério Público tornou-se, definitivamente, um órgão autônomo e livre de pressões externas. A Constituição Cidadã não mais o considerou como parte de – ou como órgão subordinado a - nenhum dos três Poderes. Além disso, essa Lei Maior fortaleceu o

¹⁰ Decreto nº 1.030/1890, art. 164.

¹¹ Art 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; **nem removidos** a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço. [grifo nosso]

órgão, que passou a deter a função privativa em matéria de iniciativa da ação penal pública (art. 129, I, CRFB/88).

Quanto à lei penal brasileira, o primeiro código de processo penal nacional apenas foi criado pela Lei de 29 de novembro de 1832, denominado de Código de Processo Criminal de Primeira Instância (CPCPI).

O CPCPI previa a iniciativa da ação penal de acordo com a catalogação do crime. Assim, a ação penal podia ser tanto de iniciativa do promotor, quanto de qualquer cidadão (arts. 72 a 74, do referido diploma normativo). Sendo possível, ainda, o procedimento judicial de ofício. Assim, ensina Luís Wanderley Gazoto (2003, p. 67) que “[...]eles (os promotores) não detinham exclusividade da ação penal pública, a qual também poderia ser instaurada, de ofício, pelos juízes e, em se tratando de crime praticado por funcionário público no exercício das funções, por qualquer pessoa do povo (art. 150 c/c 154)”.

Em 1871, a Lei nº 2.033 restringiu as hipóteses de ação penal *ex officio*, deixando essa possibilidade para casos excepcionais, como, por exemplo, na omissão do Ministério Público (art. 15, caput, da referida lei). Além disso, esse órgão poderia ser multado se não apresentasse a denúncia tempestivamente (parágrafo 5º do mesmo artigo).

Esta regra vigorou até 1890, quando entrou em vigor o “Código Penal dos Estados Unidos do Brazil”, mediante o Decreto nº 847, que em seu art. 407 limitou o procedimento judicial de ofício aos crimes inafiançáveis, quando o MP não oferecesse a denúncia no prazo legal.

2.2.1.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Sob a égide da Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, o atual Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689/41) foi criado e decretado¹².

A “Constituição Polaca”, denominação dada à Carta de 1937 devido à sua semelhança com o modelo fascista polonês, foi elaborada pelo advogado Francisco Campos, ministro da Justiça no regime ditatorial do Estado Novo, e caracterizava-se pela forte concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo, pelo forte clima repressivo e pelas frequentes

¹² Os decretos-leis foram expedidos por presidentes da república, principalmente durante os regimes ditatoriais brasileiros, e possuíam força de lei, ainda que produzidos sem seguir um processo legislativo. Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tal modalidade legislativa foi extinta, por ausência de sua previsão. Entretanto, alguns diplomas normativos expedidos na forma de decreto-lei ainda permanecem em vigor, como o CP/40 e o CPP/41 – tendo estes sido recepcionados pela CRFB/88 como leis ordinárias.

violações aos direitos individuais¹³. O jurista também participou¹⁴ da elaboração do código processual penal brasileiro vigente desde que Vargas o decretou até os dias de hoje.

A redação original do código de processo penal regia-se pela primazia do interesse público sobre o interesse do indivíduo, de forma que as garantias individuais eram vistas como estímulo à criminalidade. É o que se extrai da “Exposição de Motivos do Código de Processo Penal”, elaborada por Campos e enviada à Vargas junto ao projeto do CPP/41:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este é o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. (CAMPOS, 1941)

Neste cenário, o CPP/41 eliminou o procedimento judicial de ofício no caso de crimes, colocando a cargo do Ministério Público a função privativa de promover a ação penal pública (art. 24)¹⁵. Além disso, o CPP/41 previu a solução diante da recusa do promotor de justiça em oferecer denúncia (e o proibiu de desistir da ação intentada¹⁶):

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (BRASIL, 1941)¹⁷

¹³ O artigo “Francisco Campos”, retirado do documento eletrônico situado no sítio do Centro de Pesquisa e Documentação Histórica Contemporânea do Brasil ressalta, ainda, a importância de Francisco Campos como ideólogo da direita brasileira na década de 30, destacando suas convicções antiliberais e sua defesa pela ditadura.

¹⁴ Junto com Dr. Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Desembargador Florêncio de Abreu e Professor Cândido Mendes de Almeida. Com colaboração do Dr. Abgar Renault.

¹⁵ Entretanto, havia, ainda, a possibilidade, no caso das contravenções penais, de a ação penal iniciar-se por meio de portaria da autoridade judiciária ou policial (art. 26).

¹⁶ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

¹⁷ Redação original, vigente em razão de suspensão da nova redação dada pela Lei nº 13.964/19.

É certo que não há menção expressa à obrigatoriedade da ação penal no CPP/41. Entretanto, conforme ensina Aury Lopes Junior (2017, p. 40), o processo é, dentre outras coisas, o meio necessário para se atingir a pena, ou seja, *nulla poena sine iudicio*¹⁸. Daí extrai-se que se o Estado quer aplicar uma pena, é indispensável que haja um processo penal – ou seja, é essencial que a ação seja intentada.

Ao analisar a exposição de motivos elaborada por Francisco Campos quando da elaboração do CPP/41 e os artigos acima mencionados (art. 24, 28, 42, do CPP), pode-se extrair a vontade de punir quem delinuiu, ou seja, de se aplicar uma pena diante de um ilícito penal. Dessa forma conclui-se que o legislador ordinário – ou melhor, que a comissão de elaboração do referido Código – pretendia garantir que a ação penal fosse iniciada. Assim, mesmo não estando expressamente previsto o princípio da obrigatoriedade da ação penal, é possível entender que fosse essa a intenção consubstanciada no projeto original do CPP/41, e que assim entendeu a doutrina da época – e vem entendendo, majoritariamente, até hoje¹⁹.

Após o Estado Novo de Getúlio Vargas, o Brasil voltou à era democrática. Mas essa, por sua vez, não se consolidou, voltando, o país, a viver outro período ditatorial - desta vez, uma ditadura militar que durou 20 anos. Em 1985 a ditadura acabou – um civil tornou-se Presidente da República -, e, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o país foi redemocratizado. Durante todos esses anos, o CPP/41, salvo mudanças pontuais, continua em grande parte o mesmo de quando foi criado.

2.2.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pode ser observado na legislação brasileira, no mínimo, desde o primeiro código de processo penal nacional - o CPCPI/1832. O Código do Império impunha ao promotor público a obrigação de oferecer a denúncia e de prosseguir com a ação penal, conforme afirma o Professor Vladimir Stasiak (1998, p. 174-175), baseando-se nos arts. 37²⁰ e 335²¹, do referido diploma normativo. Há de se destacar, inclusive, a previsão legal do art. 15, parágrafo 5º da lei 2.033/1871, que possibilitava a aplicação de multa aos promotores que não oferecessem a denúncia tempestivamente.

¹⁸ Princípio do processo penal segundo o qual não há pena sem processo.

¹⁹ Os motivos que podem ter influenciado a doutrina na interpretação do princípio da obrigatoriedade da ação penal serão analisados mais detidamente em tópico próprio.

²⁰ Art. 37. Ao Promotor pertencem as seguintes atribuições: I - denunciar os crimes públicos e os policiais e acusar os delinquentes perante os jurados [...].

²¹ Art. 335. O Promotor Público denunciará e promoverá as acusações nos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houver parte.

Conforme já considerado na análise histórica acima, o Ministério Público não detinha a exclusividade da ação penal pública, tendo seu protagonismo na iniciativa da ação penal se iniciado mais tarde.

Em 1891, com a implementação da República no Brasil, a obrigatoriedade da ação penal começou a ser discutida, baseada em uma visão de igualdade republicana em que todos deveriam ser processados igualmente.

A Constituição desse referido ano trouxe a descentralização de poder, permitindo que os estados-membros criassem sua legislação processual própria²². Assim, alguns códigos estaduais de processo penal previram expressamente a obrigatoriedade da ação penal, a exemplo dos códigos do Rio Grande do Sul (art. 100, da Lei nº 24/1898) e da Bahia (arts. 1.779 e 1.787, da Lei nº 1.121/1915).

Após a criação do Código de Processo Penal em 1941, a doutrina prosseguiu na mesma linha de pensamento adotada ao longo dos anos no que tange à iniciativa da ação penal, desta vez com base no art. 24, CPP/41, *in verbis*: “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.” (grifo nosso)

O texto do referido dispositivo apesar de não consagrar o princípio da obrigatoriedade da ação penal expressamente, para parte majoritária da doutrina, possibilitou sua interpretação diante do caráter imperativo que apresenta. Além dele, há, ainda, outros artigos em que se baseiam os doutrinadores que defendem a obrigatoriedade da ação penal pública.

De acordo com o art. 5º, CPP/41, a autoridade policial deverá instaurar o inquérito policial *ex officio* sempre que tiver conhecimento da prática de crimes de ação penal pública incondicionada; deverá, ainda, instaurar o instrumento investigativo, nos casos de ação penal pública condicionada, sempre que presentes os requisitos condicionantes.

Além disso, há o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, neste estudo considerado como subprincípio da obrigatoriedade, segundo o qual o delegado de polícia não pode mandar arquivar o inquérito policial (art. 17, CPP/41) e o Ministério Público não pode desistir da ação penal depois de intentá-la (art. 42, CPP/41), nem tampouco pode desistir do recurso que escolher apresentar (art. 576, CPP/41).

O referido Código dispõe, ainda, de mecanismos de controle quanto ao respeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Assim, o *parquet* possuía, quando da elaboração do

²² Possível até 1940.

código, as seguintes opções ao receber o inquérito policial: I) Requisitar novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16, CPP/41); II) Oferecer a denúncia (art. 24, CPP/41); III) Requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 28, CPP/41). Não agindo em nenhum desses sentidos, constatava-se a inércia do órgão do Ministério Público.

Diante dos cenários acima, após a realização das diligências necessárias, o promotor de justiça estaria diante das opções seguintes (II e III). Oferecida a denúncia, não haveria mais que se questionar quanto ao respeito da obrigatoriedade da ação penal. Assim, a inteligência do CPP/41 estabeleceu o controle quanto ao arquivamento indevido de inquéritos e quanto à inércia do *parquet*. Nessa toada, na redação original do art. 28 do CPP de 1941 havia um mecanismo de controle judicial, já colacionado acima.

E, ainda, na linha da inafastabilidade da jurisdição, há o art. 29, CPP/41, prevendo a ação penal privada subsidiária da pública, ou seja, a hipótese de o ofendido ou de seu representante legal iniciar a ação penal diante da inércia do Ministério Público.

Assim, considerando a unicidade do Código de Processo Penal de 1941, segundo Marques (1997, p. 310) é possível extrair o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública: “apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado princípio da ação penal obrigatória”.

Outros diplomas normativos brasileiros previram normas que coadunam com a permanência do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cita-se, a título de exemplo, os artigos 342 e 357, parágrafo 1º, ambos²³ do Código Eleitoral (Lei 4.737 de 15 de julho de 1965), e o Decreto-Lei nº 1.002 de 1969 (Código de Processo Penal Militar), que prevê expressamente a obrigatoriedade da ação penal, inclusive intitulando de “obrigatoriedade” o seu art. 30: “A denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria”.

