

Pacote anticrime e o acordo de não persecução penal: a busca pela desjudicialização da justiça criminal

Lucas Phylische Silva de Oliveira¹

Recebido em: 05.07.2023

Aprovado em: 12.07.2023

Resumo: O tema proposto no presente trabalho de conclusão de curso versa sobre o acordo de não persecução criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público através da Resolução 181/2017 para averiguar se o caminho que segue é viável e constitucional, parece ser de grande interesse para o estudo dos acordos penais, avaliando se o CNMP tem legitimidade para estabelecer tais regras. Delimitando o tema, o estudo tentará analisar o princípio da obrigatoriedade da ação proposta, através de um método indutivo, que estabelece que o Ministério Público, sujeito ao cumprimento de requisitos legais, é obrigado a propor ação penal. Além disso, entendemos que em nosso ordenamento jurídico, somente um juiz após o cumprimento da *persecutio criminis* pode conceder indulto se considerar que há provas suficientes para condenar o réu.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; ministério público; desjudicialização.

Anti-crime package and the criminal non-prosecution agreement: the search for the dejudicialization of criminal justice

Abstract: The theme proposed in this course conclusion work deals with the non-prosecution agreement created by the National Council of the Public Ministry through Resolution 181/2017 to find out if the path that follows is viable and constitutional, seems to be of great interest for the study of criminal agreements, assessing whether the CNMP has the legitimacy to establish such rules. Delimiting the theme, the study will try to analyze the principle of obligation of the proposed action, through an inductive method, which establishes that the Public Ministry, subject to compliance with legal requirements, is obliged to propose criminal action. In addition, we understand that in our legal system, only a judge after the execution of the *persecutio criminis* can grant a pardon if he considers that there is sufficient evidence to convict the defendant.

Keywords: non-criminal prosecution agreement; public ministry; dejudicialization.

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

Desde quando se acabou com a vingança privada, conferiu-se ao Estado o monopólio do *ius puniendi* (o direito de punir) contra aqueles que cometem atos definidos em lei como delitos, adotando-se o denominado sistema repressivo. Por isso utiliza sistemas dentro do ordenamento jurídico para buscar a punição do criminoso, pois o sistema de conflito tem ampla aplicação no processo penal, uma vez que desde a sua criação dá origem a disputas entre as partes, que, por um lado, são protagonizadas pelo Estado, que se vale do processo penal para aplicar a pena, e, por outro, o infrator, que tenta para impedir tal aplicação.

No entanto, dada a patente ineficiência do sistema retributivo que tem se manifestado nos tribunais criminais brasileiros, seja pela superlotação dos processos a serem julgados, seja pela morosidade do judiciário, a denominada justiça negociada podendo inclusive ser demonstrada na superlotação das casas penitenciárias. Pensando nisso, o legislador, buscando um sistema alternativo que garantisse eficiência e agilidade na resposta aos conflitos criminais, tem ganhado espaço no sistema penal desde a edição da Lei nº 9.099/95, que já inseriu no ordenamento jurídico algumas medidas despenalizadoras, culminando na abertura para a instauração de um novo modelo, ou seja, o modelo consensual de resolução de conflitos criminais.

Neste contexto o Conselho Nacional do Ministério Público adotou o Acordo de Não Persecução em Processo Penal com a Resolução nº 181, que posteriormente foi ratificado pela Lei nº 13.964/2019, seguindo assim o caminho de um sistema consensual em processos criminais, procedimento que culmina em uma genuína expansão desse sistema de resolução de conflitos que divide opiniões sobre sua validade dentro do ordenamento jurídico, dando origem a ações diretas sobre constitucionalidade.

Assim, é importante dizer que este artigo tem como foco compreender o instituto do acordo de não persecução penal como um novo modelo de justiça criminal consensual e sua constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, busca avaliar o conteúdo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5790 e 5793, bem como correlacionar o conteúdo da instituição do acordo de responsabilidade não penal com

os princípios que regem a atividade criminosa pública, e por fim, analisar as normas que preveem o referido acordo.

Ressalte-se, ainda, que o estudo do referido tema é bastante relevante, pois é consistente na disseminação da justiça consensual no âmbito do direito penal, que atinge parte significativa do ordenamento jurídico e, portanto, a sociedade em geral. Assim, deve-se notar que a abordagem de utilizar efetivamente o acordo de não persecução penal como mecanismo de controle social do Estado cria vantagens que vão ao encontro dos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, o que, sem dúvida, é de grande importância no cenário atual.

Por outro lado, a implementação do acordo de não persecução penal teve um impacto inegável nos direitos e garantias dos acusados e no modelo brasileiro de consenso criminal. Surgiram, assim, questionamentos quanto à constitucionalidade do referido instituto, que, conforme explicado alhures, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal sob o argumento de ter sido introduzido à margem da lei e com erros de padronização.

Nesse contexto o tema problema do trabalho reside em analisar, sob a ótica da constitucionalidade, quais os impactos do acordo de não persecução penal no sistema processual penal brasileiro, em especial se ele estaria mitigando o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

A propósito, cabe destacar que a metodologia adotada neste artigo se baseia em uma revisão bibliográfica como principal procedimento de pesquisa, que visa estudar, por meio de fundamentação teórica, os principais aspectos relacionados ao tema. Inclui ainda uma análise das ações diretas intentadas no Supremo Tribunal Federal, bem como da legislação nacional vigente no ordenamento jurídico, de forma a acrescentar ao estudo uma projeção realista do contexto fático.

2 DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Assim, nos últimos anos, devido à crescente e enorme demanda no campo penal, que se acumulou no sistema judiciário brasileiro, é crescente a busca por um sistema penal rápido e eficiente, trazendo novidades para o campo criminal, como a instituição da delação premiada.

Além disso, o modelo de justiça consensual revela ideias relacionadas à obtenção de uma decisão restaurativa e menos punitiva. Nesse sentido, a delação premiada no sistema penal utiliza ferramentas que podem ser entendidas como negociações entre o Ministério Público e o acusado (com o auxílio de um advogado de defesa), durante o qual este se compromete a cumprir as condições estabelecidas pelo ordenamento jurídico, que são menos brandas do que a própria punição criminal (prisão).

Nesse sentido, Vasconcellos (2017, p. 21) define a justiça criminal negocial como:

Um modelo pautado pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – de um acordo de cooperação processual com o afastamento do acusado do cargo de resistência, via de regra, com a aplicação da rescisão antecipada, redução, rescisão integral ou qualquer fase do processo, principalmente com o objetivo de facilitar a imposição de pena penal com algum percentual de mitigação, o que caracteriza o benefício ao acusado devido à negação do bom andamento do processo penal com todas as garantias que lhe são inerentes.

Com a adoção da Lei nº 9.099/95, que criou institutos que preveem a adoção de medidas alternativas consensuais para a solução de conflitos criminais, como solução criminal, composição de danos civis e suspensão condicional do processo, tornou-se possível verificar a implementação desta justiça, que busca chegar a acordos entre acusação e defesa, evitando, na medida do possível, a violação do processo penal.

O que mais tarde chamou mais atenção com a previsão dos Juizados Especiais por meio do artigo 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, reforçando os ditames explicitados na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

Acontece que antes da implementação da Lei. 9.099/95, a lei penal foi aplicada por competência conflitante, consistindo em litígios, seja na instauração ou na revisão do processo penal, colocando, assim, as partes envolvidas (acusação e defesa) em lados opostos, cuja finalidade na vasta maioria dos casos limitava-se à aplicação de pena privativa de liberdade.

No entanto, com a introdução das primeiras instituições de justiça consensual no Brasil, os postulados tradicionalmente utilizados na justiça de conflitos, como a inadmissibilidade do processo e da punição, a ausência e a obrigatoriedade da persecução penal, foram colocados em segundo plano. , que deu origem a um modelo

processual penal associado à capacidade, discricção, acessibilidade e busca de consenso (LIMA, 2017).

Assim, após a aprovação da Lei 9.099/95, outras instituições diversas foram criadas refletindo o caráter consensual, como, por exemplo, a Cooperação Concedida prevista na Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90), na Lei de Organizações Criminosas (nº 9.034/95), nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (nº 9.080/95) e na Lei de Lavagem de Dinheiro (nº 9.613/98), e ainda podemos citar o Acordo de Leniência elencado na Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/01).

Além disso, como já observado, a instituição do Acordo de Não Persecução penal concebido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e posteriormente implementado pela Lei nº 13.964/2019, de resolução de conflitos também se refere às Regras de Tóquio (conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), aprovadas pela Assembleia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1990 pela resolução nº 45/110 como base para a adoção de instrumentos alternativos para a divulgação de casos criminais. A Cláusula 5.1 da referida resolução dispõe que:

quando for o caso e compatível com o ordenamento jurídico, a polícia, um ministério do governo ou outros serviços responsáveis pela justiça penal podem retirar o processo contra um infrator se considerarem que não há necessidade de prosseguir com o processo para a proteção da sociedade, prevenindo o crime ou promovendo o respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Um conjunto de critérios estabelecidos em cada ordenamento jurídico deve ser desenvolvido para decidir sobre a adequação do recall ou determinação de procedimentos. Para delitos menores, o promotor pode, se necessário, aplicar medidas não relacionadas à privação de liberdade.

Como resultado, não se deve esquecer que a justiça consensual nos conflitos criminais atrai medidas rápidas e eficazes não para evitar o processo penal, mas para abreviá-lo, permitindo ao acusado negociar sua liberdade em troca das medidas acima, abrindo com sucesso um processo criminal.

Nesse sentido, Alves (2018, p. 199):

A conclusão de que o direito à liberdade já foi discutido e, em alguns casos, traz resultados pragmaticamente úteis para o acusado e, ao mesmo tempo,

percebe maior eficiência ao sistema penal, [...], pode contribuir para a introdução de novos métodos e procedimentos visando objetivos semelhantes.

Vale notar que, embora não estejamos falando de um acordo de confidencialidade (um acordo para evitar a acusação pública), mas um acordo criminal (um acordo de pena), ambos representam uma clara ampliação das áreas de consenso na justiça criminal. (MESSIAS, 2019, p. 68)

Assim, é preciso perceber que a introdução do modelo de justiça criminal no Brasil é um tema muito relevante que traça uma significativa transformação do ordenamento jurídico. Assim, entende-se que a partir da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que previa um acordo de não responsabilização criminal e que foi posteriormente ratificado por meio de sua implementação pela Lei n° 13.964/2019 (conhecida popularmente como Pacote Anticrimes), houve uma ampliação do modelo consensual de conflitos penais.

2.1 Análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade número 5790 E 5793

O acordo de não persecução penal, inicialmente, foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o que gerou questionamentos quanto a sua legalidade, ao argumento que seria de competência privativa da União legislar sobre o tema. Argumenta-se, ainda, que o poder normativo do CNMP está no artigo 130-A da CFRB, que autoriza a expedição de atos normativos para regular apenas funções do Ministério Público e que ao disciplinar o acordo de não persecução penal teria invadido atribuições do Poder Judiciário e extrapolado sua competência, violando o Princípio da obrigatoriedade previsto no artigo 28 do CPP.

Nesse sentido, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), aderiu, em 6 de outubro de 2017, às Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI) nº 5.790, contestando na íntegra da referida resolução, quase simultaneamente, a Associação Brasileira dos Advogados (OAB) também ofereceu a ADI nº 5.793 em 13 de outubro do mesmo ano em face dos artigos. 1º, caput; 2º, inciso V; 7º, incisos I, II e III; e 18 do ato normativo especificado.

Ambos os processos ainda tramitam no Supremo Tribunal Federal, e o acordo de não persecução processual faz parte do objeto do recurso por eles objeto. A ADI nº 5.790 questiona a resolução do CNMP, afirmando que tal ato é de competência da União para legislar em matéria penal e processual penal, violando assim os artigos 5º, inciso II e 22, inciso I, todos da CF/88.

Alega-se que o acordo de não persecução penal foi celebrado por resolução na ausência de previsão estatutária nesse sentido, o que usurparia a competência do Poder Judiciário para processar e julgar infrações penais contrárias ao artigo 5º, incisos II, XI, XII, XXXV, LIII, LIV, LV e LVI da Constituição.

No entanto, o CNMP, para compatibilizar o Resolução nº 181/2017 com as considerações expressas nas ações diretas de inconstitucionalidade acima mencionadas, editou o Resolução nº 183/2017, a fim de aprimorar o conteúdo da autorização inicial.

Por outro lado, a AMB juntou um recurso inicial para apontar os pontos que foram corrigidos após o ato do CNMP, porém, apontou que a permanência de inconstitucionalidade na criação de hipóteses de responsabilidade não penal, sem amparo legal, submissão a o judiciário não é suficiente. Concluindo que os capítulos V, VI, VII e IX ainda são inconstitucionais.

Com isso, o processo tramitou apenas contra o artigo 19 da Resolução 181/2017, cujo texto foi acrescentado pela Resolução 183/2017, que trata da possibilidade de o Ministério Público contribuir para o arquivamento do processo, desde que haja fundamento para tal, nas hipóteses de inexistência de fundamento para instauração de processo criminal público ou porque, o arguido tenha cumprido o acordo de não persecução penal.

A ADI nº 5.793 argumenta a incompatibilidade do que a resolução dispõe com a CF/88, uma vez que há uma extrapolação dos poderes normativos do CNMP do artigo 130-A, § 2º, inciso I, além da usurpação da competência privada de da União, prevista no artigo 22, inciso I, bem como o descaso das instituições policiais, violação dos princípios da reserva legal, segurança jurídica, inacessibilidade do processo penal, impessoalidade, imparcialidade, proteção suficiente, controvérsia e devido processo legal.

Mas, na verdade, o principal argumento utilizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é a ausência de previsão legal sobre a inconstitucionalidade da constituição do instituto, tendo em vista que foi fundado por Resolução editada pelo CNMP, formalmente diversa da lei, sendo, portanto, uma inovação no ordenamento jurídico, houve a extrapolação dos poderes regulatórios ao decidir questões de competência exclusiva da União com funções legislativas (art. 22, I, CF/88). Persistem dúvidas sobre o envolvimento no princípio da inacessibilidade do processo penal, pois esta é a regra para a instauração do processo penal público.

Apesar das mudanças trazidas pela edição da resolução 183/2017, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados continuou afirmando que os artigos 1º, caput, 2º, inciso V e 18 ainda continham infrações inconstitucionais, conforme consta no original.