O posicionamento majoritário da doutrina, portanto, conclui pela existência do princípio da obrigatoriedade, o qual, algumas vezes chamam de princípio da legalidade. Neste sentido, cita Fernandes (2002, p. 195) os doutrinadores Hélio Tornaghi, Edgard Magalhães Noronha, Romeu Pires de Campos Barros, Vicente de Azevedo, Canuto Mendes de Almeida e

²³Art. 342. Não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover a execução de sentença condenatória: Pena - detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.
Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 (dez) dias.
§ 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e êste oferecerá a denúncia, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Demoro Hamilton. Moraes, Smanio e Pezzotti (2019, p. 358-359) também destacam que a tradição jurídica brasileira sempre foi fiel ao dito princípio e citam Galdino Siqueira (1937, p.71) e Bento de Faria (1960, p. 117), que defendiam que a ação penal era a consequência inevitável e necessária do crime, sendo nada menos que um poder-dever do órgão do Ministério Público.

Ainda dentre a doutrina anterior à Constituição Federal de 1988 cumpre-se citar Maria Stella Villela Souto (1959, p. 19), que defendeu tratar-se de princípio consagrado constitucionalmente no art. 141, parágrafo 27 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: “Ninguém será processado senão pela autoridade e na forma da lei anterior”, dispositivo do qual se extraía que, se ao Estado incumbe a imposição da pena, o cidadão somente deve ser processado e julgado por pessoa a quem a lei já determinou expressamente. Neste mesmo sentido, concebendo a existência da obrigatoriedade da ação penal como princípio, Joaquim Canuto (1973, p. 86) destaca-o como fundamento do processo penal, “porque o Estado não tem apenas o direito de punir, mas, sobretudo, o dever de punir”.

Minoritária parte da doutrina da época, contudo, defendia uma maior discricionariedade ao Ministério Público no que tange ao oferecimento da denúncia. Nessa linha de pensamento cita-se o Professor José Frederico Marques, que em 1975 chegou a criar um projeto de lei (PL nº 633 de 1975) em que se previa, no art. 259²⁴, o arquivamento do inquérito por parte do órgão do Ministério Público. O Projeto do professor, contudo, não prosperou.

Hodiernamente, nos atuais manuais de direito processual penal, a abordagem sobre o tema costuma ser rasa e apenas destacar que na ação penal pública vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Assim, colacionar-se-á a conceituação do referido instituto em alguns renomados manuais:

Para Tourinho Filho (2017, p. 333), “dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação deve promovê-la sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social”.

²⁴ Art. 259. Se o órgão do Ministério público entender que não há fundamento razoável para propor a ação penal, determinará o arquivamento do inquérito policial.

§ 1º O arquivamento será sucintamente fundamentado, com remessa de cópia ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Se o Conselho entender que deva ser proposta a ação penal, será designado outro órgão do Ministério Público para oferecer a denúncia.

§ 3º Até vinte dias após o arquivamento, o ofendido ou seu representante legal poderá recorrer ao Conselho Superior do Ministério Público, em petição fundamentada dirigida ao órgão recorrido, o qual, depois de mandar juntar-lhe os autos, determinará que sejam enviados ao Conselho.

Gustavo Badaró (2015, p. 182-183) destaca que o princípio da legalidade determina a obrigação de se oferecer denúncia apenas quando o Ministério Público se convence da existência de crime, hipótese na qual este órgão “não poderá concluir que há justa causa para a ação penal, mas optar por não exercer o direito de ação (...)”. Na contramão, no caso de concluir pela inexistência de crime ou de indícios de autoria, ele não estará obrigado a oferecer a denúncia. O autor cita, ainda, a possibilidade de o juiz condenar o acusado, mesmo que o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição (art. 385, CPP/41) como uma das manifestações do subprincípio da indisponibilidade da ação penal.

Complementam Távora e Alencar (2017, p. 80) que o princípio rege não só o órgão do Ministério Público, mas também o delegado de polícia, agente da persecução penal na fase investigativa:

Os órgãos incumbidos da persecução criminal, estando presentes os permissivos legais, estão obrigados a atuar. A persecução criminal é de ordem pública, e não cabe juízo de conveniência ou oportunidade. Assim, o delegado de polícia e o promotor de justiça, como regra, estão obrigados a agir, não podendo exercer juízo de conveniência quanto ao início da persecução.

E acrescenta Jardim (1995, p. 113-114), sobre a política criminal do legislador que criou as normas, reafirmando o poder de punir também como dever estatal:

O princípio da legalidade cria assim também um “dever de agir” para o Estado, como decorrência da indisponibilidade do interesse público. [...] O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não é uma opção arbitrária do legislador, mas está inserido dentro de um contexto democrático, na qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo. Não foi por outro motivo que a constituição italiana de 1947, promulgada após o regime fascista, elevou a obrigatoriedade da ação penal a dogma constitucional.

Nota-se, portanto, que, em muitas doutrinas não há maiores indagações e embates sobre o real sentido do princípio, destacando Melo (2019, p. 182) que nos manuais mais vendidos, principalmente voltados para concursos públicos, este tema é pouco discutido.

2.3 OPORTUNIDADE DA AÇÃO PENAL

Segundo o princípio da oportunidade, o agente tem o poder de decidir de acordo com seus critérios próprios de oportunidade e conveniência quando é o melhor momento de intentar a ação penal, e se esta será ou não iniciada. Esta norma rege a ação penal de iniciativa privada e, por decorrência, nesta ação vigora a disponibilidade da ação: a vítima além de não estar

obrigada a exercer a ação penal, pode “renunciar ao direito de ação, desistir do processo dando causa à perempção (art. 60, CPP/41), bem como perdoar o réu”. É o que ensina Lopes Jr. (2020, p. 369-370).

Aury Lopes (2020, p. 351) coloca o princípio da oportunidade como antítese do princípio da obrigatoriedade e destaca que aquele não é adotado no Brasil na ação de iniciativa pública:

Em nosso sistema, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. Mas cada vez mais esse “deverá” está sendo mitigado. A relativização do princípio da obrigatoriedade, que inicia em 1995 com a Lei n. 9.099 e os institutos do JECrim, e se amplia com a Lei n. 12.850/2013 e a possibilidade de perdão judicial e demais institutos aplicáveis à delação premiada, e agora novamente é enfraquecida (e também a indisponibilidade) com o acordo de não persecução penal inserido no CPP pela reforma de 2019/2020.

Existem pesquisadores e doutrinadores que defendem a aplicação do princípio da oportunidade à ação penal pública, como Melo (2019, p. 186), que defende que se dê ao Ministério Público a responsabilidade de verificar a conveniência de apresentar a denúncia. Além disso, o autor defende que assim estar-se-ia respeitando a independência funcional do Membro do MP, além de gerando mais eficiência – e não impunidade (MELO, 2019, p. 214).

Para Dezem (2018, p. 267), “o promotor precisa dispendar seu escasso tempo para poder dar atenção aos casos que efetivamente há interesse público relevante, pois isso decorre também do princípio da eficiência da Administração Pública”.

Por sua vez, Gazoto (2003, p. 112-116) defende que os membros do MP, como agentes políticos, poderiam avaliar o interesse e a utilidade da promoção da ação penal pública. O interesse público não seria tão somente a punição, de forma que o *parquet* teria liberdade para agir de acordo com o que fosse mais eficiente para a sociedade.

Assim, o princípio da oportunidade seria a abertura de portas necessária para uma nova visão do processo, em conformidade com a constituição, pelas considerações de Tássia Oliveira (2017, p. 257):

O processo penal não configura apenas um instrumento de perseguição criminal e aplicação da sanção, mas verdadeira ferramenta de política criminal, cabendo ao titular da ação maior liberdade na “filtragem” das ações penais, podendo, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, optar quais as infrações merecem a persecução em juízo.

Criticando o princípio da oportunidade, Tucci (2003, p. 120) afirma que o “o interesse do Estado não deve ficar à mercê de subjetivismos, impondo-se, pelo contrário, a efetivação do

ius puniendi sempre que haja fato penalmente relevante a ser devidamente apurado e sobrelevado”. Vladimir Stasiak (1998, p. 181) afirma que o princípio da oportunidade puro tem em sua essência a irrestrita liberdade.

Assim, majoritariamente, não obstante às respeitáveis opiniões contrárias, entende-se que a oportunidade não vigora – e nem poderia vigorar, em respeito ao processo penal constitucional - na ação penal pública.

Assim, diante da abertura que seria dada ao *parquet* pelo princípio da oportunidade, seria ilógico conferir ao MP plena liberdade de atuação, aplicando o referido princípio e, conseqüentemente, deixando-o agir de acordo com uma política própria, interesses próprios ou critérios íntimos. Como será analisado mais detidamente nos próximos tópicos, a partir de uma visão constitucional do processo, apenas ao representante eleito pelo povo cabe disciplinar parâmetros para se atingir o significado do interesse público, sob pena de se ferir de morte o próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Em 1988, após mais de 20 anos de ditadura militar, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro, redemocratizando o país e rompendo com o paradigma autoritário que então vigorava.

A nova Constituição (CRFB/88) buscou romper definitivamente com o antigo regime, garantindo as eleições diretas (art. 1º, p.u) e diminuindo a força que detinha o chefe do Poder Executivo durante a ditadura, através do estabelecimento da independência e da harmonia entre os três Poderes da União (art. 2º). Além disso, constituiu grande avanço no que tange aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Quanto ao Ministério Público, este passou a ser previsto em capítulo separado²⁵ ao do Poder Executivo e ao do Poder Judiciário, garantindo-lhe, assim, autonomia. Essa autonomia está expressa na Constituição Federal, no art. 127, parágrafo 2º: “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa [...]”. O órgão, então, afastou-se de seu papel representativo do Estado para assumir a função de defensor da sociedade (PINTO, documento eletrônico).

Importante destacar, ainda, que a Constituição de 1988 pôs fim²⁶ a qualquer possibilidade de instauração de ação penal *ex officio* pelos juízes e pelas autoridades policiais, e estabeleceu que a promoção da ação penal pública é função privativa do Ministério Público (art. 129, I, CRFB/88).

Assim, cumpre destacar as mudanças que a Constituição Cidadã apresentou para o processo penal moderno, sobretudo no que tange às disposições relativas à obrigatoriedade da ação penal.

3.1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 mudou os paradigmas sociais, trazendo à tona os princípios democráticos. A partir de um novo sistema constitucional, é mister que a legislação anterior seja relida à luz da Constituição. Neste sentido, dispõem Antônio Carlos de Araújo, Ada

²⁵ O Ministério Público está previsto, na Constituição de 1988, no Capítulo IV: “Das funções essenciais à justiça”, junto com a Advocacia, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública.

²⁶ As legislações anteriores, até LC nº 40 de 14 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público Estadual) previam a legitimidade concorrente entre o Ministério Público e o juiz e a autoridade policial para instaurar a ação penal pública.

Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em seu Manual de Teoria Geral do Processo (2016, p. 130-131):

Sendo a Constituição a base de toda a ordem jurídica, nela assentando-se a legislação ordinária, a rigor de lógica a promulgação de uma nova Constituição deveria ter como efeito a perda de eficácia, não só da Constituição precedente, mas de todas as normas editadas na conformidade dela. (...) a Constituição brasileira de 1988 dispôs largamente em matéria processual, com o que diversos dispositivos da legislação anterior perderam eficácia, enquanto outros demandam uma releitura em chave constitucional que os interprete de modo consentâneo com a nova ordem jurídica.

Ensina José Afonso da Silva (2000, p. 40-43) que a Constituição de 1988 é do tipo rígida, tendo o poder constituinte originário criado uma forma mais complexa para sua modificação. Assim, buscou-se garantir a importância das disposições contidas na Lei Maior. A Constituição é, portanto, o parâmetro de validade para todas as demais normas do ordenamento; a superioridade das normas constitucionais é corolário da rigidez da constituição:

Numa Constituição escrita e rígida, todas as normas constitucionais são dotadas de supremacia formal, visto que foram elaboradas segundo um procedimento mais solene do que aquele de elaboração das demais leis. Assim, em um sistema de Constituição formal, podemos afirmar que todas as normas constitucionais se equivalem em termos de hierarquia e, também, que todas elas são dotadas de supremacia formal em relação às demais leis do ordenamento. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 15-16)

Mesmo após a promulgação da CRFB/88, o CPP/41 não foi reformado. Assim, o Código de Processo Penal brasileiro, norma pré-constitucional, foi recepcionado pela atual Constituição como lei ordinária, tendo seus artigos incompatíveis com esta Lei Maior, não sido por ela recepcionados.

Outras normas, entretanto, permanecem vigentes. Estas devem adaptar-se aos paradigmas trazidos pela Constituição da República, de forma que a interpretação a elas dada deve coadunar-se com os princípios e regras constitucionais, respeitando, principalmente, os direitos e garantias fundamentais.

3.1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Dentre os diversos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal, alguns merecerem destaque no que tange à seara penal. No presente estudo, merecem destaque, sobretudo, aqueles que influenciam a leitura do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Assim, destacam-se o princípio da jurisdicionalidade e o acusatório. Aury Lopes Junior (2020, p. 82-158) destaca, dentre outros, tais princípios constitucionais do processo penal como fundamentos da jurisdição. Não cumpre aos interesses deste estudo analisar detidamente tais princípios, sendo necessário apenas destacar alguns pontos neles consubstanciados.

O princípio da jurisdicionalidade, aplicado ao processo penal, exige que todas as lides penais sejam levadas ao judiciário, pois apenas o juiz tem o poder de punir, após o processo (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*). Trata-se tanto de direito estatal de punir, quanto de direito da vítima de ter sua pretensão acusatória perseguida, e, ainda, trata-se de direito do réu, que poderá defender-se no curso do processo. Além disso, o juiz, órgão julgador, deve ser imparcial, natural e independente, julgando com base na lei²⁷, respeitando as regras do devido processo penal. “Ademais, o acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais”. (LOPES JR., 2020, p. 85).

Outro princípio consubstanciado na Constituição de 1988 é o princípio acusatório. Este é essencial para a interpretação de toda a sistemática do processo penal. Ensina Aury Lopes Jr. (2020, p. 130), que apesar de não ser um princípio expresso, pode ser extraído através da interpretação sistemática da Constituição, bastando-se considerar o projeto democrático constitucional, que atribui grande valor ao homem e à sua dignidade. Para o Professor, “democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”. O autor continua defendendo a existência do referido princípio, e exemplifica-o com a redação do art. 129, I, CRFB/88, que atribui a titularidade da ação penal pública exclusivamente ao Ministério Público, e com o art. 93, IX, CRFB/88, que exige a publicidade e a fundamentação das decisões judiciais, dentre outras normas²⁸.

A Constituição Brasileira prevê o direito à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88²⁹). Nessa toada, destaca Lopes (2020, p. 108) que o processo penal em si mesmo é uma pena, já que deixa o acusado à mercê de grande estigmatização social. Assim, mesmo estando o imputado solto, é inegável o grau de angústia decorrente da espera em se obter a resposta judicial. O professor apresenta tal demora como violadora de diversas garantias fundamentais, tais como a jurisdicionalidade, a presunção de inocência, o direito de defesa e de contraditório.

²⁷ Aury Lopes Júnior (2020, p. 89) destaca que “a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.

²⁸ Art. 5º, LV (prevê o direito ao contraditório e à ampla defesa); art. 5º, LVI (determina o devido processo legal); art. 5, LVII (implementa a presunção de inocência).

²⁹ Art. 5º, LXXVIII. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O direito à ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88) também merece destaque no presente estudo, pois se o acusado tem direito de resistir ao poder de investigar do Estado (LOPES Jr., 2020, p. 151), de acordo com o que melhor lhe aprouver à sua defesa, também pode escolher contribuir com as investigações ou com o processo, “de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que aquela (a autodefesa) seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva” (LOPES Jr., 2020, p. 150-151).

A importância de se enfatizar a existência de uma gama de direitos considerados fundamentais que possuem especial proteção no ordenamento jurídico está em compreender que cabe à lei restringir o campo da atividade estatal, assegurando ao indivíduo “um muro de proteção contra o arbítrio, a prepotência e os caprichos da administração pública” (JARDIM, 1995, p. 111).

Há outros princípios constitucionais que merecem ser citados pois influenciam na atuação dos órgãos de persecução penal. São os princípios da legalidade, da igualdade, da efetividade e da indisponibilidade do interesse público.

A Constituição Federal (1988) prevê em seu art. 5º, inciso II e no art. 37, caput, o princípio da legalidade, segundo o qual o agente público deve pautar-se nas leis:

Não se exclui, aqui, a possibilidade de atividade discricionária pela Administração Pública, mas a discricionariedade não é, em nenhuma hipótese, atividade desenvolvida na ausência de lei, e sim atuação nos limites da lei, quando esta deixa alguma margem para a Administração agir conforme critérios de oportunidade e conveniência, repita-se, segundo os parâmetros genéricos estabelecidos na lei. (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 127)

A legalidade é um dos principais direitos voltados, essencialmente, à proteção dos particulares contra o poder público, limitando o poder do Estado.

O princípio da igualdade, por sua vez, está expressamente previsto no art. 5º, caput e inciso I da CRFB/88. Dele decorre que a todas as pessoas deve ser dado tratamento igualitário quando em situações equivalentes. Além disso, a igualdade deve, ainda, considerar as desigualdades existentes (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 123).

Segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, implícito no ordenamento jurídico brasileiro, os agentes públicos são meros gestores de interesses alheios – interesses públicos³⁰. “Os (...) interesses públicos são indisponíveis, vale dizer, não pertencem

³⁰ Ou seja, interesses do povo.

à administração, tampouco a seus agentes públicos. A esses cabe apenas a sua gestão, em prol da coletividade, verdadeira titular dos direitos e interesses públicos” (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 229).

O princípio da efetividade, expresso no texto constitucional (art. 37, caput, CRFB/88), determina que o agente público, ao perseguir a finalidade pública, deve agir da forma menos dispendiosa possível à administração pública. Porém, essa atuação deve basear-se na lei, não podendo o agente pautar-se em um juízo de conveniência ou oportunidade administrativas (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 256).

Assim, analisando a Constituição Federal como um todo, é possível extrair princípios expressos e implícitos que deverão ser a base de toda a interpretação das demais normas, pois “é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico, que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2016, p. 85).

3.2 ABERTURA DE PORTAS PARA A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NA CRFB/88

Muitos doutrinadores objetivavam uma flexibilização da obrigatoriedade da ação penal. São diversos os motivos por trás dessa pretensão, cita-se a falta de celeridade e, conseqüentemente, efetividade do processo penal. Dita Fernandes (2002, p. 196) que “na prática, em grandes centros é praticamente impossível que de todo crime seja iniciado processo, o que, se ocorresse, representaria o caos em uma Justiça já atravancada”.

Nesse cenário, muito se falava sobre formas alternativas de solução de conflitos, mesmo antes da edição da Constituição de 1988. Mas foi ela, a Constituição da República, o marco da abertura de portas para o consenso na esfera penal.

Tornou-se patente o descompasso entre a teorização do direito processual e sua eficiência prática, não servindo o processo para superar os graves problemas da justiça: sobrecarga de causas, morosidade na solução das causas, elevado custo do acesso à justiça, excessiva burocracia dos serviços dos juízos e tribunais. (Fernandes, 2002, p. 197)

Porém, no âmbito penal, o princípio da obrigatoriedade da ação penal constituía óbice para qualquer forma de negociação que pudesse representar disponibilidade da ação e do processo (FERNANDES, 2002, p. 202). Por esse motivo, com a disposição do art. 98, I, da CRFB/88, diz-se que a Constituição Federal abriu portas para a justiça penal consensual:

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 sumaríssimo, permitidos, **nas hipóteses previstas em lei**, a transação³¹ e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988) [grifo nosso]

Com a determinação constitucional para a criação de juizados especiais para julgar crimes de menor potencial ofensivo, o legislador constituinte impôs ao legislador ordinário a obrigação de criar uma norma regulando tal órgão e, além disso, deixou a cargo deste legislador delimitar quais seriam os delitos de menor potencial ofensivo. O dispositivo supra mencionado, ainda, permitiu a transação penal nos casos previstos em lei. Novamente, ficou a cargo da lei delimitar as hipóteses de cabimento da transação penal.

O art. 98, I, da CRFB/88 se trata, portanto, de norma de eficácia limitada, posto que relega ao legislador ordinário a função de criar os juizados especiais, estabelecer quais as infrações de menor potencial ofensivo e quais as hipóteses de cabimento da transação. Assim, apenas através da legislação infraconstitucional seria possível executar as disposições do referido artigo.

A fim de melhor entender o âmbito de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, recorrer-se-á aos ensinamentos do Prof. José Afonso da Silva (2000), que propõe a classificação das normas constitucionais de acordo com sua aplicabilidade, separando-as em: a) norma de eficácia plena; b) normas de eficácia contida e c) normas de eficácia limitada. Nos interesses do presente estudo, serão destacados os conceitos das duas últimas espécies.

José Afonso da Silva ao tratar das normas de eficácia limitada divide-as em I) normas programáticas³² e II) normas de princípio institutivo; apenas estas últimas importam ao presente estudo.

São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei. (SILVA, 2002, p.126)

³¹ Transação: de acordo com os dicionários de língua portuguesa, transação é o acordo realizado entre as partes, tendo em conta vantagens mútuas, e que coloca fim antecipadamente ao litígio.

³² Em linhas gerais, Silva (2000) conceitua as normas programáticas como normas de conteúdo social, cujo objetivo é a interferência estatal na ordem econômico-social, mediante prestações positivas em busca do bem comum.

As normas de princípio institutivo (espécies do gênero normas de eficácia limitada) podem ser impositivas ou facultativas, respectivamente, se impuserem ou não uma obrigação ao legislador de regulamentar, por meio de lei *lato sensu*, determinado assunto. São aquelas normas que podem ser aplicadas de imediato, se trouxerem as disposições necessárias para tanto, mas que “sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa. Esta, no caso, vale como instrumento de sua executoriedade” (SILVA, 2000, p. 135).

Por sua vez, as normas de eficácia contida são comandos constitucionais que têm aplicabilidade direta e imediata, contudo, sujeitam-se a eventuais limitações decorrentes de legislações ulteriores. Nas palavras do professor:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (SILVA, 2000, p. 116)

Tem-se, portanto, que a Constituição de 1988 previu, ainda, uma norma de eficácia contida, na qual possibilita a limitação, pelo legislador ordinário, da promoção da ação penal pública pelo membro do Ministério Público. É o que se prevê no art. 129, I, da CRFB/88, *in verbis*: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, **na forma da lei** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Analisando a história da criação do art. 129, I, da CRFB, percebe-se que houve discussão a respeito da exclusividade da ação penal nas mãos do *parquet*. Houve emendas tendentes a retirar tal exclusividade da ação penal pública do Ministério Público, pautando-se na falibilidade humana (Emenda nº 3888, p. 98-99), dentre outros motivos. Houve, ainda, emendas a favor da exclusividade da promoção da ação penal pública pelo órgão do Ministério Público. Vale destacar os fundamentos da Emenda nº 108, de autoria do parlamentar Nelson Jobim, que foi aprovada por seus fundamentos:

A doutrina brasileira e estrangeira sustenta que ao Ministério Público deve caber, privativamente, a ação penal pública, não só para afastar qualquer ideia de vingança privada, mas, igual e principalmente, para assegurar ao indivíduo a garantia de só ser acusado nos crimes de ação pública, por órgão estatal dotado de imparcialidade, voltado tão-só para a aplicação e a execução da lei, em defesa da sociedade. Assim, a

proposta além de esclarecer a questão, representa um avanço constitucional. (BRASIL, 1988, p. 60)³³

Assim, percebe-se que o termo “na forma da lei” não pretende abrir espaço para aumentar o número de ações penais privadas, já que nos fundamentos da norma está “evitar a vingança privada”. Logo, sobra apenas a hipótese de uma possível regulamentação da proposição da ação – ou seja, esta não será, necessariamente, automática, como se defende em alguns manuais de processo penal, podendo ser estabelecidos outros caminhos ao *parquet*.

³³ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 129 da Constituição Federal de 1988.

4. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Hodiernamente, pós Constituição de 1988, o Ministério Público, conforme já visto, sofreu grandes mudanças. Não é mais mero órgão representativo do governo, mas sim um órgão de defesa da sociedade. Além disso, possui autonomia e poder – posto que detém a titularidade exclusiva da ação penal pública.

Não à toa, já há autores nacionais que consideram estar vigente o princípio da obrigatoriedade, mas entendem que sua aplicabilidade não é compatível com a nova ordem constitucional inserida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que implica em violação a princípios nela expressamente previstos. (MORAES; SMANIO; PEZOTTI, 2019, p. 380)

É neste diapasão que Coutinho (1993, p. 51) destaca que a norma da obrigatoriedade da ação penal é um princípio de criação doutrinária e jurisprudencial “que visa proteger a independência do MP – principalmente – contra ingerências estranhas, mormente de natureza política”.

Aury Lopes Jr. (2020, p. 352) reafirma o caráter de defensor da sociedade que detém o Ministério Público, conceituando-o como órgão “construído para ser parte e assegurar a imparcialidade do juiz (o único verdadeiramente concebido para ser imparcial)”, nascido na superação do sistema inquisitório.

A partir das posições doutrinárias anteriores e posteriores à Constituição de 1988 citadas na análise histórica do princípio da obrigatoriedade da ação penal, é possível observar uma mudança, ainda que tímida, na leitura desse princípio. Embora os dispositivos do Código de Processo Penal de 1941 usados para justificar tal princípio sejam basicamente os mesmos, a norma³⁴ não é. Assim, “com o advento da Constituição de 1988 e estruturação do Ministério Público e do Poder Judiciário, além da superação do processo penal inquisitivo, faz-se necessária uma nova leitura desses artigos” (OLVEIRA, 2017, p. 255).

A mudança de paradigma gerada pela Constituição Cidadã levou o princípio que inicialmente via o processo como instrumento da aplicação da punição a uma concepção mais legalista e garantidora, na qual o órgão público não pode agir de acordo com suas próprias vontades, mas sim de acordo com o que determina a lei, agindo da mesma forma diante de todos os indivíduos. É o que defende Ferrajoli (2006), citado por Melo (2019, p.193):

³⁴ O sentido extraído do texto, conforme ensina Alexy.

Por outro lado, por obrigatoriedade da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da ‘não derrogação’ do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime ‘leve’ ou ‘oculto’, mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda a *notitia criminis* que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade.

Assim, após a promulgação da Constituição de Outubro, não se pode ignorar que a principiologia que rege o Estado Democrático de Direito em que se vive no Brasil, não admite outra interpretação senão a de que a obrigatoriedade da ação penal é sucedâneo lógico da própria Constituição Federal.

A despeito de tal norma não ser expressamente prevista, os princípios da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da indisponibilidade do interesse público, e o princípio acusatório permitem compreender que a atuação do agente público não pode estar desvinculada da lei. Assim como esses princípios evidenciam a obrigatoriedade, também deverão lhe dar o sentido.

A obrigatoriedade da ação penal deve, portanto, ser interpretada não como dever de o Ministério Público denunciar sempre que presente a *opinio delicti*, agindo como se o interesse público se esgotasse na aplicação de uma pena. Mas, sim, de sempre agir conforme o que dispõe a lei – esta sim capaz de dizer qual o real interesse público.

Neste mesmo sentido, defende Geraldo Prado (2005, p. 195-196) que:

Em um modelo acusatório, que historicamente se funda no protagonismo das partes, há de se conceder espaço para uma atuação mais flexível do Ministério Público, porquanto a noção da persecução penal em todas as circunstâncias, referida a todas as infrações penais (ainda que consideremos somente as noticiadas), rende louvor ao fim de defesa social, perseguido no processo inquisitório, acima e além dos limites de humanidade necessários à harmônica convivência social.

Um estatuto jurídico do acusador que reprima completamente as suas potencialidades de conformação da política criminal, a pretexto de vincular a ação do Ministério Público à legalidade, esconde deliberadamente a possibilidade da legalidade surgir em ambientes de flexibilidade, de acordo com critérios de impessoalidade e moralidade e também de acordo com propostas de redução do caráter flagrantemente elitista da justiça penal, redistribuindo as forças de persecução conforme uma mais coerente e justa avaliação do que deve merecer o dispêndio de energia do Estado.

(...)

A interpretação constitucionalmente adequada do artigo 129, inciso I, da Constituição da República, é esta. Não se trata, apenas, de assegurar ao Ministério Público o monopólio do exercício da ação penal pública, na forma da lei. Nos dias de hoje é concebível extrair da norma constitucional a autorização para definir critérios e casos de atuação, sempre tendo em mente os princípios da moralidade e impessoalidade.

Assim, a própria Constituição Federal previu a criação dos juizados especiais, competentes para julgar os crimes de menor potencial ofensivo, e autorizou a transação penal:

“O mesmo art. 98, inc. I, ao exigir o procedimento oral e sumaríssimo para as pequenas causas coloca nitidamente o direito a procedimentos adequados, que sejam aderentes à realidade social e consentâneos com a relação jurídica material subjacente” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2016, p. 132)

Nesse mesmo sentido, Tucci (2003, p. 122) defende que ao transacionar com o suposto infrator da norma penal, o *parquet* tão somente aplica o que dispõe a lei, não podendo ser tal ação considerada como poder de disposição da ação penal pública:

Daí consistir em direito subjetivo deste, cuja verificação independe da existência de poder discricionário ministerial: basta que estejam reunidos os pressupostos e requisitos do benefício legal, para que o suposto infrator de norma penal a ele faça jus.

E tal, obviamente, não pode ser considerado como poder de disposição da ação penal pública, pelo órgão do *parquet*, mas, sim, como submissão deste aos ditames da lei instituidora desse autêntico e esdrúxulo *favor legis*.

Robert Alexy (2015, p. 90-91) conceitua princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo, assim, mandamentos de otimização. Em uma eventual colisão entre princípios, deverá ser analisado o caso concreto e, através de um juízo de ponderação, um princípio prevalecerá sobre o outro, sem, contudo, que um ou outro deixe de ser válido no ordenamento jurídico.

Assim, não há a tão mencionada “mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal” pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

4.1 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE MITIGADA

A lei dos juizados especiais pretendeu manter o princípio da obrigatoriedade da ação penal, porém abrindo espaço à “discricionariedade regulada³⁵”, conforme dispõe a exposição de motivos da referida lei:

Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda

³⁵ O termo “discricionariedade regulada” ou “discricionariedade regrada” é utilizado como forma de contrapor ao conceito clássico do princípio da obrigatoriedade, que prevê uma atuação inteiramente vinculada do membro do MP. Entretanto, cumpre-se ressaltar a redundância desse termo: o agente público sempre agirá, mesmo nos atos discricionários, dentro dos parâmetros estabelecidos na lei, ou seja, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, discricionariedade desregulada. É o que ensinam os administrativistas, tais como Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2017, p. 127).

evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima - com que o Estado até agora pouco se preocupou - está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas. (BRASIL, 1989)

É a partir dessas concepções que a doutrina majoritária entende não ter havido o acolhimento do princípio da oportunidade, mas sim adoção do princípio da discricionariedade regrada, com mitigação do princípio da obrigatoriedade: “permanece o princípio da obrigatoriedade, mas no tocante às infrações de menor potencial ofensivo, se presentes os pressupostos, não deve o promotor acusar e sim propor a solução consensual do art. 76. Abriu-se a ele nova alternativa” (FERNANDES, 2002, p. 215).

Stasiak (1998, p. 182-183) estabelece que a discricionariedade está justamente na maior diversidade legal de alternativas do parquet, que não obstante dever agir vinculado à lei e dentro dos ditames por ela estabelecidos, dispõe de variadas opções: “Não haja dúvidas quanto ao princípio da discricionariedade regrada é aquele que confere ao Ministério Público o poder de, por uma verificação valorativa, decidir, segundo os parâmetros legais, se proporá, ou não, a ação penal”.

Assim, conclui-se que o princípio da discricionariedade regrada determina que o Ministério Público, dentro das hipóteses previstas na lei, não é obrigado a iniciar a ação penal ou nela prosseguir, mas é obrigado, sim, a propor a solução consensual cabível.

Logo, para o presente estudo, não existe mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, não existe, assim, o princípio da discricionariedade regrada como princípio mitigador da obrigatoriedade da ação penal pública. Defende-se, aqui, que houve tão-somente uma releitura principiológica à luz da Constituição Federal, de forma que o princípio da obrigatoriedade se coaduna com as formas negociais de solução penal ao mesmo tempo que as limita.

4.2 A OBRIGATORIEDADE NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Conforme demonstrado, o princípio da obrigatoriedade da ação penal não deve mais ser visto nos mesmos moldes da concepção clássica, incompatível com os ditames da

Constituição Federal de 1988, sobretudo a partir das previsões dos arts. 129, I e 98, I, da referida Lei Maior, que abriram as portas para a negociação penal³⁶.