Ocorre que na análise das referidas exceções de inconstitucionalidade, como será visto na próxima seção, há uma real inconsistência na apresentação dos referidos argumentos, seja em relação à ADI nº 5.790, seja em relação à ADI nº 5793.

No meio dessa celeuma, a lei 13.964/2019, denominada pacote anticrime, passou a prever o acordo de não persecução penal ao inserir o art.28-A, do CPP, afastando um pouco a forma retributiva da Justiça Criminal.

O artigo 28-A, CPP, possui 4 incisos e 13 parágrafos que definem o cabimento e funcionamento do ANPP.

O acordo funciona, resumidamente, da seguinte forma: a proposta será ofertada ao acusado quando o fato ocorrido não for caso de arquivamento, o investigado ter confessado a prática, que não tenha sido violenta ou mediante grave ameaça, e que a pena mínima seja inferior a quatro (quatro) anos.

Presentes tais pressupostos, o MP poderá oferecer como parte do acordo: a reparação do dano, a renúncia voluntária de bens e direitos que sejam produto ou proveito do crime, prestação de serviço à comunidade, pagamento de prestação pecuniária ou qualquer outra condição que o membro do ministério público julgar necessária e que seja proporcional e compatível à infração penal.

2.2 Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal

Para abordar a constitucionalidade da regulamentação do Acordo de Não Persecução Criminal do Ministério Público, importa estabelecer as premissas que lhe estão subjacentes.

Em primeiro lugar, notamos que a execução do contrato se deu por meio de resolução, de modo que se depreende das resoluções do CNMP que elas possuem força normativa, conforme se depreende do art. 130-A, §2º, inciso I, da Constituição da República, que confere ao Conselho Nacional do Ministério Público o poder de “supervisionar a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos normativos de sua competência ou recomendar ações”.

Assim, para Sampaio (2007, apud, Ferraz, 1977, p. 107), o órgão, quando autorizado pela Constituição Federal, pode utilizar tanto meios materiais quanto normativos necessários para alcançá-lo, para atingir determinados objetivos. Assim, um administrador que ordena ou proíbe concretamente também pode fazê-lo em circunstâncias equivalentes, abstratamente

Logo, vê-se que tais poderes do CNMP são constitucionais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou na decisão da ADC 12 MC, com base no § 4º do art. 103-B da Carta Magna, que as resoluções do CNJ e, portanto, também as do CNMP, têm caráter normativo primordial. Assim, de acordo com o entendimento também expresso pelo STF, com base na decisão do MS 27.621, a autoridade legal para emitir esses atos normativos consiste em instruções, de forma abstrata e de competência do órgão, ordens e obrigações para seus destinatários.

Com efeito, Cabral (2018, p. 31) afirma:

Assim, é correto afirmar que de acordo com a jurisprudência estável do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público pode expedir regulamentos autônomos, desde que é chamado a regular diretamente a aplicação dos princípios constitucionais.

Neste contexto, é importante dizer que o instituto criado resulta de situações específicas surgidas no âmbito das atividades do Ministério, o que não significará a inconstitucionalidade de sua regulamentação por esses meios.

Pela constitucionalidade do tratado, quando foi regulamentado pela resolução do CNMP, não há que se falar em invasão da competência legislativa da União, prevista no art. 22 CF/88, sob a influência do fato de serem manifestação de norma processual, uma vez que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que normas processuais são aquelas relativas aos poderes, aos atos de competência, às garantias do contraditório e ao devido processo, como bem como os direitos e ônus das relações processuais.

Portanto, o acordo de não persecução penal não contém figuras desses elementos, portanto, não é uma norma processual.

Por outro lado, também não há processo criminal na base do acordo, portanto, não se trata de violação da competência legislativa da União, assim, quanto a essa exceção de inconstitucionalidade, a Cabral também ensina (2018, p. 35):

Assim, pode-se dizer que a pessoa sob investigação, cumprindo tal obrigação (por exemplo, pagar multa ou prestar serviços à sociedade), nenhuma punição é cumprida, justamente porque uma das principais características do conceito de pena, a saber, sua imperatividade, está ausente. Em outras palavras, o Estado pode executar uma sentença independentemente da vontade do condenado.

É preciso concluir que o acordo sobre a não persecução penal não prevê a aplicação da pena, portanto, não diz respeito à questão do direito penal, portanto, não há base fática capaz de sustentar uma possível violação do conteúdo do art. 22, I, da Constituição.

É necessário esclarecer que a natureza jurídica do acordo não é norma processual ou penal, portanto, é norma de natureza extrajudicial, que se consubstancia na política penal do sujeito do processo penal público, o público. Ministério.

É o que se depreende da lição de Cabral (2018, p. 38):

A própria autoridade/obrigação do Ministério Público de conduzir uma política criminal adequada baseia-se na sua titularidade do processo penal, na posse do monopólio do poder público processo criminal, é que esta possibilidade de celebrar acordos de não persecução penal pode ser retirada.

No entanto, se houve debate sobre a competência do Conselho Nacional da Função Pública para introduzir no ordenamento jurídico brasileiro por meio de resolução a

instituição do Acordo de Não Persecução de Criminosos da Lei nº 13.694/2019, eles foram resolvido ou pelo menos amenizou o debate nesse sentido, uma vez que foi incluída a possibilidade de Ministério de Estado oferecer Acordo de Não Persecução Criminal quando preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE A ATUAÇÃO DO MP

O acordo de não persecução penal, inicialmente previsto em uma Resolução do CNMP _ resolução 181/17, em 2019, foi inserido no CPP pela Lei 13.964/19. Tal instrumento faz parte de uma adoção pelo Estado brasileiro de um modelo de justiça negociada e adoção de medidas despenalizadoras no processo penal.

Esse modelo de justiça foi inicialmente adotado no Brasil em 1995, a Lei n. 9.099 instituiu juizados especiais cíveis e criminais e, no campo penal, os tribunais têm competência para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo e contravenções, entendidas como aquelas cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, quando se previu diversas medidas despenalizadoras como transação penal, suspensão condicional do processo.

Além disso, refira-se que o processo na vara criminal será regido pelos princípios da celeridade, informalidade, economia processual e oral, visando, sempre que possível, indenizar a vítima pelos danos e aplicar penas não privativas de liberdade.

Nesse sentido, a Lei dos Juizados prevê o art. 76, o instituto da transação penal, que define a possibilidade de que, mesmo em se tratando de processo penal público incondicional, possa ser proposta diretamente pena restritiva e multa, santificando assim o princípio batizado de doutrina da discricionariedade regulada ou princípio da obrigatoriedade mitigada.

Assim, nota-se que a inclusão do instituto dos atos criminosos no ordenamento jurídico brasileiro fortalece a tese de que não há obrigatoriedade na execução das ações penais públicas, pois mesmo nos casos em que há indícios confiáveis de autoria e

materialidade, o Ministério Público não poderá apresentar queixa, desde que o autor do ato criminoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos da referida norma legal.

Nesse sentido, Silva (2016, p. 1) acrescenta:

Com a publicação da Lei 9.099/1995, o princípio da obrigação foi flexibilizado. Tornou-se possível a tramitação do processo penal em crimes de menor complexidade e a suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89). A oferta de quitação da multa e a oferta de suspensão do processo não são opcionais. Um membro do Ministério de Estado não tem total discricionariedade para optar por aplicar ou não os benefícios. Existe uma regra discricionária, na qual a análise de sua conveniência e possibilidade é realizada levando em consideração o caso concreto. De forma justificada, o ministério pode deixar de conceder benefícios, mas segundo critérios legais.