Entretanto, partindo do dogma da obrigatoriedade da ação penal como mero dever de denunciar, a doutrina entendeu que os institutos despenalizadores seriam mitigações ou exceções à tal norma, na medida em que introduziram formas alternativas de solução do conflito penal, relativizando a antiga dualidade de opções que detinha o *parquet* quando do recebimento do inquérito (arquivar ou iniciar a ação).

Diante desse novo cenário no qual há constante aproximação das formas consensuais de resolução penal, Andrade (2019, p. 60) afirma que

A justiça penal consensual representa uma mudança de mentalidade, que rompe com os esquemas clássicos do Processo Penal, uma vez que traz uma concepção de participação e de cooperação entre o juiz, o membro do Ministério Público e o defensor. Esses atores, cada um em sua função, passam a buscar soluções mais céleres e equânimes que melhor atendam às expectativas do Estado, da sociedade e do próprio acusado.

Para que esse novo cenário entrasse em vigor no Brasil, considerou-se que, para estes casos especiais nos quais fosse permitido o acordo penal, vigoraria o princípio da discricionariedade regradada.

Assim, analisar-se-á, em ordem cronológica, o surgimento de tais institutos, através da observação do contexto histórico de sua criação, assim como da sua compatibilidade com os princípios anteriormente estudados, para, por fim, poder concluir-se se, após a mudança de paradigma trazida pela Constituição de 1988, o princípio da obrigatoriedade permanece em vigor, mas em novos moldes, compatíveis com um sistema multiportas de resolução de conflitos penais.

4.3 LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS – LEI Nº 9.099/95

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram criados em 1995, pela Lei nº 9.099, a partir de previsão constitucional (art. 98, I, CRFB/88), introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro formas de negociação penal³⁷.

³⁶ Alguns doutrinadores diferenciam negociação e consenso na esfera penal. No presente estudo, entretanto, são tratados como sinônimos.

³⁷ Impende destacar que a Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001 criou os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da justiça federal, competente para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo de competência da justiça federal. Aplica-se ao JECrim Federal os institutos da Lei nº 9.099/95 no que não conflitar com a sua referida lei.

O consenso na esfera penal ganhou força em diversos ordenamentos jurídicos diante da necessidade de aumentar a eficiência judicial, tendo como ponto de partida judiciários abarrotados de processos, tomados pela lentidão e pela inefetividade (ANDRADE, 2019, p. 60-61).

Assim, após a previsão constitucional, não demorou para surgirem projetos para a criação dos juizados especiais, tendo sido sancionada a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, sete anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

A referida lei, orientada “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” e objetivando “sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade” (art. 62, Lei 9.099/95), criou os Juizados Especiais criminais, competentes para julgar os crimes de menor potencial ofensivo, e, junto com eles, os chamados institutos despenalizadores, como a composição dos danos civis³⁸, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Infrações penais de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Os institutos despenalizadores não estão ligados ao juizado especial, mas sim às infrações de menor potencial ofensivo, de forma que ainda que haja conexão entre dois crimes, afastando a competência do referido juizado, a possibilidade de aplicação dos referidos institutos permanece em relação a tais delitos (LOPES Jr., 2020, p. 1189).

4.3.1 TRANSAÇÃO PENAL

O art. 76 da Lei 9.099/95 prevê o instituto da transação penal. Este consiste em oferecimento ao acusado, antes mesmo de iniciada a ação (antes de oferecida a denúncia), pelo Ministério Público, de pena antecipada de multa ou restritiva de direitos.

É direito subjetivo do réu, de acordo com a doutrina majoritária (LOPES, 2020, p. 1196), devendo ser oferecido a ele sempre que presentes os requisitos. Trata-se de nova porta disponível ao Ministério Público, que, ao receber o inquérito policial poderá requerer novas diligências, promover o arquivamento, propor a ação penal ou, sendo o crime de menor

³⁸ Previsto nos arts. 74 e 75 da referida Lei, trata-se de negociação e acordo entre a vítima e o réu, acarretando a extinção da punibilidade deste pela renúncia do direito de queixa ou de representação, de forma que só se aplica às ações penais privadas e públicas condicionadas à representação do ofendido. Assim, como há apenas o juízo de discricionariedade da vítima, não cabendo ao Ministério Público oferecer tal instituto, não há relevância em profundas reflexões a seu respeito no presente trabalho.

potencial ofensivo e estando presentes os demais requisitos exigidos na lei (art. 76, Lei 9.099/95³⁹), propor a transação penal.

Não se trata, entretanto, de hipóteses em que caiba escolha do *parquet*, mas sim hipóteses nas quais este órgão deverá analisar, de acordo com os critérios da lei, qual o caminho a seguir. Assim, destaca Aury Lopes Júnior (2020, p. 1197) que “ao Ministério Público incumbe apenas verificar se estão preenchidos os requisitos e negociar sobre a pena cabível [...]. Não lhe compete o poder de decidir sobre o cabimento ou não da transação”. Assim, a discricionariedade do promotor de justiça é unicamente quanto à pena a ser proposta.

O instituto também conduziu a uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois permite certa ponderação por parte do Ministério Público. Não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal. Dessa forma, é recorrente a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão, é um poder-dever. (LOPES Jr., 2020, p. 1196)

Como direito subjetivo do réu, prevalecia o entendimento doutrinário que, diante da inércia do Ministério Público em oferecer a transação penal, devesse ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal por analogia. Este entendimento é anterior à reforma trazida pela Lei nº 13.964/19, que alterou a sistemática da norma do referido artigo, o que será analisado mais à frente. Cumpre ressaltar que o dispositivo está com a vigência suspensa, por decisão liminar do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Entretanto, se entrar em vigor, Lopes Jr.

³⁹ 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. (a pena restritiva de direitos é uma pena alternativa à privativa de liberdade, assim, não sendo aplicável esta, tampouco será aquela, que não serve senão para substituir a outra)

§ 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.

(2020, p. 1202-1203) defende que a nova sistemática do art. 28 deverá ser aplicada, “não mais o juiz enviando para o procurador-geral, mas sim com um pedido de revisão [...] por parte do imputado para o órgão revisor do MP [...] que manterá a decisão do promotor/procurador da república ou designará outro membro da instituição para oferecer a transação penal”.

Destaca-se, ainda, que assim como para oferecer a denúncia, a transação só poderá ser oferecida quando presentes as condições da ação penal⁴⁰, o que pode ser extraído da própria norma, que destaca que a transação penal poderá ser oferecida quando não for caso de arquivamento.

[...] quando o Ministério Público apresenta em juízo proposta de aplicação da pena não-privativa de liberdade prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995, estará ele exercendo ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. [...] Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena). (JARDIM, 2003 apud TÁVORA, 2009, p. 134)

Em síntese, presentes os requisitos autorizadores do art. 76, o Ministério Público tem o poder-dever de propor a transação penal ao acusado acompanhado de seu defensor, em audiência preliminar para tal fim, que poderá aceitá-la ou não.

Aceita a proposta, cabe ao juiz homologá-la (art. 76, §. 3º) após analisar a legalidade do acordo. “De um lado, o Ministério Público desiste da persecução penal em juízo e o autor do fato, de outro, aceita cumprir uma medida restritiva de direitos para logo se resolver o conflito criminal”. Não há assunção de culpa pelo suposto autor da infração, e nem ampla discricionariedade do promotor, já que este está vinculado a requisitos para propor o instituto e para celebrar a negociação: “o acordo deve ser, necessariamente, celebrado em audiência pública, diante do juiz ou do conciliador”. (ANDRADE, 2019, p. 164-166)

Andrade (2019, p. 165) defende que a transação penal não é direito subjetivo do réu, já que prevalece a decisão do Procurador-Geral de Justiça (o próprio Ministério Público) quando da recusa do promotor em propor o instituto. Direito subjetivo do acusado ou não, é inegável que se trata de poder dever do Ministério Público, que por mais que detenha a palavra final quanto ao oferecimento ou não da transação penal, este deverá decidir fundamentadamente, agindo pautado nos princípios constitucionais e processuais penais brasileiros.

⁴⁰ São as condições para qualquer ação: a prática de fato aparentemente criminoso (*fumus commissi delicti*), a punibilidade concreta, a legitimidade da parte (representação ou requisição, quando necessário) e a justa causa.

Além disso, cabe ao juiz receber ou rejeitar a denúncia – devendo rejeitá-la por ausência de interesse de agir na modalidade adequação, pois deve haver adequação entre a situação narrada e a tutela pretendida. O órgão do MP deve, portanto, respeitar o direito subjetivo do acusado de transacionar sua pena, inclusive porque o interesse público, disciplinado na lei (ao qual, portanto, está vinculado o *parquet*), é a negociação da transação penal em crimes de menor potencial ofensivo.

Uma vez homologada pelo juiz, a transação não terá efeitos penais, como reincidência e maus antecedentes, e nem civis, mas será registrada apenas para evitar nova concessão do mesmo benefício nos próximos 5 anos, não constando na certidão de antecedentes criminais (art. 76, §§. 4º e 6º).

Importante citar, ainda, o enunciado da Súmula Vinculante nº 35 (STF, 2014), que determina que a homologação da transação penal não faz coisa julgada material, de forma que se o réu descumprir as cláusulas, o Ministério Público poderá dar continuidade à persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Diante das características principais da transação penal, é possível observar que prevalece o entendimento de que o Ministério Público deve propor a transação penal quando presentes os requisitos para tanto, não havendo qualquer margem de discricionariedade neste sentido, inclusive porque há posterior controle judicial na homologação do acordo. Além disso, ainda que não proposta a ação penal, posto que não oferecida a denúncia diante do acordo, o Ministério Público não dispôs da ação penal, já que poderá, a qualquer tempo, se descumprida as condições negociadas, retomar a persecução penal.

A discricionariedade dada ao Ministério Público, segundo a doutrina, de negociar qual a pena a ser aplicada, também está vinculada a critérios previamente estabelecidos em lei: pena restritiva de direitos ou multa, além de dever seguir o princípio da proporcionalidade. Assim, ao responder às críticas sobre justiça penal consensual, sobretudo no que tange ao suposto aumento de discricionariedade por parte do Ministério Público, Andrade (2019, p. 111) destaca que:

Com limites legais e controle do magistrado e da defesa, a atuação do promotor fica restringida às divisas da norma, circunscrita aos parâmetros definidos pelo legislador, não se podendo dizer que, discricionariamente, sem balizas normativas, define os casos sujeitos a pena pactuada, bem assim a extensão desta. Se o membro do Ministério Público, por exemplo, injustificadamente se recusar a transacionar, deve ser possível a remessa do caso ao chefe daquela instituição para manifestação motivada sobre o assunto. Se, num outro caso, o promotor propuser condições ou medidas despropositadas ou ilegais, o magistrado deve conter os excessos, exercendo o controle necessário para que sejam atendidos os ideais de justiça.