Por outro lado, Souza (2007, p. 168) entende que o dever de atuação do Ministério Público ainda permanece, mesmo que à luz da instituição da operação criminosa, apenas com a competência para avaliar que forma de intervenção revela o que é o mais adequado ao caso concreto, abstraindo-se de considerações relativas à conveniência e possibilidade de adoção da medida escolhida, critérios que se conjugam com prescrições legalmente estabelecidas e observância das instruções inerentes à própria instituição ministerial.

No mesmo sentido, Afrânio Silva Jardim (2000, p. 53) discorda da afirmação de que o sistema adotado pela Lei n. 9.099/1995 flexibiliza o princípio da obrigatoriedade ao fundamentar que o dever de atuação do ministério estadual decorre do momento em que há presunções legais. O autor ressalta que a indisponibilidade da responsabilidade penal é um princípio que não permite aplicação parcial sob a ameaça de punição.

No entanto, em clara contradição com o instituto da suspensão condicional do processo, o instituto descriminalizador previsto no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Jardim (2000, p. 101) reconhece que é preciso reconhecer a flexibilização da indisponibilidade da ação penal pública, pois mesmo após a apresentação da denúncia, o órgão ministerial oferecerá a acusou uma suspensão da liberdade condicional, sujeita ao cumprimento de algumas condições legais. Após cumprir esses requisitos dentro do prazo prescrito, a punição será retirada do acusado. Assim, no sistema de suspensão condicional do processo, Jardim entende que o Ministério Público deve transferir a acusação ao tribunal, mitigando assim a indisponibilidade do processo penal público.

Note-se que o instituto da suspensão condicional do processo aplica-se aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois anos, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Além disso, conclui-se que a introdução da transação penal (artigo 76) e a suspensão condicional do processo (artigo 89) no ordenamento jurídico brasileiro tornou-se um importante avanço no sentido de desconstruir o mito da obrigação de ações, pois tal instituição confere ao Ministério Público, ao analisar um caso concreto, a ampliação dos poderes discricionários na análise dos critérios de conveniência e a possibilidade de exercer ou não o direito de demandar, ainda que limitado a determinados crimes.

Continuando este Norte, segundo os escólios de Grinover (2002, p. 95), a Lei n. 9.099/1995 abriu espaço no sistema regulatório brasileiro para acessibilidade legalmente regulamentada e está sujeita ao controle judicial, e tal inovação não pode ser confundida com o princípio da acessibilidade pura e irrestrita. O supracitado cientista também esclarece:

O direito regulado à discricionariedade é uma resposta realista do legislador (e, em nosso sistema, do órgão eleitoral) à ideia de que o Estado moderno não pode e não deve processar todo e qualquer delito sem reconhecer, por qualquer motivo ou circunstâncias, vale a pena prestar atenção a uma certa discricção na escolha das infracções penais. (GRINOVER, 2002, p. 95).

Conforme definido pelo Estatuto, em seu artigo 129, § 1º, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional são os princípios institucionais do Ministério Público.

O princípio da independência funcional confere aos membros do Ministério Público autonomia de convicções, pelo que, no exercício das suas atribuições, procuradores e procuradores não obedecem a qualquer autoridade hierárquica, obedecendo apenas à Lei e à sua consciência. Nessa ótica, para Luís Alberto David Araújo (2012, p. 451), “no exercício das funções processuais, um funcionário do serviço público não se reporta a ninguém, mas à sua própria consciência, tendo a oportunidade de usar argumentos e posições jurídicas que ele considera mais adequado.

Para Mazili (1995, p. 3),

[...] a independência funcional faz parte da nobreza da instituição da função pública, e sem ela os órgãos da função pública nada mais seriam do que meros

subordinados ou funcionários hierárquicos; no entanto, não o são precisamente porque se veem apenas sob os auspícios da lei e de sua consciência.

Nesse contexto, deve-se notar que a liberdade de crença dos membros do Ministério Público tem limites decorrentes da estrutura da instituição e dos objetivos institucionais, uma vez que sua atuação é obrigatória para garantir interesses sociais e individuais inaccessíveis, a proteção da ordem jurídica e o regime democrático, e liberdade de crença não pode ser confundida com arbitrariedade, que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Estabelecidas essas premissas iniciais, constata-se que o regime de ações penais públicas fragiliza a prerrogativa da independência funcional dos integrantes do Parquet, haja vista que quando são obrigados a apresentar queixa, sem qualquer reserva à análise de conveniência e possibilidade em um caso específico, sua liberdade de crença é prejudicada.

Ressalte-se que, defendendo a flexibilização do regime de obrigatoriedade como forma de fortalecer a prerrogativa da independência funcional do ministério estadual, não queremos dizer que o integrante do Parquet possa atuar de forma absolutamente livre e à margem da Constituição Federal e do sistema legal.

Defendemos que, caso a caso, a flexibilização do princípio da indisponibilidade proporcionará maior margem de ação ao Ministério Público, que sempre poderá atuar razoavelmente segundo critérios legais, conveniência, oportunidade e mesmo política criminal.

Veja-se o exemplo dado por Mazzilli (1995, p. 1) retirado de um caso em São Paulo na década de 1990:

Em processo criminal, o réu foi condenado em primeiro grau por ter incorrido na pena do art.16 da Lei nº 6.368/76 por porte de vários gramas de cocaína; recorreu da sentença e, em contra-argumentos, o promotor se manifestou sobre sua absolvição com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, ou seja, pela inexistência de infração penal. O promotor teria excedido sua independência funcional ao se recusar a aplicar a lei existente e agir como se o ato tivesse sido descriminalizado? Essa foi a opinião do procurador, que redigiu ofício ao Tribunal e, realizando uma atividade fiscalizadora constante, encaminhou o conceito de insuficiência ao Ministério Público para anotar no Ministério Público um registro profissional. Tendo-lhe dado o conceito de

culpa, o Procurador-Geral entendeu que o procurador violou a sua principal função institucional, exigindo a absolvição do arguido, pois para isso o procurador negou a validade das disposições da Lei das Substâncias Tóxicas, referindo-se à inconstitucionalidade de arte. 16 da Lei nº 6.368/76. Contra a decisão do inspetor-geral, que manteve um conceito funcional humilhante em seus assentamentos, o procurador recorreu ao Conselho Superior do Ministério do Estado, previsto no art. 42, § 3º da Lei Estadual Complementar n. 734, de 26 de novembro de 1993. Em suas razões, alegou que, defendendo sua tese em processo penal, manifestou condenação judicial dentro dos limites da independência funcional. No final, após um debate profundo e intenso, o Conselho Superior aprovou por maioria de votos o recurso apresentado pelo Promotor. A decisão do Corregedor-Geral do Ministério Público, que ordenou lançar o conceito de insuficiência de vagas funcionais, foi cassada.

Além disso, no exemplo dado, percebe-se que o Ministério Público agiu de acordo com critérios criminais e políticos, por entender a atipicidade de determinado dispositivo da Lei n. 6.368/1976 (atualmente revogada pela Lei nº 11.343/2006). Segundo Mazzilli (1995), neste caso, um membro da promotoria violou o princípio da obrigação ao exigir a absolvição do réu com base no critério de crença pessoal e política criminal, pois a prerrogativa de independência funcional era insuficiente para justificar a conduta do agente político acusado.

Discordando desse entendimento, entendemos que a sistematicidade da suposta obrigatoriedade de ações penais do sistema regulatório brasileiro fragiliza e mina a independência funcional dos membros do ministério público, gerando inconsistências e injustiças em um caso específico, devendo o agente político ter mais liberdade de ação, levando em consideração os critérios legais, oportunidades, conveniências, convicções pessoais, política criminal e critérios sociais para formar sua opinião criminal e poder optar por denunciar ou não, desde que o faça de forma fundamentada.

3.1 CRFB/88 e o Ministério Público

A promulgação da Constituição de 1988 revitalizou e ampliou significativamente as funções do Ministério Público, dotando-o de autonomia funcional, administrativa e orçamentária para proteger a ordem jurídica e os direitos fundamentais.

Na nova ordem constitucional, a instituição ministerial deixa de ser um órgão que se manifesta em atos processuais para se tornar um verdadeiro protagonista na proteção de interesses sociais e individuais inacessíveis e na implementação da política estatal.

Assim, na esfera penal, o Ministério de Estado deixa de ser um órgão de acusação comum, que passa a ser um estímulo à política criminal. Essa premissa é justificada de várias maneiras.

Com efeito, o MP é essencial para a função jurisdicional do Estado, sendo impossível criar um instrumento de promoção, aperfeiçoamento e transformação do direito penal e do processo penal sem a participação ativa do Ministério Público (TIVERON, 2014). Além disso, de acordo com as ordens constitucionais, o órgão ministerial, protetor da lei e da ordem e como participante do processo penal, tem o dever de zelar pelo cumprimento da missão constitucional do direito penal, assegurando que o processo seja instrumento de política criminal. Sendo responsável por filtrar as ações criminais, um membro do ministro pode, dentro de certos limites, escolher quais infrações merecem ser processadas na justiça.

Assim, tendo em conta as prerrogativas e competências constitucionais do Ministério Público, a atividade deste órgão responsável pelos processos criminais públicos exige um novo sistema processual, em que a flexibilização da inacessibilidade dos processos criminais públicos reforça a independência funcional dos membros, e também prevê maior liberdade de ação para proteger os interesses sociais e os direitos fundamentais dos indivíduos.

3.2 Indisponibilidade do Ministério Público

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê claramente o art. 129, inciso I, que é a função institucional do Ministério Público para conduzir processos criminais públicos na forma da lei.

Além disso, é determinado pelo art. 100 do Código Penal, que o ato criminoso é geralmente público, salvo quando a lei expressamente o declarar privado para o infrator, e que contribuirá para o Ministério Público.

No mesmo sentido, o art. 24 do Código Penal, que "nos crimes de natureza pública, isso será facilitado pela denúncia do Ministério Público, mas isso dependerá, quando exigido por lei, de requerimento do Ministério Público ou da representação de ofendido ou qualquer pessoa habilitada a representá-lo".

Diante desse sistema, a maior parte da doutrina brasileira deriva desse conjunto normativo a ausência de ações penais públicas no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, como será demonstrado a seguir, a obrigação de instauração de processo criminal por órgão ministerial não está prevista de forma clara e efetiva no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, da leitura dos dispositivos acima referidos, conclui-se que a Constituição e a lei penal apenas atribuíram ao Ministério Público o nome da ação, sem especificar que deveria ser necessária e obrigatória, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano, que prevê que o Ministério Público é obrigado a realizar o processo penal, e o espanhol, que prevê expressamente que o agente político do ministro é obrigado a praticar todas as ações penais que considere adequadas.

Nessa linha de raciocínio, é relevante a crítica de André Luis Alves de Melo, ao identificar que o problema do sistema processual penal brasileiro não é um ritual, mas um mito, pois tal mito é transmitido quase mecanicamente nas faculdades de direito e reproduzido em concursos públicos sem maiores reflexões:

O problema é que a lei brasileira não prevê ações penais obrigatórias. Tampouco se pode dizer que decorre do princípio da legalidade, pois se não houvesse lei diretamente vinculante, não haveria legalidade alguma. E mesmo em países onde isso está claramente previsto, como na Itália, a necessidade de concretizar essa oportunidade está crescendo extremamente. Em outras palavras, o problema no Brasil não é um ritual, mas um mito. (MELO, 2011, p.1).

Nesse sentido, Luiz Gazoto (2003) argumenta que o princípio da inacessibilidade do processo penal é um verdadeiro dogma entre os advogados brasileiros, sem questionamentos ou questionamentos adicionais, o que constitui uma grave heresia para proteger a flexibilização de sua obrigação.

Além disso, também é importante notar que as disposições acima datam de 1941 e não foram atualizadas por leis posteriores.

Com o advento da Constituição de 1988 e a estruturação do Ministério Público e do Judiciário, além da superação do processo penal inquisitivo, faz-se necessária uma nova leitura desses artigos; como se vê, nenhum dos dispositivos legais supracitados prevê efetivamente a obrigação de praticar atos criminosos.

Outros artigos que justificariam o sistema de inacessibilidade, para quem entende que opera no Brasil, são o art. 42 e 576 do Código de Processo Penal, que determinam, respectivamente, que “o Ministério Público não pode abandonar o processo criminal” e “o Ministério Público não pode abandonar a denúncia por ele apresentada”.

Novamente, como se depreende da leitura e interpretação dos dispositivos acima, nenhum deles prevê diretamente a indisponibilidade do processo penal. Tais artigos apenas estabelecem que o órgão ministerial não pode retirar recurso que poderia interpor, mesmo sem determinar a obrigatoriedade do recurso, nem pode retirar processo-crime.

Segundo Melo (2011), esse é um ponto discutível, uma vez que, em última análise, o Ministério Público não poderá retirar seu recurso, mas nada impede o Procurador, em segunda instância, de buscar a absolvição ou a obrigação do promotor, na instância ordinária, de recorrer.

Sustentando esses argumentos, há também o fato de que o deputado popular não é obrigado a avançar com pedido de condenação pelas ações apresentadas, conforme o disposto no art. 385 da Lei Adjetiva Penal. O referido artigo estipula que “nos crimes de natureza pública, o juiz pode proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha manifestado parecer de justificação, bem como reconhecer circunstâncias agravantes, ainda que não tenham sido enunciadas”.

Ressalte-se que tal dispositivo tem constitucionalidade questionável, uma vez que, sob os auspícios do sistema acusatório, o juiz não poderia proferir sentença condenatória quando o sujeito da ação exigisse diretamente a absolvição do acusado.

Assim, os defensores da não acusação referem-se ao art. 28 do Código de Processo Penal para justificar a aceitação da obrigatoriedade. Para os que defendem esse entendimento, tal disposição santificaria o juiz como um “inspetor” do dever, uma vez que ele pode discordar das razões apresentadas pelo Ministério Público para promover a abertura do processo e encaminhá-lo ao juiz presidente. instituição ministerial.

Para Melo (2012, p. 1), o dispositivo em questão é novamente mal interpretado porque

[...] ao afirmar que um juiz pode discordar dos "motivos" de uma petição, não limita esses motivos, mas apenas veicula fundamentos para revisão judicial, e se o juiz discordar, ele deve encaminhar à PGJ para uma decisão. Agora, caso o juiz concorde com os motivos, pode haver temas como "prioridade de tramitação", motivos de política criminal, falta de pauta para a audiência, e outros temas que não sejam apenas sobre tipicidade e autoria, como prevaleceu.