Dessa forma, não há que se falar em sequer mitigação ao princípio da obrigatoriedade, posto que o Ministério Público age vinculado a lei penal durante todo o procedimento abreviado – isto, considerando uma nova leitura do referido princípio, dessa vez em consonância com os novos paradigmas trazidos pela Constituição Federal de 1988. A discricionariedade que lhe é dada é subseqüente à constatação da presença dos requisitos da ação, qual seja, para efeito de negociação da pena a ser aplicada. Neste momento, sim, existe uma “discricionariedade regrada”, mas que não compete com a norma da obrigatoriedade em razão do momento de incidência. Não obstante, adverte a doutrina:

[...] para não violar a proporcionalidade e o tratamento isonômico entre pessoas que cometeram ou cometam delitos em situações semelhantes, os critérios para determinar a quantificação da pena estipulada na proposta não podem ficar ao alvedrio do Ministério Público. É imperioso que seja atendido o regramento legal sem excessos. (TÁVORA, 2009, p. 139)

4.3.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A Suspensão Condicional do Processo, instituto previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95⁴¹, se aplica aos delitos cuja pena mínima cominada não ultrapasse um ano. Tal instituto deve ser proposto pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, ou após esta, desde que preenchidos os requisitos autorizadores da lei. O réu poderá negociar e aceitá-la, sem que, contudo, admita sua culpa e nem proclame sua inocência⁴².

⁴¹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

⁴² Assim, a doutrina demonstra que o instituto se assemelha ao *nolo contendere*, instituto norte americano de defesa.

Nesta modalidade de acordo penal, o *parquet* oferece a suspensão da persecução penal por um período de tempo (denominado período de prova), durante o qual o réu deverá cumprir alguns requisitos e, após o prazo, não tendo sido o benefício revogado, sua punibilidade será extinta e, por decorrência, o próprio processo. Entretanto, no caso de não cumprimento das obrigações que lhe forem impostas, o processo voltará a tramitar de onde parou. Assim como a transação penal, esse acordo deve ser feito em juízo e na presença do defensor do réu (LOPES Jr., 2020, p. 1208).

Neste caso, o Ministério Público, após iniciada a ação, poderá negociar com o réu, oferecendo a suspensão por um prazo, mediante o cumprimento de alguns requisitos, o que poderá culminar na extinção da punibilidade após o prazo fixado para tanto, razão pela qual a doutrina, majoritariamente, entende que o princípio da indisponibilidade da ação penal pública foi mitigado. Destaca Lopes Jr. (2020, p. 1208) que “Ao Ministério Público, continua sendo vedada a desistência pura e simples da ação penal de iniciativa pública, como é possível ao querelante na perempção da ação penal privada ou o perdão”. Assim, o professor entende que o poder de negociação durante o processo, associado à sujeição ao controle judicial e à subordinação aos pressupostos legais – já que o MP não poderá deixar de oferecer a suspensão quando presentes os requisitos legais, cabendo ao réu, assistido por seu defensor, aceitar a proposta e negociar sua duração e condições - evidencia a consagração do Princípio da Discricionariedade Regrada.

Sendo caso de concessão da suspensão condicional do processo, ofertada e aceita pelo réu, preenchidos os requisitos subjetivos, caberá ao Juiz declarar a suspensão, pelo período que foi objeto de negociação entre o Ministério Público e o réu (obviamente dentro do limite legal, que vai de dois a quatro anos), bem como as condições a serem cumpridas (igualmente negociadas nos limites legais).⁴³ (LOPES Jr., 2020, p. 1221)

Novamente, diante da recusa do promotor de justiça em ofertar tal benefício, há o entendimento, anterior a reforma dessa norma, que se deve aplicar o art. 28 do CPP por analogia, sendo tal o entendimento consubstanciado no enunciado da Súmula nº 696⁴⁴ do Supremo Tribunal Federal (STF).

⁴³ O período de prova varia entre 2 a 4 anos, e, destaca Aury Lopes Júnior ser inegável seu caráter punitivo, ainda que não haja assunção de culpa. Dessa forma, a suspensão deve ter seu período avaliado de acordo com o princípio da proporcionalidade, analisando-se o fato, as condições do agente, etc.

⁴⁴ Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Também se assemelha a suspensão condicional do processo à transação penal em razão de tal instituto não gerar maus antecedentes e nem reincidência. Além disso, se revogada a suspensão condicional em razão do descumprimento das condições acordadas, o processo voltará de onde parou.

Em resumo, tem-se que a suspensão condicional do processo não se trata de faculdade do promotor de justiça, que terá o dever de oferecê-la sempre que cabível. Assim, não se está mitigando a obrigatoriedade:

Presentes os pressupostos legais, a previsão abstrata se converte numa obrigatoriedade. E, ainda que presentes os requisitos legais, o acusador está obrigado a negociar a suspensão condicional do processo, devendo, nas infrações de médio potencial ofensivo, motivar sua negativa. Não é, assim, disponível para o Ministério Público e tampouco pode transformar-se em instrumento de arbítrio. (GIACOMOLLI, 2002, p. 192 apud LOPES Jr., 2020, p. 1209)

Além disso, não pode o ministério público, por motivos próprios julgar a conveniência da manutenção ou não da suspensão, só podendo esta ser revogada ou declarada cumprida por critérios do juiz. É bem verdade que na concepção originária do princípio da indisponibilidade não se imaginava a possibilidade de o *parquet* suspender o processo mediante negociação após a sua propositura. Entretanto, o órgão não estará dispondo da ação penal, que estará apenas suspensa por um tempo, podendo ser retomada sempre que não cumpridos os requisitos pelo réu. A única discricionariedade do promotor está dentro da negociação das condições impostas e da duração do período de prova, estando todos os pontos do acordo sujeitos à controle judicial e aos parâmetros previamente fixados em lei.

Importante, ainda, não se olvidar que a negociação ocorre após o oferecimento da suspensão, ou seja, em momento diverso daquele que poderia se dizer que está sendo disposta a ação. Assim, no momento em que o MP oferece a suspensão, diriam os doutrinadores, defensores da concepção clássica da obrigatoriedade, que estaria o órgão dispondo da ação. Entretanto, esse oferecimento do acordo se dá por critérios alheios à só vontade do *parquet*, que age vinculado a disciplina legal. O momento que age com certa discricionariedade, portanto, é posterior. Novamente, a discricionariedade regrada e a obrigatoriedade não colidem neste instituto, posto que atuam em momentos diversos.

4.4 COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual penal, realizado entre o Ministério Público e o acusado, no qual este confessa seu crime, apresenta provas e documentos que comprovam a empreitada criminosa e colabora com o órgão de persecução penal a fim de se evitar a consumação de um ou mais crimes, de recuperar os proveitos e produtos de um crime, de dismantlar uma rede criminosa de agentes, de salvar uma potencial vítima, dentre outras possíveis condições nas quais a lei prevê expressamente a autorização para tal negociação.

Em troca de sua colaboração, o agente negocia com o *parquet* a fim de um prêmio pela eficácia de suas informações: prêmio este que também tem seus contornos previstos na lei. Destaca Andrade (2019, p. 183) que “embora se oriente pela lógica negocial, a colaboração premiada distingue-se do *plea bargaining* norte-americano”, já que enquanto o instituto dos Estados Unidos visa evitar o processo judicial, o brasileiro, por sua vez, “almeja superar dificuldades na coleta de prova e depende sempre de provimento jurisdicional”, ou seja, para que qualquer benefício seja aplicado ao delator, deve haver prévia verificação judicial do preenchimento dos requisitos necessários para tanto.

Ao longo da legislação brasileira existem diferentes previsões de colaboração premiada, sendo, contudo, que a mais ampla se encontra na Lei de Organização Criminosa, motivo pelo qual será esta a mais profundamente analisada neste estudo.

4.4.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL

Destaca Manoela Andrade Cacho (2015, p. 52-54) que a primeira previsão sobre delação premiada no Brasil data das Ordenações Filipinas, que vigoraram ainda no Brasil Colônia. O regramento contido em seu Livro V, Título VI, item 12, tratava do crime de lesa-majestade, prevendo perdão do delator participante do crime, desde que ele não fosse o principal organizador da empreitada criminosa. Contudo, após a entrada em vigor das legislações penais brasileiras durante o império, tal instituto deixou de ser previsto no país, só retornando em 1990, com a Lei de Crimes Hediondos.

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, trata-se de norma surgida na política criminal da lei e da ordem, visando a repressão mais severa de certos crimes considerados mais graves pela sociedade. Não obstante o endurecimento das políticas criminais, a lei trouxe a possibilidade, em seu art. 8º, parágrafo único, de redução de pena, nos crimes hediondos e equiparados, “ao participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu dismantelamento”.

Além disso, a referida lei acrescentou o § 4º ao art. 159 do Código Penal de 1941 prevendo também redução de pena ao coautor do crime de extorsão mediante sequestro que denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, crimes cometidos por quadrilha ou bando⁴⁵ (CACHO, 2015, p. 54). Essa previsão somente se aplicava aos crimes cometidos em associação criminosa, na forma do art. 288, CP/41: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: [...]”. Em 1996 a Lei nº 9.269 alterou a redação do parágrafo, prevendo a possibilidade de colaboração também para o caso de crime cometido em concurso de agentes.

A lei de organização criminosa atualmente vigente revogou a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, “que em seu art. 6º já estabelecia a possibilidade de redução da pena de um a dois terços se a colaboração espontânea revelasse informações penais dos seus autores” (CACHO, 2015, p. 55).

A Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, também prevê uma modalidade de colaboração premiada em seu art. 1º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 12.683 de 2012:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

A Lei de proteção a vítimas e testemunhas, nº 9.807, de 13 de julho de 1999, estabelece em seu Capítulo II “Da Proteção aos Réus Colaboradores”, a possibilidade de concessão de perdão judicial a réus primários que colaborem efetivamente com a investigação e com o processo criminal, devendo o juiz observar os resultados esperados (previstos nos incisos do art. 13) e circunstâncias pessoais do agente e do fato, de acordo com o art. 13, parágrafo único. Além disso, prevê a redução de pena para o agente que colaborar “na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime” (art. 14).

⁴⁵ Art. 7º. Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

“Art. 159.

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

Há, ainda, previsão de colaboração premiada no art. 41 da “Lei de Drogas”, nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que prevê que “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

4.4.2 A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, Nº 12.850/13, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/19

Em 2013 foi publicada a atual Lei de Organizações Criminosas, nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que prevê a colaboração premiada sem, contudo, ter revogado as outras previsões legais sobre o tema:

É importante assinalar que a Lei nº 12.850/2013 não revogou as leis ou preceitos anteriores que versam sobre a colaboração premiada, exceto a Lei nº 9.034/1995, antiga Lei do Crime Organizado. A nova Lei [...], todavia, disciplinou a colaboração premiada de forma mais abrangente, dando-lhe novos contornos, criando novos prêmios legais, trazendo regras claras para a celebração do acordo, estabelecendo direitos ao agente colaborador e fixando o procedimento a ser observado no emprego desse instrumento. (ANDRADE, 2019, p. 186)

A Lei nº 13.964/19, vulgarmente chamada de “pacote anticrime”, criada com a intenção de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal brasileiras, acrescentou algumas alterações na sistemática da colaboração premiada prevista na lei de organização criminosa.

Prevê a Lei de Organizações Criminosas que a colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova que se constitui por uma proposta da autoridade policial ou do membro do Ministério Público ao acusado, que terá a opção de colaborar efetivamente⁴⁶ com a investigação e com o processo criminal, a fim de obter vantagens (art. 4º, caput e § 2º).