Diante do exposto, pode-se concluir que o princípio da obrigatoriedade da persecução penal no Brasil é um verdadeiro mito. Nenhum dispositivo legal do ordenamento jurídico nacional prevê diretamente que a execução de ações penais seja obrigatória, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Por fim, deve-se notar que os defensores da indisponibilidade alegam que o relaxamento desse princípio criaria uma sensação de impunidade. No entanto, esta disposição não é suportada porque a apresentação de uma queixa não garante por si só uma condenação.

Além disso, deve-se reiterar também que nosso direito penal e processo penal remontam à década de 1940, redigidos sob um regime ditatorial e época em que prevalecia a cultura da curiosidade. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o fortalecimento das prerrogativas do funcionalismo público, esse princípio não encontra mais refúgio no sistema regulatório brasileiro.

No entanto, apesar desses argumentos, o mito da compulsividade ainda prevalece no Brasil, o que exige uma releitura urgente dos dispositivos legais acima, pois, embora não prevejam ações obrigatórias e obrigatórias do Ministério Público para facilitar o processo penal, ainda não assimilaram a "nova" cultura processual penal, em que o processo penal não é apenas um instrumento de persecução penal e de aplicação de sanções, mas um verdadeiro instrumento de política criminal, deixando ao sujeito da ação mais liberdade no "filtrar" ações criminosas, podendo, dentro dos limites da conveniência e oportunidade, escolher quais violações merecem ser processadas judicialmente.

Como se pode perceber a partir da evolução e santificação do dever da ação penal pela doutrina brasileira, observa-se que esse processo não é considerado como instrumento de política criminal, mas sim como simples instrumento de aplicação de sanções. Essa

característica do processo brasileiro se mostra como reflexo da chamada racionalidade penal moderna entre nós.

A racionalidade penal contemporânea, construção de Álvaro Pires (2004), é entendida como um sistema de pensamento que se identifica como relacionado à justiça criminal, denotando uma forma específica de racionalidade que se materializou em determinado momento histórico. Segundo o autor:

Um dos efeitos da racionalidade penitenciária moderna será a naturalização da estrutura normativa originalmente escolhida pelo sistema penal. Quando tentamos pensar diferente sobre o sistema penitenciário, nos damos conta da colonização que ele faz no nosso modo de ver as coisas. No direito penal, a norma de comportamento é muitas vezes formulada na forma de uma estrutura regulatória telescópica do seguinte tipo: "quem cometeu x, pode ou deve ser punido por y. (PIRES, 2004, p. 41).

Em relação a esse entendimento, pode-se observar que a racionalidade penal moderna cria um ambiente propício para o cultivo do mito da obrigatoriedade da ação penal no Brasil, uma vez que a estrutura de pensamento e o sistema penal permanecem intactos e não podemos imaginar ou visualizar outra perspectiva de ver o direito penal e processo. Em outras palavras: o direito penal adere à lógica punitiva, segundo a qual o crime equivale necessariamente à sanção, e nesse sentido o processo servirá apenas como instrumento para a aplicação da pena, não podendo haver sua abdicação (nos crimes de ação penal pública incondicionada), e o processo penal não pode servir aos objetivos da política criminal.

4 AÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE

De início, é importante resgatar o conceito do processo penal como meio de persecução para verificar a veracidade e necessário para a aplicação do poder punitivo do Estado, afinal, o processo está intimamente relacionado às ações penais, que são “um ato jurídico ou mesmo uma iniciativa de ir ao tribunal em busca da lei, com efetiva tutela jurisdicional de execução, que funciona como forma de induzir o Estado a prestar tutela jurisdicional”. (LIMA, 2018, p. 209)

A ação penal também tem sua base, extraída do texto constitucional (art. 129, I, CF/88), que confere ao Ministério Público um título particular (legitimidade ativa) para facilitar a ação penal nos crimes processados por meio de processo penal estadual.

No entanto, para exercer seu potencial direito de facilitar uma ação, o Ministério de Relações Públicas é obrigado a cumprir certas regras/princípios que regem as ações penais públicas, incluindo vinculação e indisponibilidade. (LOPES JR, 2019)

O princípio do dever, também chamado de legalidade processual, prevê que o órgão ministerial, se presentes as condições para uma reclamação, tem o dever de apresentar queixa (material incriminador). Entendendo que não há condições para ajuizamento da ação, um membro do Ministério Público deve solicitar o arquivamento do inquérito (material investigativo) perante o juiz, que, conforme sua decisão, será responsável pelo seu arquivamento. (LOPES JR, 2019)

Sobre o princípio pertinente, Renato Brasileiro acrescenta:

[...] as autoridades da persecução penal não reservam nenhum critério de benefício político ou social para decidir se deve agir ou não. Assim, diante de notícias sobre infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais são obrigadas a continuar a investigação de fato criminoso ao Ministério Público, impõe-se o dever de denunciar caso vejam elementos de informação sobre a existência de fato típico, ilícito e culposo, além da presença das condições do processo penal e dos motivos justificados para a instauração do processo penal. (LIMA, 2018, p. 245)

O princípio da obrigatoriedade não está diretamente consagrado no ordenamento jurídico pátrio, sendo sua aplicação derivada da leitura do art. 24 do Código de Processo Penal.

Jacinto Coutinho, referindo-se ao referido princípio, afirma tratar-se de um trabalho doutrinário e jurisprudencial de tutela da autonomia do serviço público, prioritariamente no combate a ingerências externas, como sejam de natureza política.

Importa notar que a obrigação decorrente da leitura do artigo 24.º do Código de Processo Penal não se refere ao facto de o Ministério Público ser sempre obrigado a lutar pela condenação do arguido. Tal interpretação é inadequada porque um ministério público deve proteger os interesses individuais, como a liberdade de movimento. Assim, se concluir que não há provas passíveis de condenação, deverá postular a absolvição do réu. (LIMA, 2018)

Além do princípio da obrigação, é importante discutir o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

O princípio da inacessibilidade funciona como um desdobramento do princípio da obrigação, pois seria ilógico obrigar um órgão ministerial a iniciar o processo e recusá-lo sem motivo. Assim, além do dever do Departamento de Estado de apresentar queixa – passível de ação – também é obrigado a continuar atuando no processo. Assim, o princípio da obrigação pode ser observado na fase pré-julgamento, ou seja, antes do início do processo propriamente dito, o princípio da inacessibilidade está previsto na fase processual, pois após o início do processo, o Ministério Público não pode dispor ou sair do processo. (LIMA, 2018)

Nos textos legais, o princípio da inacessibilidade está contido nos artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal.

Assim, conforme já observado em relação ao princípio da obrigação, o princípio da indisponibilidade não impede que o Ministério Público – caso esteja convencido – exija a absolvição do acusado. Relativamente ao pedido de escusa do Ministro, reitera-se que o Ministro "não o faz por 'imparcialidade' ou porque tem antecedentes criminais, mas como funcionário público está obrigado a respeitar estritamente os princípios da objetividade, impessoalidade e, sobretudo, legalidade" (LOPES JR, 2019, p. 204).

Como se pode concluir, contrariamente à experiência do direito americano, o Ministério Público brasileiro está legalmente obrigado a facilitar ações penais públicas quando suas condições estiverem presentes, o que permite ao Ministério Público dos Estados Unidos comandar o processo suprimindo a fase instrucional com uma delação premiada, negociando diretamente a sentença aplicável ao caso.

No entanto, vale destacar que a aplicação dos princípios da obrigação e da inacessibilidade - com a introdução da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995) - foi relativizada. A Lei nº 9.099/1995 introduziu em nosso ordenamento jurídico os institutos da negociação (acordo penal e suspensão condicional do processo), que têm o poder de resolver o processo mediante acordo entre as partes.

A introdução de um ato criminoso amenizou o princípio da obrigação, pois se os requisitos expressos no art. 76 da Lei nº 9.099/1995, o Ministério Público poderá abster-se de apresentar queixa propondo a aplicação imediata de pena limitante de direitos ou multa, que, aceita e executada, anula a criminalidade do investigado. Esse fenômeno obrigou a doutrina a criar um novo princípio, o princípio da discricionariedade regulada ou obrigação mitigada. Ressalte-se que o princípio da “prudência” também pode ser observado nos casos de indulto judicial concedido com base em acordos de cooperação (Lei nº 12.850/2013). (LOPES JR, 2019)

A suspensão condicional do processo (requisitos previstos no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995) foi responsável pela relativização do princípio da inacessibilidade, pois juntamente com a apresentação da reclamação pelo magistrado) o Ministério Público pode propor um acordo sobre a suspensão do processo sob a condição de que o arguido aceite a oferta e cumpra as medidas acordadas no prazo fixado. Findo o período de suspensão e cumprido o arguido nos termos estabelecidos, a pena será-lhe retirada.

Por fim, no que se refere às regras obrigatórias e às regras de inacessibilidade e suas exceções, deve-se ressaltar que os acordos estabelecidos em ambos os casos se destinam a crimes “com menor potencial ofensivo” e levam ao afastamento da punição do agente (são medidas diversificadoras), que difere da proposta do art. 395-A do pacote anticrime, que prevê a possibilidade de um acordo sobre a sentença condenatória, com imposição de pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, há correntes criminológicas que defendem a adoção de espaços de consenso no processo penal, caso sejam destinados a pequenos delitos, por ser uma alternativa aos efeitos estigmatizantes de uma sentença penal. Citado:

De fato, há uma forte tendência metodológica na criminologia moderna de dividir o crime de acordo com seu potencial ofensivo, dando a cada aspecto do fenômeno criminal uma “resposta adequada”. O sistema legal deve prever para cada tipo de crime respostas criminais quantitativa e qualitativamente distintas com suas próprias ferramentas e procedimentos. Além disso, o novo modelo de justiça criminal deve definir claramente “espaços de consenso” (relativos à pequena e média criminalidade) e “espaços de conflito” (crimes graves). (MOLINA; GOMES, 2008, p. 507-508)

A constituição federal preocupou-se em estabelecer garantias para aqueles que seriam processados. A explicação para essa clara aceitação dos princípios em seu texto decorre

da origem histórica das garantias individuais como forma de proteção contra a arbitrariedade do Estado, bem como da relevância do bem jurídico que é posto em julgamento: a liberdade.

Como princípio norteador, pode-se citar o princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF/88), que “consiste em assegurar o direito da pessoa a não ser privada de sua liberdade e propriedade sem a garantia de processo de acordo com o procedimento estabelecido por lei.” Esse princípio garante ao acusado a integralidade de sua proteção, e também está indissociavelmente ligado a outros princípios constitucionais, que serão discutidos a seguir.

Cesare Beccaria em 1764 (p. 69) já havia alertado que “uma pessoa não pode ser chamada de acusado antes do julgamento de um juiz, e a sociedade só pode privá-la da proteção pública depois de decidir que violou os acordos pelos quais lhe foi concedido isso”.

A ideia foi sugerida em várias declarações e convenções, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1953), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Na legislação brasileira, a ideia de impossibilidade de declarar um cidadão culpado enquanto ainda houver dúvidas foi implicitamente interpretada antes da adoção da Constituição Federal de 1988. Após a aprovação do art. 5º, inciso LVII, da CF/88 contém claramente o princípio da presunção de inocência (presunção de inocência:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em síntese, o princípio enunciado “pode ser definido como o direito de não ser considerado culpado até o final do devido processo legal, durante o qual o acusado deve ter usado todas as provas relevantes em sua defesa (defesa ampla) e destruir a credibilidade das provas fornecidas pela acusação (contradição).” (LIMA, 2018, p. 43)

O princípio da presunção de inocência tem três manifestações que se integram à ação penal do Estado, construindo um A segunda é sob a forma de postulado relativo ao tratamento do arguido durante a acusação ou absolvição do acusado. (LOPES JR, 2019)

Aury Lopes Jr. (2019, p. 98) ensina que o princípio da presunção de inocência impõe ao sujeito acusado o dever de se comportar, e esse dever é observado nas dimensões interna e externa do processo:

na dimensão interna, é o dever do recurso interposto inicialmente ao juiz, determinando que o ônus da prova recai inteiramente sobre o acusado (pois se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduz inevitavelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); mesmo na dimensão interna, prevê restrições estritas (abuso) ao uso de centros de prisão preventiva (como prender um não condenado?). Por fim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe ao juiz as regras de decisão. Fora do julgamento, a presunção de inocência exige proteção contra publicidade ofensiva e estigmatização (precoce) do réu. Isso significa que a presunção de inocência (assim como as garantias constitucionais de imagem, dignidade e privacidade) devem ser utilizadas como verdadeiros constrangimentos democráticos à exploração abusiva da mídia em torno do ato criminoso e do próprio processo judicial. O estranho espetáculo encenado pelo julgamento da mídia deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

A regra da prova (*in dubio pro reo*) decorre do princípio da presunção de inocência, que estabelece que "o acusado tem o ônus de provar a culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável, não de provar sua inocência". Gustavo Henrique Badaró (2003) argumenta que essa regra probatória consiste na exigência de um veredicto de culpa, que só pode ser proferido após a resolução de qualquer dúvida razoável.

Esta regra de condenação com base na presunção de inocência determina que o juiz, analisando as provas colhidas no processo, deve estar convencido da prova da autoria e da materialidade do crime de forma a anular a presunção de inocência do acusado. Ou seja, "impõe ao juiz uma regra que o proíbe de condenar alguém cuja culpa não tenha sido totalmente comprovada". (LOPES JR, 2019)

Também é necessário destacar os princípios do contraditório e da proteção integral previstos no art. 5º, inciso LV CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A contradição é concebida como um meio para os réus confrontarem as provas e provarem a verdade no contexto do conflito gerado pelo julgamento (acusação x defesa). Essencial para a configuração do sistema acusatório do processo e a existência de sua estrutura dialética é o ato de contradição, que é incriminado pela acusação.

Na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o princípio da contradição sempre foi entendido como uma ciência bilateral dos atos ou condições de um processo e da possibilidade de contradizê-los. De acordo com este conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria relacionado à discussão dialética dos fatos do caso, devendo ambas as partes, não apenas a defesa, ter a possibilidade de verificação mútua das ações praticadas durante o processo. Para tanto, utiliza-se a doutrina da expressão “audiência bilateral”, que se justifica pela expressão latina *audiatur et altera pars* (o lado oposto também deve ser ouvido). Portanto, haverá dois elementos de contradição: a) o direito à informação; b) o direito de participar. Assim, a contradição será a informação necessária para as partes e uma possível reação às ações adversas. (LIMA, 2018, p. 52)

A controvérsia passou a ser considerada como medida da igualdade das partes. Portanto, deve-se garantir um equilíbrio entre acusação e defesa. Portanto, a contradição desempenha um papel importante na democratização do processo penal, por isso a sentença deve garantir a participação igualitária das partes no processo penal.