A previsão do art. 3º-A, com sua redação dada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, é de grande relevância para o presente estudo, posto que determina a natureza jurídica

⁴⁶ 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.

da colaboração, assim como estabelece que esta pressupõe o interesse público: “Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Nesta modalidade de negociação penal, o colaborador deverá confessar os atos para os quais concorreu (art. 3º-C, § 3º), além de garantir, com sua colaboração, que se efetive um ou mais dos resultados previstos taxativamente nos incisos do artigo 4º da referida lei. (arts. 3º-C, § 3º, e 4º).

Andrade (2019, p. 191) afirma que o acordo pode ser celebrado a qualquer tempo, seja na investigação, durante o processo ou até mesmo na fase de execução. Os prêmios, portanto, poderão variar de acordo com o momento de sua oferta, sendo negociados pelas partes e ficando a critério do juiz a concessão: não oferecimento de denúncia (acordo de imunidade), se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º); suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia até que sejam cumpridas as medidas de colaboração (art. 4º, § 3º); perdão judicial (art. 4º, caput e § 2º); redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituição por pena restritiva de direitos (art. 4º, caput); e redução da pena até a metade ou progressão de regime, no caso de colaboração posterior a sentença (art. 4º, § 5º).

A lei prevê, ainda, os critérios a serem analisados para a concessão dos prêmios ao colaborador, em seu art. 4º, § 1º. O juiz, que não participa da negociação (respeitando o sistema acusatório, não podendo agir como investigador), analisa o pacto e o homologa ou recusa, de acordo com a legalidade da negociação, a voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador, e a adequação dos resultados da colaboração e dos benefícios pactuados (art. 4º, §§ 6º, 7º e 8º):

Faz bem o novel diploma em deixar expresso o dever do magistrado de manter-se distante das tratativas do acordo de colaboração premiada, não o desincumbindo, contudo, da sua importante função no processo, qual seja, a de realizar o controle de legalidade dos atos praticados (CACHO, 2015, p. 97).

Cumprir ressaltar a exigência legal, novidade advinda da Lei nº 13.964 de 2019, de que o magistrado examine os benefícios pactuados, a fim de que estejam em conformidade com os previstos na lei (§§ 4º e 5º, art. 4º), reconhecendo a nulidade daqueles “que violem a definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do [...] Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na [...] Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo §5 deste artigo (art. 4º)”.

A importância dessa novidade legislativa esbarra na própria lógica do instituto: antes, prevalecia no STF o entendimento de que seria legítima a pactuação de sanções premiais extralegais, desde que não fossem mais prejudiciais ao colaborador do que as previstas em lei, justamente diante do silêncio da lei (PET 7.074 QO, Relator: Min. Edson Fachin, julgado pelo tribunal pleno em 29 de junho de 2017). Na contramão deste entendimento, o ministro Gilmar Mendes (2017, p. 24), voto vencido no julgamento do referido entendimento, defendia a necessidade de respeitar o rol legal de prêmios ao acusado:

[...] o princípio da legalidade também é importante in malam partem. Em nosso sistema, a ação penal pública é obrigatória e indisponível. O Ministério Público não pode escolher quem vai acusar, ou desistir de ações em andamento. As hipóteses de perdão e de redução da pena são legalmente previstas. O juiz não pode absolver ou relevar penas de forma discricionária.

Atualmente, com a previsão legal de controle de adequação da oferta com as previsões legais, pode-se entender que tal entendimento não mais se justifica.

O juiz age como garantidor do respeito à lei, devendo sempre ouvir o colaborador, acompanhado do seu defensor, sem a presença do proponente do acordo de colaboração, para evitar possíveis pressões e eventuais promessas incabíveis dos persecutores penais, assim que o termo do acordo lhe seja remetido. Caso entenda não estar de acordo com os requisitos legais, o magistrado poderá devolver o termo às partes para as adequações necessárias (novamente, respeitando o princípio acusatório, a Lei nº 13.964/19 alterou a previsão que permitia ao Juiz adequar a proposta).

Cacho (2015, p. 101) destaca que é direito subjetivo do réu receber o prêmio quando seu acordo for realizado dentro dos parâmetros legais, mas afirma que o Ministério Público não tem o dever de oferecer tal acordo. Ou seja, não é direito subjetivo do réu a colaboração premiada.

Diferentemente das outras modalidades de negócio penal, na colaboração premiada o Ministério Público irá atuar pautado não em parâmetros expressamente previstos em lei, mas com maior margem de ponderação quanto ao interesse, à necessidade e à utilidade públicos. Sendo assim, o juiz não poderá analisar o mérito da escolha do *parquet*, mas tão somente a legalidade de sua atuação.

Isso ocorre porque mais do que negócio penal, o instituto da colaboração premiada é, também, meio de prova, sendo direito do órgão acusatório produzi-las. Assim, não cabe ao juiz, em um sistema acusatório, julgar a conveniência e oportunidade da produção de provas pelo promotor de justiça:

[...] A gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo. (LOPES Jr., 2020, p. 90)

Entretanto, retomando a possibilidade de o juiz analisar a legalidade da atuação do órgão do Ministério Público, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19, não mais vigora o entendimento jurisprudencial que permitia o acordo com prêmios extralegais, já que a lei expressamente prevê os moldes em que deve se pautar a atuação do parquet quando do oferecimento e negociação do acordo (os prêmios estão taxativamente previstos no texto legal).

Assim, pode-se dizer que o a discricionariedade que vigora quando da escolha do oferecimento do acordo de colaboração premiada pelo membro do Ministério Público é, como qualquer outra discricionariedade, regrada, posto que ainda que o promotor possa analisar o interesse público no acordo, a lei disciplina as diretrizes que indicam se há ou não tal interesse: o acordo de colaboração premiada prevê expressamente os resultados que se espera obter com sua negociação. Ou seja, as propostas elaboradas com finalidade diversa das previstas em lei, não serão homologadas pelo juiz, conforme já analisado.

O órgão do Ministério Público deverá se pautar, em todos os momentos de sua atuação, nos critérios estabelecidos na lei e nos princípios constitucionais e penais que regem o ordenamento jurídico penal brasileiro, tais como os princípio da legalidade, da igualdade e do interesse público, que determinam que o agente público deve sempre agir visando o interesse da sociedade e nunca visando interesses próprios ou de terceiros. Neste sentido, ensinam Paulo e Alexandrino (2017, p. 549-550):

Dito de outra forma, a autorização legal para a prática de um ato discricionário ocorre porque o legislador entendeu que, se a lei conferisse nenhuma liberdade ao agente público na edição daquele ato, obrigando sempre à mesma atuação diante das situações abstrata e padronizadamente nela descritas, em muitos casos concretos poderia essa atuação não ser a mais adequada à satisfação do interesse público, ou mesmo ocasionar injustiças. Por isso, nos casos em que o legislador considera que o administrador é quem melhores condições tem de avaliar os aspectos envolvidos em cada situação concreta e decidir qual atuação atende de forma mais satisfatória ao interesse público, ele, legislador, confere ao administrador discricionariedade para proceder a essa avaliação e tomar essa decisão, dentro dos limites legais.

Assim, os doutrinadores não deixam dúvida ao afirmarem, ainda, que a finalidade do ato administrativo é sempre vinculada, pois quem determina qual a finalidade a ser perseguida

em uma atuação do agente público é a lei – e nunca ele mesmo. Assim, a finalidade mediata é sempre o interesse público, enquanto a imediata, ou seja, o resultado específico a ser alcançado, este é previsto na lei (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 539), não se podendo admitir que o Ministério Público tenha total liberdade de escolha em nenhum dos momentos de atuação no acordo de colaboração premiada, agindo além da legislação positivada. Fica claro tal entendimento com a mudança legislativa que condiciona o acordo a critérios legais, cabendo ao juiz homologá-lo ou não.

4.5 LEI Nº 13.964/19

Em 2019 o Ministério da Justiça e Segurança Pública iniciou a criação do chamado “Pacote Anticrime”, com a intenção de “aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal” (BRASIL, 2019, documento on-line).

Após votação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, o projeto inicial sofreu algumas mudanças, sendo promulgada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com trechos de outra proposta, elaborada por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes⁴⁷.

Dentre as alterações trazidas pela lei, destaca-se a previsão do art. 3º-A, do art. 28 e do art. 28-A, do Código de Processo Penal. Entretanto, destaca-se que os dois primeiros estão com a eficácia suspensa *sine die*⁴⁸ por concessão de Liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo Ministro Luiz Fux.

O art. 3º-A inicia uma sequência de normas que preveem a criação do juiz das garantias, responsável, basicamente, pela atuação durante o inquérito policial. Esse artigo prevê que: “O processo penal **terá estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Para o presente estudo é de inegável relevância a alteração do art. 28 do Código de Processo Penal, que excluiu a participação do juiz do procedimento de arquivamento do inquérito policial, se adequando, segundo majoritária doutrina, ao sistema acusatório.

⁴⁷ Segundo notícia do Senado Federal, disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/26/pacote-anticrime-e-sancionado-com-vetos>>. Acesso em 26 de maio 2020.

⁴⁸ Sem data fixa.

O art. 28-A, por sua vez, prevê o acordo de não persecução penal, representando, para a doutrina majoritária, mais uma mitigação legal ao clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

4.5.1 ART. 28, CPP/41

A redação original do artigo 28, vigente desde 1941, quando da elaboração do código de processo penal, previa que cabia ao juiz o arquivamento do inquérito policial, após a promoção de arquivamento por parte do Ministério Público. Assim, recebendo o inquérito e não vislumbrando justa causa para a ação penal, o MP deveria solicitar o arquivamento para o juiz. Este, por sua vez, poderia ou não concordar com o pedido, de forma que, se divergisse do entendimento do *parquet*, determinaria a remessa do inquérito para o Procurador Geral do Ministério Público, que poderia oferecer ele mesmo a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistir no arquivamento, e só nessa última hipótese o juiz estaria obrigado a arquivar.

Assim, muitos doutrinadores entendem que se trata de dispositivo criado para fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Aury Lopes Júnior (2020, p. 306) critica o ranço inquisitório presente em tal norma, que coloca o magistrado em posição incompatível com a matriz acusatória constitucional, prestigiando a nova redação trazida pela Lei nº 13.964/19, que dispõe:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (BRASIL, 2019)

Assim, no novo sistema, o próprio Ministério Pública ordenará o arquivamento do inquérito (ou de qualquer elemento informativo que desempenhe a mesma finalidade), sem necessidade de submissão ao juiz, havendo o reexame necessário dessa decisão pelo órgão ministerial superior encarregado que, observando a legalidade do arquivamento, decidirá pela homologação. Assim, destaca Lopes Jr. (2020, p. 307):

Essa decisão, em que pese não mais ser submetida a homologação judicial, não é isenta de fundamentação, até porque, no sistema brasileiro, vigoram (ainda que com alguma mitigação) os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, de modo que ele precisará fundamentar os motivos do arquivamento, não sendo uma pura e simples faculdade.

O órgão revisor do MP, caso não concorde com os fundamentos do arquivamento poderá oferecer ele mesmo a denúncia ou designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo. Além disso, eventuais vítimas do crime poderão peticionar uma revisão perante o órgão competente, caso não concordem com o arquivamento.

Aury Lopes (2020, p. 1202-1203) defende que a nova redação do art. 28 deve ser aplicada nos mesmos moldes que na redação original, como, por exemplo, na ausência de oferta de transação penal, continuando, a norma, a ter, portanto, caráter de assegurador da observância da legalidade pelo *parquet*.

4.5.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal é o mais novo instituto de negociação penal criado na legislação brasileira, merecendo, portanto, destaque no presente estudo. Semelhante à transação penal, o acordo de não persecução, criado, inicialmente, por Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, gerou controvérsias quando à sua constitucionalidade, tendo sido consolidado no ordenamento pátrio com a Lei nº 13.964/19, que colocou fim às discussões sobre o instituto. Assim, analisar-se-á o novo modelo de acordo na esfera penal.

4.5.2.1 A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP E AS ALTERAÇÕES DA RESOLUÇÃO 183/2018

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 para disciplinar a instauração e a tramitação do procedimento investigatório a cargo do *parquet*. Nesta mesma oportunidade, instituiu, no art. 18, o acordo de não persecução penal, mais uma forma de negociação no processo penal brasileiro, a ser celebrado entre Ministério Público e investigado, “a fim de que, mediante o cumprimento de condições, haja a resolução antecipada do caso, resultando no arquivamento da investigação” (ANDRADE, 2019, p. 266-267).

Nas considerações que levaram a tal disposição normativa, o Conselho destaca a elevada carga de processos acumulados nas varas criminais do país, que leva ao desperdício de recursos

e à inefetividade da justiça, além da necessidade de se adotar medidas alternativas no processo penal, para que se possa focar no processamento e julgamento de casos mais graves, e a fim de que se possa reduzir os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogar os estabelecimentos penais (CNMP, 2017, p. 22).

O referido instituto foi alvo de diversas críticas e objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, através da Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018, o CNMP adotou consideráveis mudanças ao instituto: “considerando as preocupações externadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, nos autos das ações diretas de inconstitucionalidade n^{os} 5.790 e 5.793 [...]”.

Não obstante as adequações realizadas, majoritariamente entendeu-se que o CNMP “usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa” (ANDRADE, 2019, p. 267).

4.5.2.2 A PREVISÃO NO CPP/41

Em 2019 foi promulgada a Lei n^o 13.964/19, que acrescentou ao CPP/41 o art. 28-A, prevendo o acordo de não persecução penal – agora, pela via legislativa adequada.

Esse acordo ocorre antes do recebimento da denúncia (LOPES Jr., 2020, p. 318), devendo ser oferecido ao acusado sempre que presentes os requisitos: infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos⁴⁹, de forma que o imputado pode fazer um pedido de revisão para a instância competente do Ministério Público em caso de não oferecimento do acordo, na sistemática do novo art. 28 do CPP (LOPES Jr., 2020, p. 321).

Além disso, não pode ser proposto em caso de arquivamento – deve haver as condições de admissibilidade da acusação (LOPES Jr., 2020, p. 316), e o acordo – e suas condições - deve ser suficiente e necessário para a reprovação e prevenção do crime.

O acordo pressupõe a confissão do acusado em troca da abreviação do processo e imediata aplicação das medidas despenalizadoras previstas na própria lei. Ensina Aury Lopes (2020, p. 317) que “uma vez formalizado o acordo e cumpridas as condições estabelecidas, será

⁴⁹ Aury Lopes (2020, p.314) destaca que o limite da pena se adequa às possibilidades de aplicação de penas alternativas à privativa de liberdade.

extinta a punibilidade, não gerando reincidência ou maus antecedentes, registrando-se apenas para o fim de impedir um novo acordo no prazo de 5 anos (inciso III, do § 2º)”.

O art. 28-A prevê em seu § 2º as hipóteses em que não é cabível o acordo, e nos incisos do caput, as condições que estão no rol de discricionariedade do Ministério Público para serem aplicadas. Destaca-se a possibilidade de redução entre um a dois terços da pena mínima cominada para a aplicação de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, e a possibilidade de o *parquet* indicar outra condição proporcional e compatível com o crime e negociar seu prazo.

O acordo, firmado pelo MP, imputado e seu defensor, deverá ser homologado pelo juiz das garantias após o fim da audiência em que se realizou, ou em audiência específica para esse fim, cabendo ao magistrado analisar a voluntariedade do acordo e a sua legalidade. Caso considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições:

Devolverá os autos para o MP para que reformule as propostas com a concordância do imputado. Se não realizada essa adequação ou não forem atendidos os requisitos legais, o juiz poderá recusar a homologação. Essa postura intervencionista do juiz se justifica apenas quando houver ilegalidade nas condições ou for gravemente abusiva para o imputado (LOPES Jr., 2020, p. 318-319).

Se o acusado descumprir o acordo homologado, deverá o Ministério Público comunicar o juiz, que designará audiência oral e pública para o exercício do contraditório, analisará a proporcionalidade do descumprimento em relação às consequências e, fundamentadamente, revogará ou não o acordo. Se revogar, o Ministério Público oferecerá a denúncia. (LOPES, 2020, p. 320).

O acordo de não persecução penal é instituto muito semelhante à transação penal, de forma que as mesmas observações outrora feitas a este instituto, servirão para o acordo de não persecução penal. Aqui, novamente, o Ministério Público não opta, de acordo com suas convicções próprias, qual caminho seguir: se arquivar, denunciar ou propor o acordo. Mas sim está vinculado às disposições legais, o que se evidencia pela previsão do art. 28-A, § 14 do CPP: trata-se de mecanismo de controle à disposição do imputado, que poderá recorrer ao próprio Ministério Público para que tenha seu direito de propositura do acordo observado, o que evidencia o respeito ao princípio da obrigatoriedade, nos moldes de uma leitura conforme a Constituição, que aqui é defendida. Além disso, há “discricionariedade regrada” durante o acordo, já que o Ministério Público tem uma margem de atuação livre, dentro de regras predispostas na lei.

5. CONCLUSÃO

O princípio da obrigatoriedade da ação penal como se conhece nos dias de hoje retirou os seus fundamentos do Código de Processo Penal de 1941, não tendo sido, ainda, relido frente à mudança de paradigma perpetrada pela Constituição de 1988, que além de estabelecer uma nova principiologia penal, também abriu portas para o consenso e para um sistema multiportas de soluções dos conflitos penais. A Lei nº 9.099/95 criou os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo e ao longo dos anos, diante do abarrotamento do judiciário, outros institutos negociais foram criados na esfera penal, tais como a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

Assim, parte da doutrina ponderou sobre uma possível escolha do legislador pelo princípio da oportunidade da ação penal em detrimento da obrigatoriedade, ou por uma mitigação por ele sofrida, tendo sido criado um terceiro princípio: o da discricionariedade regrada, situado entre os primeiros, para legitimar a existência dos institutos do juizado especial criminal.

Não se pode, entretanto, falar em oportunidade da ação penal em um processo penal constitucional. Além disso, princípios não mitigam uns aos outros. Assim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, corolário da república, continua vigente em sua completude. Porém, não mais se coaduna com o processo penal constitucional brasileiro outra interpretação ao princípio que não seja tão somente a garantia de que o Ministério Público atuará sempre segundo os ditames legais.

Não se trata mais de um dever de sempre iniciar a ação penal e dela não dispor, mas sim de agir de acordo com a lei – a única responsável por estabelecer o que é o interesse público.

Dessa forma, na transação penal, na suspensão condicional do processo e no acordo de não persecução, a obrigatoriedade de iniciar a ação penal foi substituída pela obrigatoriedade de propor acordo penal. Nos termos desses acordos, contudo, há discricionariedade regrada, posto que há liberdade de atuação do *parquet*, que dispõe de margem de escolha dentro da lei.

Quanto à colaboração premiada, por se tratar de meio de prova, não há obrigatoriedade quanto à sua oferta, havendo incidência da “discricionariedade regrada” quanto à escolha dos prêmios ao colaborador. Porém, assim como nos institutos do parágrafo anterior, esse espaço atinge outro momento da negociação, e não é ilimitado, mas legalmente pautado. O promotor só poderá dispor da ação quando os requisitos que a lei exige estiverem cumpridos, estando estritamente vinculado a lei neste caso.

Assim, conclui-se que a releitura à luz do processo penal constitucional do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública legitima os institutos de negociação ao mesmo tempo que os limita.

O campo negocial penal vem sendo cada vez mais ampliado em virtude do elevado número de processos, e, em atendimento ao interesse público, o legislador pode prever legalmente hipóteses em que seja mais vantajoso a não iniciação da ação penal, mas sim outra medida sem que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública lhe constitua óbice, bastando, para isso, que crie lei em sentido estrito limitando as margens de atuação do *parquet*.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, Flavio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada** – LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995 – Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaoodemotivos-149770-pl.html>> Acesso em: 19 de maio 2020.

_____. Congresso. Câmara dos deputados. Centro de documentação e informação. **Quadro histórico do art. 129 da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/39264/art129_CF88.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 de abr. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos s 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 26 de maio 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de mar. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941** (Código de Processo Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 de mar. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Perguntas e Respostas sobre o pacote anticrime**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>>. Acesso em 26 de maio 2020.

CACHO, Manoela Andrade. **Colaboração Premiada e o Princípio da Obrigatoriedade**. 2015. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código de Processo penal**. 1941. Disponível em:

<http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 20 de mar de 2020.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DE 1937**. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos3745/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>>. Acesso em 20 de mar. 2020.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. **Francisco Campos**. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/francisco_campos>. Acesso em 20 de mar. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Natureza Cautelar da Decisão de Arquivamento do Inquérito Policial. **Revista de Processo**, n. 70, abr./jun., 1993.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Barueri, SP: Manole, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Coord.). **Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 173-216.

_____. **A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública: releitura dos arts. 24 e 28 do CPP e do art. 100, p. 1º do CP em face da não recepção pela Constituição de 1988**. 2016. 432 f. Tese de conclusão de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

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

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim Científico ESMPU**, a.16 – n 49, jan.-jun., 2017. p. 237-262.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

PINTO, Ronaldo Batista. **O Ministério Público: Origens Históricas, Seu Nascedouro no Brasil e Sua Posição nas Constituições Pátrias**. Disponível em: <http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27027624_O_MINISTERIO_PUBLICO_ORIGENS_HISTORICAS_SEU_NASCEDOURO_NO_BRASIL_E_SUA_POSICAO_NAS_CONSTITUICOES_PATRIAS.aspx>. Acesso em: 13 de mar. 2020.

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

SANTOS, Teodoro da Silva. **Da Transação Penal nos Crimes de Ação Privada à Luz da Hermenêutica e dos Princípios Constitucionais**. 2007. 146f. Dissertação (Pós graduação em Direito) – Universidade de Fortaleza, Ceará, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOUTO, Maria Stella Villela. **ABC do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

STASIAK, Vladimir. Considerações sobre o princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro. **Revista Cesumar**, v. 2, n. 1., 1998. p. 173-189.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QO PET: 7074 DF- DISTRITO FEDERAL 0005862-67.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/06/2017, Tribunal Pleno. VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES. 28/06/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-revisao-delacao-stf.pdf>. Acesso em: 23 de maio 2020.

TÁVORA NETO, Nestor Nénton Fernandes. **Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.