Não obstante, é importante considerar o princípio da defesa suficiente (previsto constitucionalmente na mesma seção que o princípio do contraditório). O direito à proteção está indissociavelmente ligado à contradição, pois a primeira é um mecanismo para sua efetivação.

A Constituição Federal, ao prever o direito à proteção integral, assegura o direito à proteção técnica (na forma de advogado de defesa) e à legítima defesa, que se complementam.

A proteção técnica é inacessível e irreversível, ou seja, não é permitido o processo penal sem a participação de um advogado (editado pelo artigo 261.º do Código de Processo Penal). Se o acusado não tiver condições econômicas de prover seu próprio defensor, ou se por qualquer motivo se abstenha de nomear um defensor, o juiz deverá nomear um defensor público ou um advogado de defesa. O curso do processo sem aplicação de

tutela técnica é nulidade absoluta (artigo 564, III, c, CPP). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 708.

Por outro lado, legítima defesa é o direito do acusado de contestar pessoalmente as alegações da acusação. A legítima defesa pode ser entendida como um direito disponível, pois o acusado não pode ser obrigado a participar de ações como a prestação de perícia e o exercício de seu direito ao interrogatório. (LIMA, 2018)

De acordo com os princípios enunciados, o conceito de prova no âmbito do processo penal só pode ser utilizado para se referir aos elementos de condenação que são produzidos, via de regra, durante o processo, portanto, a participação dialética de a acusação e a defesa são necessárias. Essa estrutura dialética configura um importante mecanismo de busca da verdade (já mencionado anteriormente).

Aury Lopes Jr. (2019, p. 364), a respeito da questão probatória, estabelece que a contradição e a defesa devem ser observadas em quatro pontos da prova:

1º postulado (reclamação ou resposta escrita): a contradição consiste na possibilidade de postular também a prova, sobre igualdade de oportunidades e condições. 2ª admissão (pelo juiz): a contradição e o direito de defesa caracterizam-se pela possibilidade de impugnação da decisão que admite a prova. 3ª produção (instrução): a contradição se manifesta na oportunidade de as partes participarem e observarem a apresentação de provas. 4.ª avaliação (em sentença): a incoerência manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (expressa pela argumentação), o que conduz à possibilidade de recurso por via recursal.

Cabe aqui mencionar o papel do inquérito policial e sua natureza informativa.

O inquérito policial é um instrumento administrativo (não é um processo) conduzido por um órgão de polícia com o objetivo de obter fontes de prova e coletar informações sobre uma possível infração penal para permitir a instauração de um processo criminal, parte do Ministério Público. Nessa fase administrativa, a estrutura dialética do processo (acusação e defesa) não existe, portanto, não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa. (LIMA, 2018)

Essas considerações a respeito da presunção de inocência, contradição e proteção integral são relevantes porque o acordo previsto no art. 395-A é realizado antes do início da ação processual, permanecendo no processo apenas os elementos da fase

investigativa (na qual, via de regra, não há proteção técnica, portanto não são apresentadas provas). Além disso, nota-se que o inciso III do artigo supracitado também coloca como condição para aceitação do acordo uma declaração clara da parte sobre a recusa de fornecer provas.

Nesse sentido, diante da possibilidade, ocasionada pelo acordo penal, de condenação com base nas informações colhidas durante a fase investigatória, colhidas da confissão, Vinicius Vasconcellos, acertadamente, argumenta que há um evidente enfraquecimento do princípio da presunção de inocência, um retrocesso ao passado que desacredita a regra de que são necessárias provas fortes e legítimas para uma condenação criminal. (VASCONCELLOS, 2018)

Portanto, se o acordo for feito antes da apresentação de provas e o inquérito policial não tiver o poder de trazer uma condenação criminal (só pode ser utilizada como alternativa), a confissão será novamente consagrada como a rainha da evidência, que remonta ao tempo da Inquisição e do processo de investigação.

Como se pode concluir, a introdução da conciliação da pena penal desvirtua os princípios constitucionalmente estabelecidos (pré-requisitos da justiça penal democrática), pois desconhece que uma pessoa só pode ser condenada após a realização de instrução processual regular que convença o juiz de sua culpa, bem como a aceitação de elementos como verdade, colhidos durante a fase de investigação, sem a presença da defesa para verificar a regularidade do recebimento das informações, abrindo espaço para o desenvolvimento de elementos ilícitos que não serão transmitidos ao sistema inimigo. (VASCONCELLOS, 2018)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da nova conformação constitucional brasileira introduzida em 1988, o Ministério do Estado teve que proteger o ordenamento jurídico, o regime democrático e os interesses sociais e individuais inacessíveis. Além disso, de acordo com as regras estabelecidas na Carta Magna, é o órgão ministerial que deve facilitar as ações penais públicas na forma de lei.

Diante desse sistema, a doutrina brasileira entende majoritariamente que o ordenamento normativo nacional estabeleceu o princípio da inacessibilidade da punição penal, entendimento que não merece existir, pois nenhum artigo de direito constitucional nacional ou extraconstitucional dispõe expressamente que o exercício da ação penal seja, de fato, obrigatório.

Além disso, essa suposta ausência viola a prerrogativa de independência funcional dos membros do Ministério Público, cuja liberdade de crença é limitada pela falta de discricionariedade para filtrar a atividade criminosa.

Além disso, com a entrada em vigor da Lei Federal nº 9.099/1995, houve flexibilização da obrigação presuntiva, pois o ordenamento jurídico brasileiro avançou significativamente ao introduzir os institutos da operação penal e da suspensão condicional do processo, o que é uma clara demonstração de que o processo penal pode ser considerado como instrumento de política criminal e não apenas para aplicação da sanção.

Ressalte-se também que o atual Código de Processo Penal brasileiro foi editado em 1941, quando prevalecia uma cultura processual inquisitiva e uma opinião conservadora e individualista, que não mais conciliava tais premissas com a nova ordem constitucional, que visava valorizar a independência judicial. O Ministério de Estado como órgão responsável pela proteção dos direitos fundamentais, libertando-o de interferências políticas externas.

Como conclusão, considera-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não é fruto de uma definição legal ou de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. À luz da nova conformação constitucional, o conceito de inacessibilidade deixa de existir, havendo a necessidade de releitura dos dispositivos supracitados com o objetivo de adequá-los à nova cultura processual, em que se busca cada vez mais a solução das demandas criminais de uma forma mais célere e menos vingativa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). et al. Acordo de Não Persecução Penal. Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique, Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em:

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coordenadores e outros). ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL Resolução 181/2017 do CNMP. ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

GAZOTO, Luis Wanderley. O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública. São Paulo: Manole, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

LIMA. Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. MP tem liberdade para identificar ou não hipótese de agir. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-set04/mp_liberdade_identificar_hipotese_agir. Acesso em:

MELO, André Luís Alves de. Obrigatoriedade da ação penal é um mito. Revista Consultor Jurídico, 18 jul. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preve-obrigatoriedade-acao-penal>. Acesso em: