

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS  
MESTRADO EM DIREITO DA REGULAÇÃO**

**PAULO WUNDER DE ALENCAR**

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA  
O processo penal pelas partes**

Rio de Janeiro

2016

**PAULO WUNDER DE ALENCAR**

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

**O processo penal pelas partes**

Dissertação para obtenção de mestre apresentada ao  
Mestrado de Direito da Regulação, da Fundação Getúlio  
Vargas do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Thiago Bottino.

Rio de Janeiro

2016

Alencar, Paulo Wunder de

Justiça penal negociada: o processo penal pelas partes / Paulo Wunder de Alencar. – 2016.  
132 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Thiago Bottino.

Inclui bibliografia.

1. Processo penal - Brasil. 2. Direito regulatório - Brasil. 3. Poder discricionário.  
4. Direitos fundamentais. I. Bottino, Thiago. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da  
Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD - 341.43

**PAULO WUNDER DE ALENCAR**

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA – O PROCESSO PENAL PELAS PARTES.**

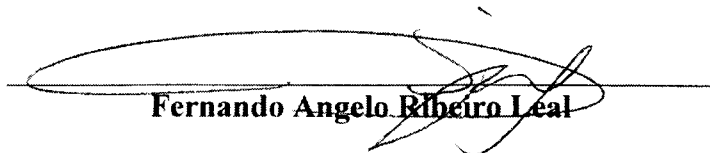
Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola  
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 29/02/2016

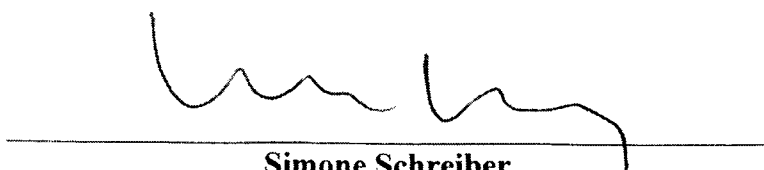
**ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above a horizontal line.

**Thiago Bottino Do Amaral**  
Orientador (a)

A handwritten signature in black ink, featuring a large, prominent loop at the beginning, followed by several strokes, positioned above a horizontal line.

**Fernando Angelo Ribeiro Leal**

A handwritten signature in black ink, with a series of connected, wavy strokes, positioned above a horizontal line.

**Simone Schreiber**

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter estado sempre comigo, mesmo quando duvidei da Sua presença;

Aos meus pais, grandes vibradores das minhas conquistas, pelos valores éticos e princípios humanitários que me transmitiram e por terem dedicado suas vidas a proporcionarem a mim e aos meus irmãos tudo aquilo que podiam, especialmente nos estudos;

Ao meu sogro, Antonio Saldanha Palheiro, por tantas lições que me serviram de modelo e inspiração no exercício da minha atividade profissional;

A minha linda esposa Rafaela, maior incentivadora da minha carreira, do meu mestrado e da minha experiência na *Columbia Law School*, parceira de toda a vida e razão da minha felicidade.

### Homenagem

Dedico este trabalho aos meus filhos Pedro Paulo e Lucas, orgulhos de um pai realizado e responsáveis pela minha alegria, e ao meu filho e anjo Rafael (*in memoriam*), pela viva e constante presença no meu coração, fonte da minha fé, base da minha força e guia do meu caminho.

*"The prosecutor should always take a position for the betterment of law enforcement, and for the community. Being on the side of the angels is not always an easy task. Although the prosecutor is waging war on crime, he must do it ethically with honour and dignity. This sometimes means letting a guilty man walk free because the police have acted improperly. The prosecutor must always strive to bring a degree of safety and security to his community. He is the legal spokesman for the community and he must, as Leon Jaworski, the Watergate prosecutor, has repeatedly said, take his message to the people. To successfully fill this role, the prosecutor must yield to no special interest group, must put politics aside, and must do these things case after case, day after day. It is not always a popular job, but for those of conscience it is a satisfactory one". (David M. Nissman e Ed Hagen).*

## **RESUMO**

O presente trabalho busca analisar a aplicabilidade da Justiça Penal Negociada no ordenamento jurídico brasileiro a partir do papel desempenhado pelas partes no processo penal.

Nesse sentido, quanto ao Ministério Público, serão estudadas as funções exercidas pelos seus membros, bem como as principais características institucionais, a fim de se interpretar a natureza da sua atividade na promoção da ação penal pública, especialmente o dilema entre a possibilidade de atuação discricionária ou a sua vinculação à obrigatoriedade.

Em relação ao imputado, serão examinadas a possibilidade jurídica de limitação infraconstitucional aos seus direitos fundamentais e de renúncia ao exercício das suas garantias processuais individuais.

Por fim, a partir do atual panorama evolutivo dos acordos criminais existentes na nossa legislação, espera-se verificar se de fato há uma tendência de fortalecimento do papel das partes e de desfocalização da figura do juiz, passando para o Ministério Público a tarefa de regulador do processo penal, ao negociar com o imputado as repercussões penais de suas condutas.

**Palavras-chave: Regulação do Processo Penal. Ministério Público. Discricionariedade. Renúncia a Direitos Fundamentais. Consensualidade. Acordos Penais.**

## **SUMMARY**

This paper seeks to analyse the applicability of criminal justice negotiation in the Brazilian legal system from the role played by the parties in criminal proceedings.

Therefore, in relation to the Prosecutor activity, will be studied the functions carried out by its members, as well as the main institutional features, in order to interpret the nature of the criminal action, especially the dilemma between the obligation or discretion in the performance of his duties.

Moreover, in regard with the accused, will be examined the possibility of legal restrictions on his fundamental rights and the waiver of the performance of his individual procedural guarantees.

Finally, from the evolution of the current panorama of the criminal agreements existing in the Brazilian legislation, it is expected to be verified if there is a trend of strengthening the role of the parties and defocusing of the figure of the judge as the regulator of the criminal procedures, with the Prosecutor negotiating directly with the accused the effects of his criminals conducts.

**Key words: Regulation of Criminal Law. Public Prosecutor. Discretionary. Waiver of Fundamental Rights. Consensuality. Plea Agreements.**



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A NATUREZA DAS ATIVIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	12
1.1 A atividade persecutória criminal do Ministério Público .....	17
1.2 O suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.....	27
2 LIMITES ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS INDIVIDUAIS.....	46
2.1 As restrições aos direitos fundamentais impostas por leis infraconstitucionais.....	48
2.2 Renúncia a direito fundamental.....	57
3 MÉTODOS DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS PENAIIS.....	66
3.1 Remissão.....	68
3.2 Transação.....	77
3.3 Suspensão Condicional do Processo.....	84
3.4 Colaboração Premiada.....	89
4 CONCLUSÃO.....	112
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	124

## INTRODUÇÃO

A crise do sistema de Justiça Penal foi causada por diversos fatores de inúmeras naturezas, dentre eles o crescente número de processos<sup>1</sup>, um alto custo de manutenção da estrutura das instituições que atuam nessa área<sup>2</sup> (Poder Judiciário, Ministério Público etc) e o longo tempo decorrido entre o fato e a decisão judicial final<sup>3</sup>. O jurisdicionado reclama, também, da qualidade no julgamento de suas causas, especialmente no que se refere à imprevisibilidade das sentenças, na medida em que a falta de padrão judicante, onde casos semelhantes são decididos de forma incoerente ou até contrária<sup>4</sup>, transmite insegurança e incerteza no Judiciário como meio de solução de conflitos.

Para atender a essas reivindicações e atenuar esses problemas foram feitas sucessivas reformas dos Códigos Penal e de Processo Penal, seja através da utilização do conceito da intervenção estatal mínima, descriminalizando-se condutas irrelevantes, do estímulo à aplicação de penas não privativas da liberdade ou da simplificação de procedimentos e recursos.

<sup>1</sup> De acordo com o I Relatório da FGV Direito-Rio Supremo em Números - O Múltiplo Supremo, só no STF, o número de processos sobre sua competência recursal cresceu de 3.846 para 28.897, entre 1998 e 2009. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/I%20Relat%C3%B3rio%20do%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>2</sup> Segundo o Relatório do CNJ Justiça em Números 2015 - ano base 2014, "no ano de 2014, as despesas totais da Justiça Estadual somaram aproximadamente R\$ 37,6 bilhões, o que representou um crescimento de 4,0% em relação ao ano de 2013, e de 32,6% no último sexênio. Essa despesa equivale a 0,7% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 5,2% dos gastos totais dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 185 por habitante. Os gastos com recursos humanos são responsáveis por 89% do orçamento total e compreendem, além da remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, todos os demais auxílios e assistências devidos, tais como auxílio-alimentação, diárias, passagens, entre outros". Disponível em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br).

<sup>3</sup> No III Relatório da FGV Direito-Rio Supremo em Números - O Supremo e o Tempo, foi apresentado que, desde a data de protocolação do processo no STF – ou seja, antes mesmo da distribuição a um relator – até o dia em que foi registrado o andamento do trânsito em julgado do processo, a média geral de duração de um processo apenas no STF é de 330 dias, ou seja, quase 01 (um) ano. Se imaginarmos que, para chegar ao STF, um processo pode ter passado por um magistrado de 1º grau de jurisdição, por um Tribunal de 2º grau e ainda por um Tribunal Superior, é possível crer que esse prazo, que já é longo, se multiplique muitas vezes até obtermos a exata média de tempo entre a protocolação de um processo no juízo de origem até o seu trânsito em julgado no STF. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20e%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>.

<sup>4</sup> Ainda conforme a pesquisa Supremo em Números - mas agora em relação aos Habeas Corpus no STJ e no STF, não obstante a existência de diversos entendimentos sumulados, por diversas vezes os tribunais superiores se viram obrigados a julgar HC's e RHC's apenas para reafirmar sua jurisprudência. Disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>.

No que tange especialmente ao presente trabalho, essas políticas criminais ainda deram margem à criação dos métodos de acordos criminais (remissão, transação e suspensão condicional do processo), importantes mecanismos nesse contexto despenalizante das reformas, embora voltados a questões pouco relevantes no cenário da criminalidade violenta (uma vez que se restringem, respectivamente, aos atos infracionais menos graves, bem como aos crimes de menor ou médio potencial ofensivo).

Ocorre que a mais recente inovação como forma de resolução negociada de conflitos penais, a colaboração premiada, não visa a aumentar a celeridade, incentivar a oralidade e a concentração de atos, evitar o processo judicial ou diminuir os custos de utilização da máquina repressiva estatal, porém se destina a incrementar a eficiência da investigação criminal.

Consoante explicação de Frederico Valdez Pereira, em analogia ao sistema estadunidense:

Ao contrário do *plea bargaining*, que mira assunção de culpa pelo imputado na fase preliminar, sem passar pela fase de julgamento, a normativa dos arrependidos condiciona a aplicação de qualquer medida premial à verificação judicial dos pressupostos da colaboração. O moderno sistema do *plea bargaining* dispensa o procedimento em juízo; talvez a sua principal razão de ser esteja exatamente na evitação do procedimento judicial, ao contrário do uso dos arrependidos, que visa a superar as dificuldades na coleta de provas e depende sempre de provimento jurisdicional (PEREIRA, 2013, p. 41).

Assim, as finalidades diretas da colaboração premiada foram superar as dificuldades da polícia e do Ministério Público na coleta de provas e aprimorar a eficiência no combate ao crime organizado. Como esses grupos se utilizam de sofisticados artifícios e estruturas para ocultação de suas atividades e de seus recursos, acredita-se que seja necessário dotar o Estado de novas ferramentas para reprimir as suas condutas, a fim de se diminuir a impunidade e se alcançar patamares mais exitosos na conclusão das investigações penais e na elucidação de delitos.

Também diferentemente dos demais acordos penais, a colaboração premiada permite o ajuste nos delitos mais preocupantes à paz social, tendo em vista que se dirige aos crimes cometidos por organizações criminosas, independentemente da gravidade do injusto.

Além disso, como a colaboração premiada foi prevista somente quando houver o reconhecimento de uma organização criminosa, o crime deve ser cometido

em concurso de pessoas e um integrante do grupo precisa delatar o(s) outro(s) para que o benefício possa ser aplicado, requisito não presente nos outros institutos.

Nesse sentido, embora também seja obtida através de uma negociação, a colaboração premiada contempla algumas particularidades distintas dos demais métodos de acordos penais, até porque foi concebida como meio para se atingir outros resultados diversos da consensualidade propriamente dita.

Frise-se, então, que o principal papel da colaboração premiada é o de aumentar a eficiência de complexas investigações relacionadas a sofisticados crimes envolvendo organizações criminosas muitas das vezes com operações financeiras internacionais.

Desse modo, a colaboração não se insere naquele contexto de política despenalizadora, mas, ao contrário, busca justamente elevar a reprimenda estatal ao se tentar atingir organismos e pessoas até então inalcançáveis, pois escondidos dentro de estruturas criminosas desenvolvidas para blindar seus verdadeiros responsáveis.

Entretanto, ainda que com objetivos distintos dos demais, a colaboração não deixa de ter a natureza de um acordo penal e, em que pese ter finalidade justamente inversa a de evitar, simplificar ou diminuir o número ou a duração dos processos, acaba por ensejar a necessidade de se checar se algumas de suas características afetam a interpretação dos outros métodos, promovendo-se, assim, uma releitura coesa dos institutos que formam o microssistema da resolução negociada de conflitos penais.

Destarte, a chegada da colaboração premiada traz um método de solução negociada de conflitos penais fora do cenário de descriminalização, porém impõe a obrigação de se estudar não apenas se há base jurídica no nosso ordenamento para sua aplicabilidade, mas ainda de se constatar se algumas das suas regras de aplicabilidade podem gerar um impacto nos demais mecanismos de acordos penais, pois não se trata apenas de uma nova forma de Justiça Penal Consensual, porém de uma diferente maneira de se interpretar o nosso sistema processual penal.

Com isso, a aplicação de determinado raciocínio jurídico à colaboração poderá ensejar mudanças nas orientações jurisprudenciais dos demais institutos de resolução negociada de conflitos penais e inclusive do processo penal comum, ante a necessária coesão lógica do sistema<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Aliás, com a consolidação da aplicabilidade jurídica da colaboração premiada, seu próprio foco de incidência também pode vir a ser ampliado. Prevista inicialmente apenas para os crimes cometidos por organizações criminosas, superados eventuais obstáculos jurídicos, a utilização da colaboração poderia

Nessa linha, o trabalho tratará do desenvolvimento de uma estrutura basilar uniforme de Justiça Penal Negociada e por isso dará um enfoque especial: na adoção da discricionariedade do membro do Ministério Público no oferecimento da ação penal e na propositura de um acordo; na possibilidade de limitação infraconstitucional de direitos fundamentais; e na renunciabilidade ao exercício das garantias processuais individuais do acusado.

Inclusive, a definição desse tripé de embasamento dos acordos criminais demonstra inequivocamente a ampliação da importância do papel das partes e da consequente desfocalização da figura do juiz como regulador do processo penal, o que pode estar passando para as mãos do *Parquet*, tendo em vista ser o titular exclusivo do direito de ação penal (ou seja, da denúncia e dos acordos, como veremos).

Daí também se nota que, por estar fundado na autonomia e na liberdade do Ministério Público e do imputado para discutirem os termos da solução de um conflito criminal, o processo penal consensual se aproxima do modelo adversarial, típico da *common law* e especialmente dos Estados Unidos (onde os acordos penais são usados em mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos procedimentos criminais das cortes estaduais e em mais de 96% (noventa e seis por cento) nas cortes federais<sup>6</sup>), o que merece uma reflexão sobre os riscos da influência do modelo anglo-saxão, conforme preocupação de Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero:

Eu não postulo que importar figuras de modelos processuais claramente dissimilares ao nosso modelo seja ilegítimo, pois o Direito Processual Penal, como toda ciência, é sujeito às mudanças e deve estar aberto a elas se aspira ser atual e alcançar os fins a que se propõe; não obstante, considero que qualquer modificação que suponha assumir paradigmas que se contrapõem ao sistema vigente durante décadas, e em alguns casos durante séculos, deve passar por uma reflexão e um estudo sérios dos seus fundamentos, contendo os efeitos da importação à instituição em questão, e, como lógico, ao debate doutrinal correspondente. Esta exigência, de algum modo geral, se acentua no caso da influência do modelo anglo-

---

ser a nova estratégia legislativa de política criminal de combate à impunidade a ser adotada em todos os delitos praticados em concurso de pessoas. Aliás, anteendo esse problema, Afrânio Silva Jardim, no XXI Congresso Nacional do Ministério Público, em outubro de 2015, no Rio de Janeiro, apresentou a tese "Nova Interpretação Sistemática sobre o Acordo de Cooperação Premiada", onde criticou a lógica de uma benesse concedida para uma situação mais grave, ao fazer a seguinte observação: "Note-se a necessidade de se mitigar o absurdo: diante de um crime de roubo isolado, o autor desta infração penal não terá qualquer benefício. Agora, se ele tiver praticado cinco latrocínios, através de uma organização criminosa, ele poderá se beneficiar (ao menos em tese) com um perdão judicial, imposto ao juiz pelo acordo dele com o membro do Ministério Público. Será que a lei está instigando a formação de organizações criminosas?".

<sup>6</sup> Pesquisa mencionada na obra *Criminal Law and its Processes*, de Barkow, Kadish, Schulhofer e Steiker, 2012, p. 1138.

saxão com respeito aos sistemas continentais. (HERRERA GUERRERO, 2010, p. 9) (tradução livre)<sup>7</sup>.

De fato, nos EUA, o modelo adversarial concede absoluta discricionariedade, disponibilidade e autonomia às vontades das partes, inclusive sobre questões de interesse público. Lá se busca a solução do conflito a qualquer preço e critérios utilitaristas tornaram a celeridade e a eficiência do processo penal parâmetros tão importantes como a justiça em si, deixando-se em segundo plano, por exemplo, a garantia da presunção da inocência, o que não era, todavia, seguido aqui no Brasil, razão pela qual a importação de uma prática estrangeira não pode significar uma ruptura com o nosso sistema constitucional vigente.

Cabe observar, então, se os mecanismos de resolução consensual de conflitos criminais se chocam com as normas constitucionais que protegem as garantias processuais individuais do imputado (art. 5º, incisos LIV e LV, CF/88) e tratam aparentemente o processo penal como instrumento imprescindível de aplicação do Direito Penal (art. 5º, incisos XXXV e XXXIX, CF/88), almejando-se concluir objetivamente sobre a viabilidade ou não da fixação da pena através do consenso e não do processo.

Isto posto, começaremos estudando a figura da parte acusatória abordando a origem do promotor como órgão do estado e a natureza das atividades do Ministério Público, passando, em seguida, ao exame da sua pretensa vinculação ao suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Depois, trataremos da possibilidade do legislador infraconstitucional de editar leis que restringem os direitos fundamentais dos imputados, bem como deles renunciarem ao exercício de suas próprias garantias processuais individuais.

Após, serão aferidas as principais características dos métodos de solução consensual de conflitos penais (remissão, transação, suspensão condicional do processo e colaboração premiada), especialmente naquilo que se relaciona com a autonomia das partes, a fim de se verificar, em conclusão, sobre a constitucionalidade

---

<sup>7</sup> *No postulo que el importar figuras de modelos procesales claramente disímiles a nuestro modelo sea per se ilegítimo, puesto que el Derecho Procesal Penal, como toda ciencia, está sujeto a cambios y debe estar abierto a ellos si aspira a tener la actualidad y a alcanzar los fines que se propone; sin embargo, considero que cualquier modificación que suponga asumir paradigmas que se contraponen al sistema vigente durante décadas, y en algunos casos durante siglos, debe pasar por una seria reflexión y estudio de los fundamentos, contenido y efectos de la importación de la institución en cuestión; y, como es lógico, del debate doctrinal correspondiente. Esta exigencia, de algún modo general, se acentúa en el caso de la influencia del modelo anglosajón respecto a los sistemas continentales (...).*

e a coesão lógica desse microssistema.

## 1. A NATUREZA DAS ATIVIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes que o Estado avocasse para si a missão de fazer justiça, outras eram as maneiras de solucionar os conflitos de interesses. Aliás, no início da civilização, sequer havia a figura do Estado, órgão com soberania, independência e autoridade sobre as pessoas, razão pela qual "quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão" (DE ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 21), o que se fazia através de uma repressão privada e baseada na força e na retribuição do mal causado, outorgando-se ao ofendido ou a outro particular o julgamento e a imposição de uma pena.

Entretanto, a vingança, por ser um modo particular e desregulado de solucionar uma disputa, gerava punições desproporcionais ao mal causado. Além disso, se o ofensor fosse muito mais poderoso do que a vítima, nada era feito e se consolidava a impunidade.

Reconhecendo que esse modelo não assegurava a justiça, o Estado percebeu a necessidade e o interesse na intervenção direta do sistema punitivo e chamou para si essa tarefa, assumindo o direito exclusivo de punir alguém<sup>8</sup>.

Porém, mesmo após o início do exercício da jurisdição pelo Estado, os promotores continuavam sendo cidadãos particulares, fossem eles as vítimas dos

---

<sup>8</sup> Hélio Tornaghi fala que: "Se duas pessoas pretendiam o mesmo bem (material ou imaterial), surgia entre elas um conflito de interesses. O modo primitivo de resolver os contrastes deve ter sido o emprego da força, solução puramente física que não enseja a paz e que, portanto, torna impossível a coexistência harmônica, a vida em consonância, a segurança, a tranquilidade e a ordem. Por isso, o homem, muito cedo, recorreu a uma forma de solução transacional, econômica, utilitária, pelo menos para aqueles casos em que a generosidade superlativa de qualquer das partes em conflito não levasse a uma solução caricativa, consistente na renúncia, na disposição do próprio interesse. Qualquer desses três tipos de desenlace físico, econômico ou moral, nem sempre assegura a justiça. Daí a necessidade de confiar a um terceiro, alguém fora do conflito, a tarefa de dirimi-lo. Surgiu, assim, o arbitramento, e com ele a figura do árbitro (*arbiter*). Por vezes, ao se formar a relação jurídica, antes, pois, de qualquer litígio, as partes incumbiam, também, a outrem a função de completá-lo, como, por exemplo, no contrato de compra e venda em que a fixação do preço era deixada ao arbítrio alheio. A figura que então aparecia era a do arbitrador (*arbitrator*). Em certas ocasiões, o próprio Estado, sobrepondo a necessidade de paz ao interesse em fazer justiça, permitia ou até ordenava a transação. É fácil compreender, entretanto, que essas maneiras de solucionar conflitos são precárias e não pode o Estado cumprir a própria missão desde o momento em que elas falham. Todas são líricas, anódinas, quando desrespeitadas. A simples solução teórica dos antagonismos, ainda quando perfeitamente justa, será inócua se não for imposta coativamente. Por isso o Estado, fiador da segurança comum, chamou a si a função de declarar e impor o Direito, isto é, a jurisdição. Mas, como contrapartida, deu aos súditos o poder de exigir dele, Estado, que faça justiça. Em outras palavras, reconheceu-lhes o direito de ação, direito subjetivo público, direito do cidadão, cujo correlativo deve pertencer ao próprio Estado. Com isso, impede a ação direta contra o ofensor e a colocação do acusado fora da proteção jurídica" (TORNAGHI, 1967, p. 5).



crimes, pessoas motivadas por altruísmo ou por mera vingança, razão pela qual, conforme George R. Dekle, a publicização da justiça não solucionou a inércia e a desídia na acusação, uma vez que "a aplicação da lei penal, portanto, foi uma proposta aleatória, com criminosos não sendo processados por causa do medo ou apatia e com os inocentes sendo processados por causa de inveja ou malícia" (DEKLE, 2007, p.2) (tradução livre)<sup>9</sup>.

Para se tentar coibir essa falha no sistema foram fixadas altas penas para a acusação privada maliciosa, o que foi insuficiente para resolver a questão do medo em se acusar alguém, pois nenhum promotor particular queria ser punido caso o acusado fosse absolvido.

Diante desse impasse, e novamente citando George R. Dekle, "se o governo não pode depender de promotores privados para trazer casos, o governo pode tanto se tornar promotor e juiz" (DEKLE, 2007, p. 3) (tradução livre)<sup>10</sup>, isto é, houve também a publicização da acusação.

Todavia, embora a previsão da acusação como órgão do Estado tenha os efeitos positivos acima citados, quando um único ente desempenha o papel de promotor e juiz fica difícil julgar com imparcialidade se o próprio acabou de decidir pela acusação, motivo pelo qual surgiu, nas cortes européias continentais modernas<sup>11</sup>, a necessidade de um promotor público independente que permitisse que o juiz não precisasse da provocação da vontade da vítima para o início da jurisdição e ainda preservasse a sua inércia, dividindo-se as atividades do processo a três partes distintas (*actum trium personarum*).

Dessa forma, e já relacionando essa evolução da figura do acusador como órgão do Estado ao nosso atual sistema processual penal, pode-se dizer que "através do Ministério Público, o Estado assumiu a titularidade da *persecutio criminis in*

---

<sup>9</sup> "(...) enforcement of the criminal law was therefore a hit-or-miss proposition, with criminals going unprosecuted because of fear or apathy and with the innocent being prosecuted because of envy or malice".

<sup>10</sup> "(...) if the government could not depend on private prosecutors to bring cases, the government could both become prosecutor and judge".

<sup>11</sup> Os estudiosos sobre o Ministério Público apontam a França como sua origem histórica, sendo a Ordenança de 1302 o primeiro texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do Rei. Nas palavras de Carlos Roberto de Castro Jatahy: "Felipe IV - o Belo - cria, portanto, um corpo de funcionários a quem competiria a tutela dos interesses do Estado, separados da pessoa e dos bens do rei; e com a finalidade de fiscalizar de perto as atividades dos magistrados, outorga-lhes as mesmas prerrogativas destes, impondo-lhes, inclusive, a vedação do patrocínio de quaisquer causas. Apesar de atuar tão somente na defesa dos interesses do Estado (que não se confundiam com os do soberano) - função que a instituição somente abandonou na Constituição de 1988 - nascia aí o Ministério Público" (JATAHY, 2008, p. 5).

*judicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada" (JARDIM, 2001, p. 25).

Portanto, aqui o poder de punir do Estado é exercido exclusivamente através da jurisdição penal, atividade de competência do Poder Judiciário, mas provocado pela promoção da ação penal, de atribuição privativa do Ministério Público, o que deixa o juiz equidistante dos interesses das partes e gera a dupla personalidade do Estado no processo penal, segundo Auri Lopes Jr.:

Essa evolução levou o Estado a aceitar no processo penal uma soberania mitigada, pois deve submeter ao debate público sua pretensão acusatória e poder punitivo. Enquanto dura o processo, dura a incerteza, até que se pronuncie a sentença. Por isso, a personalidade do Estado, que aparece monolítica dentro do direito público interno (constitucional e administrativo), uma vez dentro do processo penal parece dividir-se e modelar-se distintamente, segundo os diferentes papéis que exerce: de juiz, na atividade jurisdicional, e como titular da função punitiva; e de Ministério Público na atividade encaminhada à perseguição dos delitos (como titular da pretensão acusatória) (LOPES JR., 2003, p. 25).

Nesse sentido, embora como órgão do Estado e diante da sua natural e necessária independência no exercício de suas atividades, o Ministério Público não poderia fazer parte de nenhum outro Poder, razão pela qual a nossa atual Constituição não o incluiu dentro do Poder Judiciário, tampouco no Executivo ou no Legislativo, mas o conceituou como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado<sup>12</sup>, ou seja, como órgão autônomo de fiscalização e controle, dotado de garantias e instrumentos típicos da soberania estatal<sup>13</sup>.

Com efeito, o MP não integra, porém gravita em torno do Executivo, Legislativo e Judiciário, provocando as suas atuações, fiscalizando as suas atividades e controlando as suas funções. Insere-se como um propulsor do sistema democrático de controle e parte do mecanismo de freios e contrapesos que gera uma interatividade e interferência recíprocas entre os poderes.

---

<sup>12</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>13</sup> De acordo com lição de Emerson Garcia, "(...) o Ministério Público não integra a administração direta ou indireta, o que, de imediato, afasta qualquer vestígio de subordinação hierárquica ou de uma pseudo tutela ou supervisão por parte dos órgãos verdadeiramente integrados na estrutura do Poder Executivo (Secretarias, Procuradoria etc)" (GARCIA, 2005, p. 40).

Trata-se, então, de instituição dotada de ampla autonomia e independência em relação aos três poderes constituídos<sup>14</sup> e que executa atividades típicas do exercício da soberania estatal, como a provocação à realização da jurisdição penal através da promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I, CF/88).

Aliás, quando o Estado resolveu assumir para si as funções de promover a justiça e a acusação, não bastava incorporar apenas a obrigação de prestar a atividade jurisdicional, mas também teve que conferir a um de seus órgãos a capacidade correspondente de sua provocação, pois sem um o outro não existe.

Destarte, a atividade persecutória desenvolvida pelo Ministério Público é o meio pelo qual o Poder Judiciário realiza a sua jurisdição penal, sendo ambas parcelas do exercício da soberania do Estado.

No que se refere à natureza das suas atividades, o artigo 129 da Carta Magna prescreve as funções institucionais do *Parquet*<sup>15</sup>. Em que pese serem vastas, distintas e variadas, é possível perceber que todas são administrativas, isto é, não são jurisdicionais, nem legislativas<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 127. §2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

<sup>15</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

<sup>16</sup> Segundo Hugo Nigro Mazzilli, "(...) analisando suas principais funções institucionais que a Constituição e as leis conferem ao Ministério Público - a defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, a promoção da ação pública, o zelo pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais -, vemos que todas elas têm natureza administrativa: incumbências como promover a ação pública ou opinar como custos legis não são atividades jurisdicionais (atuar junto ao Judiciário naturalmente não significa prestar jurisdição) nem legislativas (a tarefa de fiscalizar ou promover a observância das leis não se confunde com a típica atividade de sua elaboração). Pela natureza intrínseca de suas funções, o Ministério Público exerce atividade administrativa, até pelo critério residual, pois promover a execução das leis não é atividade legislativa nem jurisdicional" (MAZZILLI, 2001, p. 138).

Outrossim, pela análise do referido artigo, nota-se que cabe ao Ministério Público intervir tanto em atividades exercidas pelo Estado, direta ou indiretamente, como naquelas operadas por particulares, ou seja, sua atuação vai desde o zelo pelos serviços públicos, independentemente de quem seja o efetivo prestador, até o cuidado sobre qualquer interesse coletivo em risco (ressalvados alguns eminentemente privados e disponíveis), motivo pelo qual a participação do MP ocorre em todos os setores da sociedade, constituindo-se como um órgão essencial não apenas ao funcionamento da justiça, mas de tudo aquilo que tenha relevância coletiva.

Desse modo, apesar de ser órgão do Estado, atua o MP em favor da proteção da sociedade e não da defesa de interesse individual de ente estatal, fiscalizando e controlando as funções exercidas pelo Legislativo e pelo Judiciário, bem como pelos órgãos da administração pública direta e indireta, sociedades empresárias que possuam algum vínculo com o poder público, além das atividades privadas de interesse coletivo.

Pode-se, então, caracterizar o Ministério Público como um órgão do Estado que exerce atividade de natureza administrativa, com capacidade para intervir na atuação da administração pública (seja direta ou indireta) e do Poder Legislativo, bem como de impulsionar o Poder Judiciário e de limitar direitos e liberdades dos particulares<sup>17</sup>, sempre em favor do interesse da coletividade.

### **1.1. A atividade persecutória criminal do Ministério Público**

No que tange ao estudo da atividade do MP especificamente no âmbito do processo penal, sua função é geralmente focada exclusivamente na sua legitimidade ativa privativa para o exercício da ação penal pública, de onde supostamente se extrai a sua obrigação de sempre denunciar o responsável pela prática de certo fato delituoso, tendo Afrânio Silva Jardim inclusive defendido que "se a aplicação do Direito Penal depende da atuação dos órgãos públicos, devem eles agir inarredavelmente" (JARDIM, 2001, p. 53).

---

<sup>17</sup> A atividade de limitação a direitos e liberdades dos particulares pelo Ministério Público diretamente, ou seja, sem intervenção do Poder Judiciário, se restringe ao âmbito cível, onde o promotor de tutela coletiva, por exemplo, pode impor restrições por meio de termos de ajustamento de conduta, procedimento de natureza extrajudicial.

Fica parecendo, portanto, que como o Estado assumiu pra si tanto o monopólio da jurisdição como também da sua provocação, teria o poder e o dever de punir, não podendo deixar de exercer nenhum dos dois.

Contudo, ao observarmos o funcionamento do sistema processual penal norteamericano, percebemos que lá a jurisdição é igualmente exclusiva do Poder Judiciário, bem como a acusação também é realizada privativamente por um órgão do Estado, embora o exercício da ação penal seja discricionário, tendo Geraldo Prado concluído que:

Nos Estados Unidos da América, que respeitam uma forma federalista, o processo penal é essencialmente acusatório, com o Promotor de Justiça assumindo o papel principal, que exercita de modo equilibrado com a reserva de direitos fundamentais atribuídos à defesa pela Constituição Federal. A prova, em processo oral e público, é produzida exclusivamente pelas partes, quer perante o júri, onde existe, funciona ou o réu aceita, quer perante o magistrado singular, havendo, ainda, ampla discricionariedade sobre o conteúdo da pretensão deduzida (PRADO, 2005, p. 101).

Destarte, nos EUA, obedece-se ao sistema acusatório, que está relacionado principalmente com a responsabilidade da acusação sobre a carga probatória<sup>18</sup> e a correspondente presunção de inocência do imputado<sup>19</sup>, sendo, ainda, seguida a discricionariedade no exercício da ação penal pelo promotor público, não havendo nessas características nenhum conflito.

De fato, a discricionariedade não se contrapõe seja ao poder de punir do Estado ou ao próprio sistema acusatório, pois é o mesmo Estado (através do promotor) que diz que, em um caso específico e concreto, seu interesse e prioridade são outros diferentes da sanção criminal e por isso prefere não exercer o *jus puniendi* (mas que não deixa de existir abstratamente).

Em outras palavras, o Estado norteamericano não nega a sua responsabilidade em punir aquela conduta ilícita, mas apenas opta politicamente por

---

<sup>18</sup> Outras características definem o sistema não apenas pelo comportamento das partes, mas também pela sua estrutura e forma, de acordo com Luigi Ferrajoli: "(...) se pode chamar de acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvido pelo juiz segundo a sua livre convicção (FERRAJOLI, 1997, p. 564).

<sup>19</sup> Segundo Orlando Muñoz Neira, <sup>19</sup> "(...) no processo penal acusatório, pelo menos do ponto de vista do marco teórico probatório, o acusado começa ganhando o combate judicial" (NEIRA, 2006, p. 131). (tradução livre) "(...) por ello, en el proceso penal acusatorio, al menos desde el punto de vista del marco teórico-probatorio, el procesado comienza ganando la lid judicial".

não exercê-la ao aferir a sua relevância e entender que prefere gastar a sua energia com o combate a ações mais importantes à sociedade<sup>20</sup>.

Isso porque, na verdade, trata-se de uma decisão política de qualquer Estado a escolha entre o momento, a forma e a atribuição do responsável por decidir se determinado fato é penalmente relevante ou não para a sociedade, ou seja, o Estado pode exercer essa escolha previamente através da lei, obrigando o acusador ao exercício da ação penal sempre que houver um crime em tese previsto, ou resolver postergar a capacidade de decidir se promove uma ação penal ou não em face de critérios discricionários concretos.

Portanto, para um modelo, a sociedade, através do Poder Legislativo, define por ato normativo anterior quais são as condutas penalmente relevantes aos seus anseios e também predetermina que sempre que alguém cometer essa infração deverá ser correspondentemente processado. Para outro, o *jus puniendi* possui o seu momento legislativo abstrato e pretérito (anterioridade do direito penal objetivo), porém o exercício da etapa concreta e presente, que ocorre com a violação da lei penal, deve ser ponderado com outros interesses da mesma sociedade, atestando uma legitimidade política a outro órgão público na decisão sobre a escolha entre processar ou não.

Assim, esse momento legislativo pretérito corresponde à legalidade, isto é, à previsão normativa do crime e da pena, antes do fato. Entretanto, a mera previsão legal da existência do crime não significa, necessariamente, que o Estado deva buscar a sua punição, uma vez que o *jus puniendi* não é um dever de castigar, mas sim um limite ao Estado através da definição de quais condutas são proibidas ("ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei": art. 5º, inciso II, CF/88).

Além disso, o valor fundamental do Estado Democrático de Direito que

---

<sup>20</sup> Nos EUA, a discricionariedade também possui uma idéia econômica, no sentido de que o Estado não possui ou não deseja dispendar tantos recursos em questões menos importantes. Como para que todos os crimes pudessem ter a devida atenção dos órgãos públicos responsáveis seria necessário um investimento muitíssimo alto na estrutura de combate à criminalidade, já que a força laborativa normal da polícia e dos promotores não dão conta de todas as investigações, a discricionariedade seria a ferramenta capaz de permitir que o aparato estatal disponível fosse mais eficiente, através da definição das prioridades sociais. Robert Cooter e Thomas Ulen, por exemplo, explicam que "a quantia total gasta por ano com o sistema jurídico penal, em todos os níveis do governo dos EUA, está muito acima dos 100 bilhões de dólares. Desse total, cerca de um terço é gasto com proteção policial. Os sistemas carcerários federais e estaduais custam cerca de um terço do total, enquanto promotores, defensores públicos, supervisores de liberdade condicional, tribunais, arquivos e outros representam o terço restante". (COOTER; ULEN, 2010, 502).

obriga que qualquer sanção que se queira impor deva estar consagrada em uma lei anterior - *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (art. 5º, inciso XXXIX, CF/88 - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) não se opõe à discricionariedade<sup>21</sup>, pois não há no primeiro um comando impositivo de se punir sempre, mas somente uma ordem restritiva de não punir aquele que não cometeu um fato previamente definido como crime.

Também parece claro que deve haver uma compatibilidade entre a legalidade e o exercício da decisão de política criminal, pois, enquanto a primeira é estática, abstrata, objetiva, geral e anterior ao fato, a segunda possui caráter dinâmico, subjetivo e concreto, motivo pelo qual a interpretação do promotor ao fato e a sua escolha sobre o melhor interesse da sociedade irão integrar aquela previsão legal prévia, a fim de se chegar até a opção legítima do Estado sobre o exercício ou não da ação penal.

Com efeito, o exercício do *jus puniendi* no modelo norteamericano constitui uma demonstração de que ao poder jurisdicional pode corresponder o exercício de outro poder, ou seja, o discricionário de manifestar a vontade da sociedade naquela situação real por meio da competência (ou atribuição, por se tratar de questão administrativa) conferida a um órgão estatal legitimado.

Não se deve vincular o direito com o dever de punir, pois, além de serem diferentes, podem ser exercidos separadamente e por distintos representantes do mesmo Estado. O interesse e o monopólio do Estado na repressão de crimes não significam, necessariamente, que sempre que houver um delito em tese cometido deve existir um processo penal correspondente para puni-lo, ou pelo menos não uma única forma desse processo, mas sim que o próprio Estado, através de um de seus órgãos, pode vislumbrar uma solução mais adequada ao caso concreto ao optar pela alternativa, dentre as várias possíveis, de lidar com o eventual crime e encaminhar a sua correspondente solução.

---

<sup>21</sup> De acordo com Orlando Muñoz Neira, a discricionariedade seria uma oposição não à legalidade, mas à chamada totalidade estatal, manifestada pela sua onipotência (suposto dever do Estado de participar, intervir e solucionar qualquer conflito penal, em virtude de ter assumido a responsabilidade pelo monopólio da jurisdição, o que tornaria absoluta e imprescindível a sua presença na aplicação da lei penal) e necessidade de aplicação uniforme da lei penal (promover a ação penal contra todos que cometeram a conduta descrita no tipo seria uma forma de tratar igualmente as pessoas, ou seja, uma idéia às avessas do princípio da igualdade, que busca a proteção do cidadão através do seu tratamento igual àqueles que estão na mesma situação que a sua) (NEIRA, 2006, p. 189).

Inclusive, a nossa Constituição de 1988 incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), ou seja, essas são as suas finalidades, o que deve ser efetivado através de inúmeras funções (art. 129), razão pela qual a promoção da ação penal pública não é o objetivo institucional do *Parquet*, mas apenas uma das atividades pelas quais deve atingir os seus propósitos institucionais<sup>22</sup>.

Por isso, ao se deparar com o exercício da persecução criminal, não pode o membro do MP, por exemplo, a pretexto de requerer a punição de quem cometeu um delito, deixar de aferir outros valores envolvidos, como a dignidade do acusado, na medida em que a função de promoção da ação penal deve ser contextualizada com as demais características e atividades institucionais do Ministério Público, todas dispostas na Carta Magna e com o mesmo valor e importância<sup>23</sup>.

O MP, como instituição independente e soberana politicamente, dotada de imperatividade e força cogente, não está atrelado ao desempenho vinculativo de nenhuma atividade, o que significa que aquelas funções dispostas no artigo 129 da Constituição não são finalísticas, mas sim meios de garantia de atingimento das suas metas institucionais.

Em cada uma das atividades do MP, todos os valores socialmente relevantes devem ser observados, sendo incorreto se buscar uma correspondência direta entre uma função institucional e um respectivo direito ou garantia.

Doravante, em quaisquer daquelas funções citadas no art. 129 da CF/88, inclusive no exercício de promoção da ação penal, o MP não pode perder essa sua natureza, se esquecer de suas características, nem se desvincular do seu núcleo constitucional principiológico, pois, como mostra Luiz Roberto Barroso, a Lei Fundamental é o centro do sistema:

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado

---

<sup>22</sup> Ao contrário, na definição da estrutura da segurança pública, o constituinte deixou claro que a Polícia Federal, por exemplo, destina-se a apurar infrações penais, dentre outras atividades (art. 144, § 1º). Assim, os órgãos policiais, que pertencem à estrutura do Poder Executivo, devem cumprir funções específicas e não finalísticas e genéricas do próprio Estado (como a ordem jurídica).

<sup>23</sup> Daí a importância, como ensina Luís Roberto Barroso, de se interpretar a Constituição com unidade: "(...) inexistente hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição" (BARROSO, 2001, p. 196).



por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO, 2006, p. 44).

Ademais, esses valores constitucionais que devem ser defendidos pelo MP não podem ficar no campo abstrato, sendo necessário que se tornem concretos, inclusive no momento da promoção de uma ação penal, isto é, não basta o MP ser uma instituição direcionada pela Constituição para defender o Estado Democrático de Direito se na prática for incapaz de resolver conflitos com a habilidade de ponderar diversos interesses igualmente importantes.

Aliás, essa é a razão pela qual o *Parquet* se torna presente em suas manifestações pelos seus membros, promotores e procuradores, que não podem agir pautados por determinações impositivas de autoridades superiores, mas sim segundo as suas próprias convicções, despidos de vinculações que não sejam aquelas decorrentes do seu conhecimento jurídico e do compromisso com a realidade social, através do exercício independente de suas funções (art. 127, §1º, parte final), o que os confere o *status* de agentes políticos<sup>24</sup>.

Dessa forma, a atuação do MP se concretiza através dos seus membros, os quais funcionam como representantes da instituição e agem como se fossem ela própria, já que um promotor não atua em seu nome individual, nem como representante da sua instituição, pois não há outorga de um mandato através de uma procuração com

---

<sup>24</sup> Hely Lopes Meirelles assevera que: "Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para a sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas, do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. (...) Nessa categoria se encontram os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário" (MEIRELLES, 1993, p. 72).

transferência de poderes e prerrogativas, mas sim uma investidura direta por concurso público.

Enfim, resumindo o que foi defendido até agora, a discricionariedade é uma opção política legítima de qualquer Estado e não se contrapõe ao monopólio da prestação jurisdicional, nem ao sistema acusatório de processo penal.

Outrossim, o *Parquet* é um órgão do Estado que exerce parcela da sua soberania e defende os interesses da sociedade, através de agentes políticos que tornam a instituição presente em suas manifestações<sup>25</sup>.

Nesse sentido, se o direito de punir e a prerrogativa de requerer essa punição pertencem ao mesmo Estado, embora exercidos por órgãos distintos, o promotor público, ao se deparar com a análise de uma conduta criminosa, não precisa necessária e objetivamente oferecer uma denúncia (o que não é sinônimo nem a única forma de se promover a ação penal, como veremos à frente), mas pode ponderar<sup>26</sup> interesses, desde que tal prerrogativa se encontre no seu âmbito de legitimidade constitucional.

Por isso, quando o MP decide por não propor uma ação penal e opta por não exercer o *jus perseguendi in judicio* naquelas circunstâncias, isso não significa o Estado renunciando aos direitos dos cidadãos, mas sim administrando o mais preponderante interesse no caso concreto, já que, quando se está diante da prática de um crime, não existe apenas o interesse público na sua punição, mas também outros valores (forma de administração e alocação de recursos públicos, priorização de combate a certos tipos de crimes, disponibilização do tempo de trabalho do aparato estatal de segurança etc) que podem incidir na hipótese<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Defende Hugo Nigro Mazzilli que: "Os membros do Ministério Público (promotores e procuradores de Justiça, ou procuradores da República) e os órgãos do Ministério Público (tanto os órgãos individuais quanto os órgãos colegiados, como o Conselho Superior ou o Colégio de Procuradores), no exercício da atividade fim, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da administração, no que diga respeito ao que devam ou não fazer. Estamos a referir-nos a que à plena liberdade no exercício da atividade fim (se, p. ex., é caso de dar ou não denúncia, se é caso de pedir condenação ou absolvição, ou de recorrer ou não): nesse ponto, é irrestrita a liberdade individual" (MAZZILLI, 2001, p. 275).

<sup>26</sup> Segundo Ana Paula de Barcellos, ponderação é a "técnica jurídica de solução e conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas normas hermenêuticas tradicionais" (DE BARCELLOS, 2005, p. 23).

<sup>27</sup> A conclusão acima nos permite refletir e fazer uma analogia entre a ação penal pública e a ação civil pública (ambas dispostas na Constituição igualmente, com a única diferença que, na cível, o MP é o legitimado principal, e não o privativo - art. 129, incisos I e III). Se em ambas há a defesa de interesses públicos (por exemplo, segurança pública e meio ambiente), por que apenas em uma seria possível não oferecer a ação e se celebrar um acordo (art. 5, 6 §º, da Lei 7.347/1985)? Na defesa ao meio ambiente, interesse indivisível e de toda a sociedade, o MP pode celebrar termo de ajustamento de conduta, seja

Inclusive, Pedro Augustin Adamy explica que o não exercício não se equipara à renúncia de um direito, pois "a própria abstenção ao exercício de um direito pode ser considerada, por mais paradoxal que possa parecer, como uma forma de exercício daquele direito" (ADAMY, 2011, p. 43).

Portanto, no caso do direito de promover a ação penal, o não exercício pelo MP não se equipara a uma renúncia ao direito de punir do Estado, mas pode constituir a própria tutela finalística e ponderada da defesa da ordem jurídica como um todo, nela incluindo-se outros interesses sociais ou individuais relevantes (como, por exemplo, a liberdade).

Com isso, o exercício da atividade repressiva deve ser ponderado, ou seja, aplicado e graduado dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, o que não significa a mera e obrigatória escolha pelo tipo e quantidade de pena mais adequada (art. 59 do Código Penal), mas considera também se a própria pena é a medida necessária ao caso concreto.

O *jus puniendi* não é estático e nem o único interesse público relevante em jogo por ocasião da análise de um fato criminoso e por isso não necessariamente deverá ser sempre preponderante, já que podem haver outros valores importantes na mesma situação, inclusive um interesse individual especialmente delicado, sendo interessante lembrar da lição de Gustavo Binbenbojm:

Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, que fere de morte a idéia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. Qualquer juízo de prevalência deve ser reconduzido ao sistema constitucional, que passa a constituir núcleo concreto e real da atividade administrativa (BINENBOJM, 2014, p. 33).

Mais a frente, na mesma obra, Binbenbojm acrescenta que:

(...) não se nega a existência de um conceito de interesse público (...). O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo princípio da proporcionalidade (BINENBOJM, 2014, p. 107).

---

antes ou durante uma ação civil pública, embora aqui a disponibilidade desse interesse público não seja uma limitação à atuação ponderada do promotor.

Assim, o Ministério Público (como órgão do Estado e ao exercer sua atividade de natureza administrativa) não está atrelado a um suposto interesse público absoluto e presumido de pedir a punição sempre que constatar a prática de um crime, pois deve reconhecer outros valores também incidentes no caso concreto.

Parece inevitável, portanto, reconhecer que o promotor, ao promover a ação penal, tenha não apenas a legitimidade, mas a própria necessidade de concretamente definir a melhor escolha administrativa<sup>28</sup>, isto é, de verificar naquele conflito concreto entre a letra fria da lei penal e a conduta praticada (com todas as suas circunstâncias e características) o mais valioso interesse a ser defendido.

O reconhecimento da atribuição de se realizar uma escolha administrativa atesta exatamente essa incapacidade da lei de prévia, abstrata e genericamente solucionar conflitos complexos. Contudo, ainda visa a impor limites às decisões do Estado, que não podem ser arbitrárias e subjetivas, sendo recomendável o sopesamento dos valores e princípios em jogo, com base em lição de Sérgio Guerra:

A escolha regulatória não pode acoplar-se, simplesmente, a uma generalização da competência vinculada, sendo, assim, indispensável adaptar-se constantemente aos valores, aos princípios e às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, a Administração instrumentada por campos de atuação discricionária, ainda que sustente a vinculação direta à Constituição, não oferece aos cidadãos qualquer garantia de respeito a seus direitos. (GUERRA, 2013, p. 187).

Silvia Faber Torres também ressalta a impossibilidade do administrador de sempre aplicar a lei objetivamente, ao reconhecer que:

A realização de decisões complexas, especialmente a que contém uma pluralidade de finalidades e uma intrincada rede de interesses colidentes, exige mais do que a discricionariedade e a ponderação. Isso por que para efetivá-las não basta um poder de escolha baseado em um juízo de oportunidade e conveniência - núcleo do mérito administrativo -, pelo qual a Administração decide se e como atuar. Demanda-se, ao revés, um verdadeiro sopesamento de princípios e interesses opostos pelos órgãos administrativos, absolutamente imprescindível em uma sociedade democrática de múltiplos interesses, buscando-se, afinal, a otimização da alternativa adotada. A escolha dentre as alternativas jurídica e materialmente disponíveis deve recair naquela que promova a finalidade da norma de competência com a menor restrição possível à liberdade,

---

<sup>28</sup> Segundo Sérgio Guerra: "Considerando que seria impossível que o Poder Legislativo estivesse, a toda hora, legislando sobre tudo, especialmente pelo fato de que a realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos tempos, se mostrou muito mais complexa, a lei, indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente. Daí surgiram espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública, conferindo-lhe certo protagonismo político". (GUERRA, 2013, p. 94).

restando, ainda, o grau da restrição justificado pelo grau da promoção do fim. (FABER TORRES, 2012, p. 180).

De fato, inexistente um padrão de medida homogêneo e externo aos interesses em conflito capaz de medir o valor de cada um deles, o que confere um grau de subjetivismo nessa interpretação jurídica que pode, em tese, comprometer a legalidade e a segurança jurídica no processo de escolha.

Contudo, e novamente de acordo com Ana Paula de Barcellos:

a despeito de todos os inconvenientes, os conflitos normativos que envolvem valores e/ou diferentes opções político-ideológicas de fato existem, é preciso solucioná-los e não há outra maneira de fazê-lo a não ser por meio da ponderação (DE BARCELLOS, 2005, p. 55).

Ora, a doutrina penal, através de diversas teorias, dentre elas os chamados princípios da lesividade, bagatela e intervenção mínima, buscou evitar a ação penal ao negar a configuração do fato criminoso, o que acaba inibindo o próprio direito de punir. Caberia agora aos processualistas aceitar que o Estado (MP) pode deixar de oferecer a ação penal para não exercer o *jus puniendi*, por critérios subjetivos, concretos, fundamentados e sindicáveis de conveniência e oportunidade<sup>29</sup>? Ou devem continuar oferecendo a ação penal obrigatoriamente, diante de critérios gerais, abstratos e impessoais definidos previamente na lei?

Vale desde logo lembrar que é impossível antecipadamente, pela atividade legislativa, prever em um enunciado normativo (geral, impessoal e abstrato) todas as situações concretas que irão integrar aquela conduta, sendo que as referidas teorias

---

<sup>29</sup> Paulo Rangel, por exemplo, embora defenda a obrigatoriedade, admite situações de não exercício da ação penal que se equiparam à discricionariedade: "Não podemos confundir a liberdade de agir do Ministério Público, em verificar a existência do fato – infração e seus demais elementos autorizadores da propositura da ação -, com a obrigação de promover ação de qualquer maneira. Não. Dever de agir, desde que presentes os requisitos que viabilizam o curso do processo. Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de promover a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico, ou, embora típico, não haja a justa causa, ou, ainda, em nosso entender, nos seguintes casos: a) quando o fato for insignificante para o direito penal diante de uma criminalidade cada vez mais avançada, tornando desnecessária uma atuação estatal naquele caso concreto (princípio da bagatela: furto de alicate de unha, de xampu em um supermercado; peculato de uma caneta da repartição pública etc.); b) quando não houver interesse público da intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo (caso do cônjuge que agride o outro e, posteriormente, voltam a viver bem no seio familiar, significando um momento ruim da vida do casal, mas não uma contínua violência doméstica); c) quando o gasto do estado com o processo for, visivelmente, superior à resposta estatal que se quer alcançar, acarretando despesas aos cofres públicos; d) quando pela demora excessiva do estado em dar andamento a investigação criminal, for prejudicial à sociedade a sanção que possa, eventualmente, ser proferida em desfavor do investigado, mesmo que ainda não prescrito o fato (caso da investigação criminal que leva anos, embora não prescrito o fato, e quando é descoberta sua autoria o investigado já se encontra com a família constituída e incluído, regularmente, no mercado de trabalho, ou seja, reintegrado socialmente); e) quando, nos crimes sem violência ou grave ameaça, for reparado o dano, integralmente, à pessoa lesada" (RANGEL, 2013, p. 232).

penais visaram justamente à interpretação do conceito de crime e à modificação da forma estática como se lê, por exemplo, a tipicidade.

Destarte, não parece correto afirmar que ao direito de punir do Estado corresponde, sempre, o seu dever de punir, pois o poder de punir é um degrau e o seu exercício<sup>30</sup> o seguinte, que pode ou não ocorrer, simplesmente porque o Estado, mesmo titular de ambos, pode ponderar um direito (de punir) para preservar outro (liberdade)<sup>31</sup>.

Isto posto, sempre caberá ao Estado escolher se promove uma ação penal contra alguém, sendo que, no sistema da obrigatoriedade, essa decisão será do legislador, antes do fato e através do processo legislativo, enquanto na discricionariedade será do legislador e do promotor, pois se inicia com a previsão legal do crime, mas se completa somente após a conduta e a integração da manifestação adequada (arquivamento, acordo ou ação penal) do promotor ao comando abstrato da lei<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Interessante a orientação de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao declarar que a discricionariedade não significa um dever objetivo de realização sempre da mesma conduta, independentemente do resultado, mas sim do atingimento da finalidade social, através do meio mais adequado: (...) "percebe-se que o chamado "poder discricionário" tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um "poder" discricionário". (...) "se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei" (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 17/33).

<sup>31</sup> Já é permitido ao juiz, por exemplo, deixar de punir para conceder o perdão judicial (art. 107, inciso IX, do Código Penal).

<sup>32</sup> Por isso, não concordamos com a assertiva de Afrânio Silva Jardim, para quem "(...) se o legislador incriminou tal conduta, dando relevância social ao bem jurídico afetado ou posto em risco pelo comportamento do agente, não pode o membro do Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, que o interesse público ficaria atendido diante de sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal" (JARDIM, 2001, p. 53). Na mesma linha, Motauri Ciocchetti de Souza também declarou que " (...) ante a estrutura moderna do processo penal, cabe justamente ao Ministério Público o poder de, atendendo aos interesses sociais na aplicação da justa e devida reprimenda, exercer a função pública - e privativa, consoante o art. 129, I, da CF - de instar a jurisdição a manifestar-se. Arrogando para si o Estado a função de exercer a *persecutio criminis*, substituindo a vontade da vítima pela sua, tendo em vista a relevância social da apuração do delito e da imposição da reprimenda que vier a se mostrar adequada ao caso concreto, vencido o trâmite processual e observadas as garantias fundamentais do acusado, por certo que a sua ação não há de ser potestativa como a do acusador privado. Surge, assim, para o Estado, por intermédio do acusador público, o poder-dever de agir, submetendo ao crivo jurisdicional as lesões a interesses de relevância social, consubstanciados nas normas incriminadoras insertas no Código Penal ou em leis extravagantes. (...) Desse modo, ao acusador público não se devem abrir as portas para a análise da conveniência e da oportunidade na adoção da providência jurisdicional adequada, sob pena do poder-dever de exercício da ação penal tornar-se verdadeiramente arbitrário e de conferir-se ao órgão do Ministério Público a capacidade de dizer - e com color de definitividade ante as regras constantes dos arts. 129, I, da Carta Magna, e 28 do CPP - se a norma jurídica regularmente elaborada pelo Poder legislativo deverá ser observada no caso concreto" (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2007, p. 157).

De qualquer modo, uma conclusão parece inequívoca: a forma de iniciativa da ação penal deve ser coerente ao modelo constitucional da respectiva instituição que tenha essa atribuição, sendo que a vinculação do Estado se circunscreve à juridicidade, entendida como um sistema jurídico conjunto de princípios e regras de base constitucional, e não apenas a uma interpretação isolada de uma estrutura normativa específica.

A obrigatoriedade pode até ser uma opção legítima do Estado para garantir o exercício do direito de ação, porém desde que seja compatível com o perfil do órgão responsável por promover a acusação, como amplamente exposto acima.

Mas qual foi a opção efetivamente escolhida aqui no Brasil, obrigatoriedade ou discricionariedade? Há previsão no nosso ordenamento jurídico sobre a adoção do suposto princípio da obrigatoriedade? As características acima citadas do Ministério Público e dos seus membros podem se chocar com o suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal pública?

## **1.2. O suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**

Afrânio Silva Jardim fala que “o princípio da obrigatoriedade é daqueles que não admitem aplicação parcial, sob pena de se desfigurar” (JARDIM, 2001, p. 55), enquanto para Hélio Tornaghi “o Código consagra ainda a regra da obrigatoriedade da ação penal, traduzida na expressão será promovida. Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não a ação” (TORNAGHI, 1997, p. 45).

Nota-se, de início, que não há muita preocupação técnica na doutrina em caracterizar a obrigatoriedade como princípio ou regra, pois foram referidas por autores como sinônimos.

De fato, não é simples distinguir esses conceitos, sendo que atualmente há um consenso de que princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica. Todavia, mesmo para aqueles que reconhecem a força normativa dos princípios, vários são os critérios usados para diferenciar essas categorias normativas, sendo dois os mais adotados na doutrina brasileira: a) grau de fundamentalidade; b) estrutura normativa.

De acordo com o primeiro, princípios seriam mandamentos nucleares de um sistema, pois "conferem organicidade e sentido harmônico a todo o conjunto de disposições normativas em virtude do seu alto grau de fundamentalidade, ao passo

que as regras exercem um papel mais instrumental e têm sua interpretação condicionada pelos princípios" (HACHEM, 2011, p. 374).

O segundo critério distingue as espécies pela forma de aplicação do respectivo comando normativo. Dworkin partiu da crítica ao positivismo para mostrar que um sistema composto exclusivamente por regras não seria capaz de fundamentar as decisões de casos complexos, pois, "quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei" (DWORKIN, 2002, p. 55). Diante disso, Dworkin argumentou que, ao lado das regras, existiriam também os princípios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Ao contrário das regras, os princípios não são analisados na dimensão da validade, mas sim do peso. Prevalece aquele princípio que, no caso concreto, for mais importante (ou tiver mais peso), o que não significa que ele deixa de valer para o ordenamento jurídico, podendo a solução ser invertida em casos diferentes.

Robert Alexy, por sua vez, concorda que as regras "(...) são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível" (ALEXY, 2008, p. 91).

Assim, as regras são normas que obrigam, proíbem ou permitem algo através de mandamentos definitivos e apresentam um conteúdo de ordens sobre o que deve ser feito do ponto de vista fático e jurídico. No exame de incidência do fato à norma, caso as premissas tenham sido preenchidas, as regras devem ser aplicadas e deverão valer no caso concreto, somente sendo viável utilizar outra regra se a primeira for declarada inválida, ou se a segunda for considerada como uma cláusula de exceção.

Contudo, os princípios, conforme Alexy:

(...) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p. 90).



Embora estejam previstos através de expressões que signifiquem deveres, permissões ou proibições, não há nos princípios um mandamento definitivo sobre como determinada circunstância deverá ser tratada pelo intérprete, pois não podem ser satisfeitos apenas de uma forma, mas sim em graus variados e dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso concreto.

Dessa forma, busca-se atingir o melhor resultado possível, alcançando-se a meta de otimizar a incidência dos princípios em conflito. No conceito de cada princípio não há uma delimitação da extensão do seu conteúdo, que varia de acordo com o caso especial. Nos choques entre princípios, estabelece-se um critério de precedência, pois a aplicação dependerá da aferição daquele que for o mais preponderante no caso tratado<sup>33</sup>. Justamente por isso que se fala em mandamento de otimização, ou seja, atingir algo na maior medida possível, porque um princípio não deve ser satisfeito de forma absoluta a ponto de anular por completo o outro princípio em conflito<sup>34</sup>.

Com base nessas breves lições, verifica-se que os critérios de distinção entre regras e princípios não são apenas diferentes, mas também chegam a conclusões distintas sobre a aplicabilidade dessas normas, o que precisa ser mencionado aqui a fim de se entender se a obrigatoriedade pode ser tratada indistintamente como regra ou princípio.

Se considerarmos que a obrigatoriedade é a orientação central e basilar da atuação do Ministério Público na persecução criminal, poderíamos chamá-la de princípio pelo critério da fundamentalidade.

---

<sup>33</sup> Demonstra Alexy que: (...) “as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso. (...) Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, 'por si só, de prioridade'. O 'conflito' deve, ao contrário, ser resolvido 'por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes'. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 93-95).

<sup>34</sup> Enquanto o conflito de regras busca a única norma que vai definitivamente valer e regular o problema, o balanceamento entre princípios “difere dos métodos de adjudicação ao olharem para uma variedade de fatores no alcance da decisão” (ALEINIKOFF, 1987, p. 945) (“(...) *differs from methods of adjudication that look at a variety of factors in reaching a decision*” - tradução livre), ou seja, várias razões são analisadas para se chegar até uma solução ponderada.

Entretanto, ficaria difícil defender essa linha, pois como a discricionariedade foi expressamente prevista como forma de exercício da ação penal em todos os casos de resolução negociada de conflitos penais (remissão, transação, suspensão condicional do processo e colaboração premiada), o que será melhor examinado mais a frente neste trabalho, se a obrigatoriedade fosse um princípio pelo critério da fundamentalidade teria sido desrespeitado por todas essas respectivas legislações infraconstitucionais pós Constituição de 1988 e não teria tido a função principal de orientação do seu sistema.

Por outro lado, se a obrigatoriedade fosse um comando normativo sobre como o MP deveria se manifestar em determinada circunstância, poderia ser uma regra pelo critério da estrutura normativa e supondo-se que tivesse sido prevista no procedimento comum (art. 24 do CPP), mas não nos acordos penais, as outras previsões legais dos métodos de resolução penal negociada seriam suas exceções.

Precisamos, agora, examinar justamente o enunciado normativo que supostamente prevê a obrigatoriedade, a fim de se definir a sua natureza e validade.

Para enorme maioria da doutrina processual penal, sua sede seria o artigo 129, inciso I, da Constituição da República, quando se fala que é função do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, bem como o artigo 24 do Código de Processo Penal, ao prever que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público (...)”.

Assim, a doutrina processual penal, a partir da mera imperatividade dos verbos (“promover” e “será”), entendeu que a ação penal seria obrigatória e que haveria um conteúdo subliminar nas normas constitucionais e legais acima referidas, o que significaria a opção política pelo modelo da obrigatoriedade, como define José Antonio Paganella Boschi:

É certo que na nossa lei processual penal não há um dispositivo explícito sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, como o do art. 100 do antigo Código de Processo Penal do RS, de 15/08/1898, que, para não deixar dúvidas, enunciava que o Ministério Público era obrigado a oferecer a denúncia, nos casos em que coubesse a ação pública. Não é menos certo, entretanto, que o citado princípio permeia o sistema da Lei Adjetiva vigente em nosso País (arts. 5º, inc. I, 24, 27, 28, 42, 578, do CPP). E isso tem a ver, segundo pensamos, menos com a preocupação de cautelar o agente do Ministério Público contra pressões externas e mais com a correta percepção da inconciliabilidade do interesse público ínsito na persecução, como dever de Estado, com atos de disposição, próprios quando os interesses são meramente privados. Com efeito, quando o art. 24 do CPP declara que a denúncia (e diríamos nós, também o aditamento) por crime de ação pública será oferecida pelo órgão do Ministério Público, não

fica difícil afirmar que o legislador seguiu linha radicalmente oposta àquela que decorre do princípio da oportunidade – nos moldes norteamericanos – vedando, assim, deliberada e antecipadamente ao agente ministerial a celebração de acordos com o réu ou seu advogado, salvo a hipótese antes mencionada, ou a invocação de argumentos de conveniência ou utilidade social para não desencadear a *persecutio criminis*, mesmo que nessa fase esteja em dúvida quanto à autoria ou à própria configuração típica do fato (PAGANELLA BOSCHI, 2002, p. 69).

Realmente, pode haver um conteúdo mandamental implícito, na medida em que um enunciado normativo (dispositivo legal) não é sinônimo de norma, sendo essa última o produto da primeira, isto é, norma é o comando que se extrai da interpretação de um enunciado normativo, o que possibilita, então, que um enunciado dê origem a mais de uma norma, uma vez que norma é "(...) o resultado da operação que leva a cabo o intérprete quando toma em consideração o significado de uma formulação normativa" (RODRÍGUEZ; SUCAR, p. 279) (tradução livre)<sup>35</sup>.

Contudo, essa interpretação da doutrina a partir do mero tempo verbal parece um pouco superficial, na medida em que os enunciados acima referidos apenas tratam da legitimidade ativa do MP para a promoção da ação penal pública, sendo que a única obrigatoriedade que podemos vislumbrar na redação dos dispositivos é a que confere o caráter de imprescindibilidade à iniciativa do Ministério Público para o exercício da jurisdição penal. Não consta do mandamento constitucional definitivo que o Ministério Público deve sempre oferecer denúncia, mas sim que é função ministerial promover a ação penal pública, bem como que, quando for caso de denúncia, só ao *Parquet* caberá a sua promoção<sup>36</sup>.

Nesse sentido, percebemos que o advérbio privativamente, usado no texto constitucional, se refere à legitimidade ativa exclusiva do MP, não tendo o constituinte originário completado a redação com nenhuma outra palavra, ou seja, poderia estar escrito “privativa e obrigatoriamente”, ou “privativa e discricionariamente”, mas se optou pelo silêncio, o que, a princípio, apenas proíbe o promotor criminal *ad hoc* e demonstra a existência de uma norma constitucional que cuida da legitimidade ativa do *Parquet*.

Aliás, não podemos esquecer que, se formos usar uma interpretação literal, privativamente significa aquilo que é feito de maneira privativa, ou seja, com

<sup>35</sup> “el resultado de la operación que lleva a cabo el intérprete cuando toma en consideración el significado de una formulación normativa”.

<sup>36</sup> Como veremos mais à frente, não podemos achar que promover a ação penal é equivalente a oferecer a denúncia, pois pode haver a primeira sem a segunda, embora a segunda seja dependente da primeira.

privacidade. Ora, a qualidade de ser particular, especial, individual, único, próprio, pessoal e exclusivo se contrapõe diretamente à obediência de um comando normativo anterior para mecanização de uma atividade ao sempre se processar determinada conduta (obrigatoriedade) da mesma forma, mas se encaixa exatamente com a utilização de critérios subjetivos de conveniência e oportunidade para o exercício da ação penal (discricionariedade).

Ademais, regulamentando a parte final do dispositivo constitucional já citado (art. 129, I), o Código de Processo Penal nada fala de obrigatoriedade da ação penal, sendo que isso fica ainda mais claro se interpretarmos que, após a primeira parte do artigo 24 do CPP, o enunciado continua tratando apenas do tema legitimidade, pois prevê a ação penal pública condicionada, razão pela qual, exatamente como a norma constitucional, a previsão infraconstitucional parece cuidar só de legitimidade ativa da ação penal.

Além disso, vale exemplificar que o artigo 84 da CF/88 elenca as competências privativas do Presidente da República em 27 (vinte e sete) dispositivos, todos no mesmo tempo verbal imperativo. Por que aqui se fala em discricionariedade administrativa do ocupante de cargo eletivo do Poder Executivo, enquanto lá em suposta obrigatoriedade da ação penal pelo membro do MP? Certamente, o padrão redacional não tem nada a ver com essa conclusão, pois apesar de ter sido o mesmo, as conclusões foram opostas. Se nos dispositivos que definem as suas competências (MP e Presidente da República) não há nada que autorize uma interpretação literal como obrigatório ou discricionário o exercício das suas respectivas atribuições, afinal, quais normas permitem essas conclusões?

Na verdade, o tempo verbal não tem o condão de caracterizar a adoção da discricionariedade ou da obrigatoriedade como definidoras dos parâmetros de atuação do MP, pois o que importa na atividade de interpretação da lei é o sentido da norma e a sua compatibilização com o sistema na qual está inserida, assertiva que não passou despercebida até da doutrina norteamericana:

Uma nova consequência da discricionariedade do promotor surge através da interpretação judicial da lei. A linguagem de alguns estatutos parece implicar que não poderia haver nenhum exercício de discricionariedade na atividade persecutória. Em outros, a linguagem permissiva implica uma direta permissão de discricionariedade pelo legislador. (O promotor "deve" agir, ou ele "pode" agir). Em nenhum dos casos a inferência é necessária, de acordo com um número de casos em que a formulação obrigatória não é necessariamente obrigatória e aquela redação permissiva não é

necessariamente permissiva. (DOUGLASS, 1977, p. 9-11) (tradução livre)<sup>37</sup>.

Outrossim, não podemos nos esquecer que, embora recepcionado pela Constituição, o Código de Processo Penal foi promulgado em 1941, ou seja, está muito defasado dos avanços garantistas da nossa constituição cidadã, sendo, portanto, impossível que definisse 47 (quarenta e sete) anos antes um modelo de atuação para um Ministério Público completamente remodelado pela Carta Magna de 1988.

Nessa linha, reconhecer o suposto princípio (ou regra) da obrigatoriedade da ação penal pública em virtude de um conteúdo implícito de uma norma infraconstitucional promulgada 47 anos antes da Constituição é se esquecer da lição de Hans Kelsen de que é a Carta Magna que está no vértice do nosso ordenamento, sendo sua a atribuição de recepcionar e orientar tanto a edição, como a interpretação dos atos normativos derivados<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> *One further extension of the prosecutor's discretion comes about through judicial interpretation of statutory law. The language of some statutes seems to imply that there could be no exercise of discretion in the process of enforcement. In others, permissive language implies a direct grant of discretion by the legislature. (The prosecutor "shall" act, or he "may" act). In neither case is the inference a necessary one, according to a number of cases which state that mandatory wording is not necessarily mandatory, and that permissive wording is not necessarily permissive.*

<sup>38</sup> De acordo com Luís Wanderley Gazoto: "Na verdade, com a evolução doutrinária do conceito de discricionariedade administrativa, parece que a questão da obrigatoriedade ou da oportunidade da promoção da ação penal pública tornou-se falso dilema. (...) A obrigatoriedade, como corolário do princípio da indisponibilidade do interesse público, jamais deve ser dissociada da função maior da administração pública, que é a busca do bem comum. Não se pode invocar o princípio da obrigatoriedade desvestindo-o da finalidade que lhe é inerente. Assim, poder-se-ia falar na existência de uma obrigatoriedade finalista na atuação ministerial. A lei jamais será obedecida sem o atingimento da razão teleológica de todo o sistema jurídico que a legitima. O membro do Ministério Público não é um agente administrativo que, diante de um inquérito policial, verificando o enquadramento dos fatos em um tipo previsto em alguma lei penal, tem obrigação irrefletida de ajuizar ação, para obter a condenação do acusado. O membro do Ministério Público é agente político que, diante da escassez de recursos, deve administrar as forças do Estado, para provocar a sanção das ações criminais praticadas pelos membros da sociedade, na medida de sua gravidade, sempre com olhos atentos às mutações sociais e à repercussão das ações. A titularidade da ação penal pública atribui, ao membro do Ministério Público, a obrigação de buscar a razão finalística dos instrumentos de atuação que o povo e a Constituição Federal outorgaram à instituição. De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição. Quando um promotor de justiça ou um procurador da República oferece uma denúncia, ao menos enquanto as varas judiciais estiverem abarrotadas de serviço, deve-se subentender que, entre as possibilidades de emprego dos meios da administração pública, é prioridade para a sociedade a sanção do acusado por ter praticado, entre outras condutas indesejadas ao Estado, aquela que produziu as lesões mais graves. (...) Destaque-se que, nada obstante os argumentos de alguns que não admitem que o Ministério Público seja o responsável pela condução da política criminal repressiva no Brasil, ele é a única instituição que pode desempenhar tais funções, pois, diante de suas atribuições constitucionais, da imobilidade imposta ao Judiciário e da falta de autonomia da polícia, não se enxerga quem melhor possa fazê-lo. Efetivamente, quem deve realizar a triagem do imenso rol de práticas criminosas e promover persecução penal eficaz das ações mais graves, e isso somente se obtém com o emprego comedido da ação penal pública, é o Ministério Público (GAZOTO, 2003, p. 118/119).

Novamente, vale frisar que as leis infraconstitucionais que disciplinaram os acordos criminais, todas editadas a partir de 1990, ou seja, já inspiradas tanto na nova Constituição de 1988, como no modelo moderno do Ministério Público, adotaram a discricionariedade como característica do exercício da atribuição de iniciativa do oferecimento dos métodos de resolução negociada de conflitos penais.

Portanto, não é exagero dizer que a obrigatoriedade da ação penal (seja como regra ou como princípio) não se encontra fixada em nenhum dispositivo legal do nosso ordenamento jurídico, sendo mera criação doutrinária.

Cabe aos intérpretes, então, responderem se a ação penal pública no Brasil é obrigatória ou discricionária a partir do formato que a Carta Magna deu ao Ministério Público e não à mera interpretação de um tempo verbal na letra da lei. E se mesmo assim alguém insistir em fazer uma interpretação a partir da letra da lei, que não observe apenas um ato normativo editado em 1941, sob a égide de um regime ditatorial, mas também as leis posteriores à atual Constituição democrática, que em todos os acordos criminais, inclusive na colaboração premiada, onde, além de se tratar de organização criminosa e crimes graves, há o necessário oferecimento de uma denúncia, a discricionariedade foi prevista como critério orientador da atividade persecutória do MP.

Realmente, a discricionariedade pode gerar alguns receios, conforme observação de Rogério Lauria Tucci, para quem “o interesse punitivo do Estado não deve ficar à mercê de subjetivismos, impondo-se, pelo contrário, a efetivação do *jus puniendi* sempre que haja fato penalmente relevante a ser devidamente apurado e sobrelevado” (TUCCI, 2003, p. 120).

Entretanto, tais preocupações parecem, além de incoerentes com as características, prerrogativas e atividades do MP anteriormente aferidas, exageradas, na medida em que a discricionariedade pode ser controlada pelo Poder Judiciário através do artigo 28 do CPP<sup>39</sup>, o que, por sinal, configura uma grande diferença com o sistema estadunidense, segundo doutrina de Joan E. Jacoby:

---

<sup>39</sup> Na verdade, em que pese a doutrina tratar esse artigo como controle do suposto princípio da obrigatoriedade, parece muito mais lógico que ele controle a discricionariedade, pois, se controlasse a obrigatoriedade, a última palavra sobre o oferecimento da denúncia e a consequente interpretação e validade de um comando normativo teria que ser do Judiciário e não do Ministério Público, já que àquele cabe dizer o direito, sendo vedada qualquer forma legal de impedir o exercício da sua jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CF/88). Sendo certo que quem exerce a jurisdição são os juízes e não os promotores, se um pedido de arquivamento for negado pelo magistrado ao argumento de que a lei obriga o oferecimento da ação naquele caso, haveria uma ilegalidade que deveria ser reparada pelo Poder Judiciário, o que não ocorre, uma vez que devolve-se o exame da matéria ao Chefe do MP.

Esta liberdade de fazer uma escolha entre possíveis cursos de ação ou inação - discricionariedade não revisável do promotor - era, no final, o que verdadeiramente separou o procurador americano de todos os outros membros do sistema de justiça criminal. O poder discricionário do procurador americano tornou-se indiscutível em três áreas cruciais. Só ele tinha o poder de decidir se a ação penal seria trazida; só ele iria decidir o nível no qual um indivíduo seria processado; ele não poderia ser impedido de terminar a acusação quando considerava adequado e necessário. (JACOBY, 1980, p. 29) (tradução livre)<sup>40</sup>.

Assim, nos EUA, a discricionariedade do promotor não pode ser revista pelo juiz, sendo que a única possibilidade de controle<sup>41</sup> é a vedação à acusação seletiva em virtude de uma arbitrariedade ou desigualdade, mesmo assim cabendo ao próprio imputado (através de habeas corpus) provar tanto o motivo como o efeito discriminatório na atividade persecutória<sup>42</sup>.

Com efeito, a discricionariedade que se propõe no nosso ordenamento jurídico não é a mesma aplicada no sistema estadunidense, o que minimiza os riscos de abuso de poder pelo promotor brasileiro.

Aliás, a discricionariedade varia não apenas entre ordenamentos jurídicos diversos, mas até entre distintas áreas dentro do mesmo sistema, podendo ser mais aberta para uns operadores e mais restrita a outros, sendo difícil, contudo, imaginar um agente político que, ao exercer sua atividade, não tenha uma mínima margem de

---

Inclusive, *de lege ferenda*, parece mais conveniente que se adote no processo penal o mesmo sistema dos processos cíveis coletivos, onde os arquivamentos são examinados por um órgão superior da estrutura do próprio MP e não por um magistrado, o que também se adequaria ao sistema acusatório, retirando-se do juiz essa atividade sobre a função de promoção da ação penal, que deve ser exclusiva do promotor.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do 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.

<sup>40</sup> "This freedom to make a choice among possible courses of action or inaction - unreviewable prosecutorial discretion - was, in the end, what truly set the American prosecuting attorney apart from all other members of the criminal justice system. The discretionary power of the American prosecuting attorney had become indisputable in three crucial areas. He alone had the power to decide whether criminal action would be brought; he alone would decide the level at which an individual would be charged; he could not be prevented from terminating prosecution where he deemed it appropriate and necessary".

<sup>41</sup> Embora não controle o arquivamento, ou seja, a não-ação, o magistrado controla a acusação, isto é, a ação, na medida em que: "Juizes têm a autoridade e a obrigação de rejeitar acusações feitas pelas promotores em uma audiência preliminar quando forem insuficientes as evidências ou os fundamentos legais apresentados para se processar o suspeito" (KAGAN, 2003, p. 74). (tradução livre) ("Judges have the authority and obligation to reject charges made by prosecutors when a preliminary hearing indicates insufficient evidence or legal grounds to proceed against the suspect").

<sup>42</sup> No caso *U.S. Supreme Court - Wayte vs. United States*, 470 U.S. 598 (1985), foi decidido que: "Acusações seletivas podem ser avaliadas de acordo com os padrões comuns de proteção da igualdade. Esses padrões exigem que o peticionário mostre que a atividade repressiva teve um efeito discriminatório e foi motivada por uma razão discriminatória (...)".

liberdade para atuar em virtude inclusive da necessidade do ato normativo (genérico, abstrato e impessoal) ser integrado pelas razões concretas do fato em análise, segundo doutrina de John Jay Douglass:

Discricionariedade é o poder de tomar decisões ou agir de acordo com o próprio julgamento. É impossível conceber qualquer instituição social, incluindo a lei, que não exige a tomada de decisão individual e o exercício do julgamento. Discricionariedade é inevitável, de acordo com H.L.A. Hart, por causa da textura aberta da lei. Ou seja, existem limitações inerentes da capacidade humana para prever totalmente ou para descrever perfeitamente na língua todas as instâncias possíveis que possam surgir e precisam ser tratados de acordo com as prescrições da lei. Em vez disso, as decisões devem ser tomadas por indivíduos que interpretam as leis e regras e decidem se e em que grau o direito será aplicável sobre a situação em suas mãos. Esta inevitabilidade não significa que a discricionariedade é invariável em todas as suas manifestações. (...) O fôlego e a profundidade em que a discricionariedade é exercitada por indivíduos em posições de responsabilidade varia em diferentes épocas, lugares e circunstâncias. (DOUGLASS, 1977, p. 11) (tradução livre).<sup>43</sup>

Isto posto, o nosso sistema não pode ser formalista, robotizando o promotor e fazendo-o denunciar todas as pessoas que em tese tenham cometido um crime, pois é inegável que a atividade do Ministério Público está sim sujeita ao exame de diversos fatores para o seu exercício, bem como que o promotor, como agente político, precisa valorar todos os interesses em um dado conflito (gasto estatal com o processo, repercussão social da conduta criminosa, insignificância do delito, desnecessidade de aplicação de pena privativa de liberdade para repressão do fato etc).

O ponto de equilíbrio em que se permita ao *Parquet* uma decisão responsável sobre o exercício ou não da ação penal não pode ser vinculá-lo à obediência irrestrita de um comando legal lacônico, já que oferecer uma denúncia não pode ser um fim em si mesmo do Estado, mas sim mais uma de suas funções, assim como diversas outras, que em um caso concreto podem levar a objetivos mais sobrepujantes.

Desse modo, podemos interpretar a discricionariedade como critério de orientação do exercício das funções ministeriais, inclusive da promoção da ação penal

---

<sup>43</sup> "Discretion is the power to make decisions or to act according to one's own judgment. It is impossible to conceive of any social institution, including the law, which does not require individual decision making and the exercise of judgment. Discretion is inevitable, according to H.L.A. Hart, because of the "open texture of the law". That is, there are inherent limitations of human ability either to predict fully or to describe perfectly in language all the possible instances which might arise and need to be treated according to prescriptions of the law. Instead, decisions must be made by individuals who interpret laws and rules and decide whether and to what degree the law apply to the situation at hand. (...) This inevitability does not mean that discretion is invariant in all of its manifestations. The breath and depth of discretion which is exercised by individuals in positions of responsibility varies in different times and places and circumstances".



pública, através de uma ponderação com outros valores que incidem no caso concreto, conclusão que soa coerente com a seguinte orientação de Geraldo Prado<sup>44</sup>:

Nestes termos a realidade coloca o Ministério Público diante da possibilidade/necessidade de se organizar de modo eficiente e orientar a aplicação de seus recursos na direção de políticas criminais democráticas, definidas com transparência e em documentos discutidos internamente e com representantes da comunidade. Cumprida esta etapa, em homenagem aos princípios constitucionais mencionados linhas atrás, cada Promotor de Justiça ou Procurador da República terá conhecimento dos parâmetros que nortearão escolhas entre acusar ou requerer o arquivamento das investigações criminais e até sobre recorrer ou não de sentenças. 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. Por último, não custa lembrar que a dogmática penal avançou o suficiente para engendrar critérios de definição de crimes, de tipicidade penal, bem mais exigentes que a mera subsunção da tipicidade objetiva tradicional. A potencialidade de dano da conduta, a ofensividade a bens jurídicos, a própria dimensão do dano provocado e o desvalor da ação são elementos que o Direito Penal oferece ao Ministério Público para determinar as hipóteses de atuação ou não (PRADO, 2005, p. 129).

Na mesma esteira, Silvia Faber Torres declara que:

(...) a ponderação, embora não se confunda com a discricionariedade, acaba por guiar o exercício do poder discricionário, que amiúde, não prescinde de um sopesamento de princípios jurídicos constitucionalmente colidentes com finalidades jurídicas fixadas na norma de competência ou de uma ponderação de direitos individuais com interesses coletivos de estatura constitucional. (FABER TORRES, 2012, p. 181).

Com base nessa interpretação sistemática que fizemos até agora, parece claro que o MP age com discricionariedade, uma vez que seria impossível prever com antecedência o maior interesse em jogo, inclusive no momento de promoção de uma ação penal, o que legitima a sua capacidade de fazer uma escolha, seja sobre agir ou não agir ou sobre os limites, a forma, o momento ou a medida da sua ação<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Inclusive, antes disso, Geraldo Prado já mostrava que: “Questões muito valorizadas pela doutrina de certo tempo, como o risco de perda da eficácia intimidatória da lei penal, a impossibilidade de controlar a apreciação da conveniência, a preocupação com a desigualdade de tratamento por motivos de oportunidade e um suposto anseio de justiça absoluta, incompatível com “caprichos” de um acudador leniente, modulam o discurso mais antigo de objeção à disponibilidade e prestígio à obrigatoriedade” (PRADO, 2003, p. 152/153).

<sup>45</sup> Vale citar precisa lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao reconhecer que: "Diz-se que há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador no que atina, isolada ou cumulativamente:

- a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou
- b) no que concerne a não agir ou agir ou
- c) no que atina à escolha da ocasião usada para fazê-lo ou

Nessa linha, o membro do MP possui atribuição e legitimidade para tomar uma decisão e integrar o conteúdo da norma, tendo em vista que a discricionariedade é justamente a competência outorgada a um agente político para a execução do interesse público insuficientemente definido numa lei, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>46</sup>.

Em suma, resta evidente que a discricionariedade do promotor em nada se assemelha ao arbítrio, pois o membro do MP precisa fundamentar as suas escolhas e está sujeito ao controle judicial da sua decisão, estando autorizado a realizar um juízo subjetivo de ponderação quando entender que, através de critérios estratégicos, orientados por questões tanto específicas do caso concreto, como sociais e econômicas: numa conduta que, embora configure crime em tese, o processo judicial configura meio excessivamente gravoso para sua repressão, diante da incidência de outros valores mais preponderantes naquela situação fática; a denúncia, apesar de adequada, pode não ser o meio mais necessário ao tratamento daquela ação, uma vez que métodos menos restritivos seriam suficientes; ou que a finalidade legal, ou seja, o interesse público alcançado através da ponderação entre todos os valores previstos na Constituição, pode ser satisfeita de outras formas, inclusive através do consenso<sup>47</sup>.

Outrossim, também ficou reconhecido que a discricionariedade não se contrapõe ao sistema acusatório, pois a outorga de competência para escolha sobre a

---

d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou

e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal" (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 17).

<sup>46</sup> "Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei a Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico. A discricionariedade é, portanto, uma competência que é cometida à Administração, em grau e modo que venham a ser indispensáveis para integrar a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente. A definição de resíduo de legitimidade indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de mera execução" (MOREIRA NETO, 2002, p. 33).

<sup>47</sup> O Conselho Nacional de Justiça vem incentivando a política da Justiça Restaurativa, que é uma prática que se desenvolve através de um processo colaborativo voltado para resolução de um crime ou de suas consequências, que envolve a participação e a aproximação entre o infrator e a vítima. Trata-se de uma mediação vítima-ofensor em que se promove o encontro deles em um mesmo ambiente guardado de segurança jurídica e física, com o objetivo de que se busque ali um acordo que implique na resolução de outras dimensões do problema que não apenas a punição, como, por exemplo, a reparação de danos emocionais. A Justiça Restaurativa possui caráter suplementar à Justiça comum e visa à pacificação das relações sociais de forma mais efetiva do que uma decisão judicial. Salvo nos casos de crimes de menor potencial ofensivo ou nos atos infracionais análogos aos crimes cometidos pelos adolescentes infratores, a mediação não tem repercussão na pena, mas apenas na reparação dos danos, podendo ocorrer inclusive na fase de cumprimento da pena.

promoção ou não da ação penal em nada se choca com a divisão de funções no processo, o ônus da prova acusatória e a presunção de inocência.

Aliás, como já vimos, a diferença entre discricionariedade e sistema acusatório, bem como a aferição da importância do papel das partes, fica muito mais nítida ao se examinar o sistema de justiça penal norteamericana, chamado não apenas de acusatório, mas também de adversarial:

"(...) método de formulação de políticas e resolução de conflitos com duas características marcantes. A primeira é a formal contestação jurídica - interesses concorrentes e disputantes prontamente invocando direitos legais, deveres e requisitos processuais, apoiados pelo recurso da lei formal, fortes sanções legais, processos judiciais e/ou revisão judicial. A segunda é o ativismo litigante - um estilo de contestação jurídica no qual a afirmação das reivindicações, a busca de argumentos jurídicos de controle e a obtenção e a apresentação de provas são dominadas não por juízes ou funcionários do governo, mas pelas partes disputantes ou interessados, atuando principalmente através de advogados. Organizacionalmente, o legalismo adversarial normalmente está associado e é incorporado em instituições de tomada de decisão na qual a autoridade está fragmentada e em qual controle hierárquico é relativamente fraco" (KAGAN, 2003, p. 9)<sup>48</sup>.

Nesse sentido, Robert Kagan, incorporando lição de Mirjan Damaška, distingue os modelos de controle e divisão de funções na persecução criminal explicando que seus mecanismos podem derivar da aplicação da lei ou da responsabilidade democrática do tomador de decisão e por isso a organização da autoridade do Estado pode ser diferenciada através das expressões "hierárquica" e "coordenada". O modelo hierárquico, típico da Europa Ocidental, centraliza o poder político de controle sobre o processo e a atividade judicante e foi concebido para minimizar a inconsistência e a injustiça na aplicação da lei, evitando-se influências nos órgãos oficiais do sistema de justiça criminal (policiais, promotores e juízes são geralmente organizados em carreiras profissionais burocráticas, hierarquizadas e apolíticas). Já o modelo coordenado, que se aproxima do estadunidense, enfatiza a fragmentação do poder e a responsabilidade individual no exercício de escolhas. Policiais, promotores e juízes são escolhidos e sofrem influências do processo

---

<sup>48</sup> "(...) *adversarial legalism - a method of policymaking and dispute resolution with two salient characteristics. The first is formal legal contestation - competing interests and disputants readily legal rights, duties, and procedural requirements, backed by recourse to formal law enforcement, strong legal penalties, litigation and/or judicial review. The second is litigant activism - a style of legal contestation in which the assertion of claims, the search for controlling legal arguments, and the gathering and submission of evidence are dominated not by judges or government officials but by disputing parties or interests, acting primarily through lawyers. Organizationally, adversarial legalism typically is associated with and is embedded in decision making institutions in which authority is fragmented and in which hierarchical control is relatively weak*".

democrático e das forças políticas, sendo que "(...) o modelo coordenado exalta as técnicas do legalismo adversarial - influência das partes (em oposição à hierarquicamente controlada) contestação jurídica - para prover a coordenação jurídica e assegurar a prestação de contas" (KAGAN, 2003, p. 71) (tradução livre)<sup>49</sup>.

Desse modo, conforme adverte Orlando Muñoz Neira, o sistema acusatório não se confunde, nem é sinônimo do modelo adversarial adotado nos EUA, pois:

O sistema processual penal dos Estados Unidos tem, entre suas características, duas que se destacam por sua importância tanto histórica como contemporânea: ser adversarial e acusatório. Estes dois últimos termos não são sinônimos embora normalmente sejam repetidos sem se fazer a distinção necessária. O termo adversarial significa uma divisão das responsabilidades entre quem toma as decisões e as partes; tanto a decisão jurídica como a fática correspondem a um terceiro imparcial que adota uma posição em virtude do material apresentado pelas partes adversárias, que são o promotor, de um lado (não a vítima), e a defesa, do outro. Para que o sistema seja adversarial significa que a responsabilidade por investigar os fatos, por apresentar as provas e determinar a argumentação pertinente seja das partes adversárias. (...) Mas além a adversarial, o processo penal nos Estados Unidos é acusatório, isto é, nós repetimos, uma diferente embora característica complementar. Ser acusatório significa que a carga para provar a responsabilidade de processar, além de uma dúvida razoável, está na cabeça do acusador. Isto denota, nem mais nem menos, que o sistema acusatório é suportado na base da presunção de inocência (NEIRA, 2006, 128). (tradução livre)<sup>50</sup>.

Por sua vez, o modelo não adversarial (ou inquisitorial) valoriza a aplicabilidade das leis sem muita liberdade interpretativa, em que toda decisão deve derivar de uma lógica incidência da norma jurídica, sendo que o maior objetivo do julgamento é a busca da verdade real através de um agente oficial que se encarrega de

<sup>49</sup> "(...) the coordinate model exalts the techniques of adversarial legalism - party-influenced (as opposed to hierarchically controlled) legal contestation - to provide legal coordination and ensure accountability".

<sup>50</sup> "El sistema procesal penal de los Estados Unidos tiene, entre sus características, dos que descuellan por su importancia tanto histórica como contemporánea: es adversativo y acusatorio. Estos dos últimos términos no son sinónimos aunque a diario se repiten de corrido sin hacer la necesaria distinción. El término adversativo significa que existe una división de responsabilidades entre quien toma la decisión y las partes; tanto la decisión jurídica como la fática corresponden a un tercero imparcial que adopta una posición en virtud del material suministrado por las partes adversarias, que son el fiscal, de un lado (no la víctima), y la defensa, de otra. Que el sistema sea adversativo significa que la responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinente es de las partes adversarias. (...) Pero además de adversativo, el proceso penal en los Estados Unidos es acusatorio, que es, repetimos, una característica distinta aunque complementaria. Que sea acusatorio, significa que la carga de probar la responsabilidad del procesado, más allá de una duda razonable, está en cabeza del acusador. Esto denota, ni más ni menos, que el sistema acusatorio está suportado sobre la base de la presunción e inocencia."

comandar o curso do procedimento, com menor autonomia das partes, de acordo com Neil Vidmar, referido por Orlando Neira<sup>51</sup>:

Em contrário, os modos inquisitoriais de procedimento legal usados no continente europeu e em muitas outras partes do mundo são estruturados em torno dos modelos da investigação burocrática. Uma vez que um crime foi descoberto o Tribunal ou alguma autoridade filial ficam encarregados do processo. Os funcionários entrevistam testemunhas, empreendem em encontrar de outras evidências e escrevem informações sobre as investigações. Uma série dos diligências pode ocorrer na medida em que o caso é desenvolvido e à luz da informação nova os relatórios são revistos. Por exemplo, ao contrário do procedimento adversarial, uma declaração escrita feita por um funcionário durante uma diligência pode ser usada um juízo para substituir um testemunho vivo. No julgamento, as perguntas às testemunhas são feitas principalmente pelo juiz e as partes jogam um papel relativamente passivo. A diferença para as regras formais para a interrogatório direto e o contrainterrogatório do sistema adversarial, o testemunho é tomado em uma forma narrativa. Ademais, é o Tribunal que determina a ordem que será apresentada a evidência. (NEIRA, 2008, p. 129).

Com base nesse ponto de vista, o sistema acusatório poderia ser tanto adversarial como inquisitorial, ou seja, sistema acusatório com modelo inquisitorial não seria sinônimo de sistema meramente inquisitorial<sup>52</sup>, o que parece ser a mesma conclusão de Antonio Magalhães Gomes Filho, ao declarar que, no adversarial, a atividade probatória incumbe "preponderantemente aos próprios litigantes, daí decorrendo o papel de mero moderador e mediador, desempenhado pelo juiz que preside o julgamento", ao passo que no inquisitorial há a "proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório" (GOMES FILHO, 1997, p. 59-60).

---

<sup>51</sup> *En contraste, los modos inquisitorios de procedimiento legal usados en el continente europeo y en muchas otras partes del mundo están estructurados alrededor de modelos de investigación burocrática. Una vez un delito ha sido descubierto la corte o alguna autoridad filial de la corte se encarga del proceso. Los funcionarios entrevistan testigos, acometen en hallazgo de otras evidencias y escriben informes acerca de las investigaciones. Una serie de diligencias pueden tener lugar en la medida en que el caso se desarrolla, y a la luz de nueva información los reportes son revisados. Por ejemplo, a diferencia del procedimiento adversativo, una declaración escrita tomada por un funcionario durante una diligencia puede ser usada en el juicio para reemplazar un testimonio vivo. En el juicio, las preguntas los testigos son hechas, principalmente por el juez o jueces y los abogados de las partes juegan relativamente pasivo. A diferencia de las reglas formales para el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio del sistema adversativo, el testimonio es tomado en una forma narrativa. Además, es la corte la que determina el orden en que la evidencia es presentada.*

<sup>52</sup> Cujas principais características não se resumem à forma e intensidade de participação das partes e da gestão das provas, como se pode perceber a seguir: a) reunião das funções das partes na mesma pessoa: o juiz julga, acusa e defende; b) inexistência de partes, sendo o réu mero objeto do processo penal e não sujeito de direitos; c) o processo é sigiloso; d) inexistência das garantias constitucionais; e) sistema da tarifação das provas (a confissão é a rainha das provas); f) inexistência de presunção de culpa etc.

Todavia, apesar da diferença entre a autonomia das partes ser bem perceptível entre os modelos (preponderância da condução do processo)<sup>53</sup>, existem outras características não tão nítidas na distinção em virtude de serem tênues ou típicas de costumes de certos países ou da respectiva área do Direito em que são aplicadas, pois "não está claro até onde o processo contraditório rende-se à vontade das partes (como passivo o juiz?) e como persuasivo é o controle oficial no modo inquisitorial (como ativo os oficiais?)" (DAMAŠKA, 1986, p. 4) (tradução livre)<sup>54</sup>.

Com isso, elementos como Judiciário de carreira, existência de regras rígidas no procedimento, confiança em documentos oficiais, decisão por jurados, discricionariedade do tomador de decisão e procedimento oral, bem como privatividade do exercício da ação penal pública, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e julgamento por juiz competente e imparcial, podem gerar premissas incertas ou ambíguas para se definir o respectivo modelo, uma vez que podem variar de forma de um país para outro ou, mesmo na aplicação dentro do próprio país, entre os diferentes ramos do Direito, o que levou Damaška a afirmar que " (...) traços adversariais podem ser identificados na Europa continental e podem mesmo ser bastante conspícuos em alguns ramos da administração da justiça, enquanto características inquisitoriais, às vezes muito visíveis, podem ser encontradas em terras anglo-americanas" (DAMAŠKA, 1986, p. 6) (tradução livre)<sup>55</sup>.

Kagan, por sua vez, declarou que "nenhum sistema de justiça criminal de nenhuma nação se conforma inteiramente aos modelos hierárquico ou coordenado"<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> De acordo com Mirjan R. Damaška, através da análise da forma de atuação das partes é que se pode perceber o tipo de modelo seguido: "O modo adversarial do processo toma sua forma através de uma contenda ou uma disputa: ele se desdobra como um compromisso de dois adversários antes de um tomador de decisão relativamente passivo, cuja principal missão é chegar a um veredito. O modo não adversarial é estruturado como um inquérito oficial. Sob o primeiro sistema, os dois adversários se encarregam da maior ação processual; sob o segundo, funcionários executam a maioria das atividades" (DAMAŠKA, 1986, p. 3) (tradução livre). *"The adversarial mode of proceeding takes its shapes from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities"*.

<sup>54</sup> "(...) it is unclear how far the adversarial process yields to the wishes of the parties ('how passive the judge?') and how persuasive official control is in the inquisitorial mode ('how active the officials?')".

<sup>55</sup> "(...) adversarial traits can be identified in continental Europe and can even be quite conspicuous in some branches of the administration of justice, while inquisitorial features, sometimes quite conspicuous, can be found in Anglo-American lands".

<sup>56</sup> "No nation's criminal justice system conforms entirely to either the hierarchical ou coordinate models".

(KAGAN, 2003, p. 71) (tradução livre), razão pela qual seria difícil hoje encontrar um ordenamento com características apenas de um modelo<sup>57</sup>.

No Brasil, como adverte Geraldo Prado, "não é tarefa simples assinalar com precisão que sistema processual penal vigora" (PRADO, 2005, p. 167), especialmente em virtude da estrutura advir do Código de Processo Penal de 1941, cujo controle do oferecimento da ação penal pelo juiz (art. 28 CPP) ou a possibilidade do magistrado decretar uma prisão preventiva de ofício (art. 311 CPP), por exemplo, demonstram a sua interferência indevida em atividade que deveria ser exclusiva do Ministério Público, ou seja, a promoção da ação penal:

(...) se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementos do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou (PRADO, 2005, p. 195).

Entretanto, apesar de reconhecer essa base constitucional acusatória, especialmente em relação aos acordos criminais que ora estudamos, ou seja, nos conflitos extraprocessuais, defende Geraldo Prado que:

(...) as chamadas soluções consensuais não estão no círculo temático do Sistema Acusatório (como foi sublinhado antes), pois visam resolver conflitos extra-processuais e, portanto, não objetivam apurar fatos para com base nisso arbitrar responsabilidades (PRADO, 2005, p. 126).

Segundo o autor, a estrutura do sistema acusatório puro não seria compatível com os mecanismos de composição extrajudicial de conflitos penais, baseados no consenso e não na apuração do fato através de provas, do debate contraditório, da

---

<sup>57</sup> Erik Luna e Marianne Wade chegam à mesma conclusão, ao afirmarem que: "Como aplicado a sistemas atuais de justiça criminal, as distinções entre tradições da common law e da civil law parecem menos austeras e pode ser discutido se as características idiossincráticas de cada tradição já permitiram uma divisão clara entre os sistemas. (...) Além disso, os sistemas de justiça criminal de alguns países podem ser melhor descritos como híbridos, dada a mistura das tradições jurídicas encontradas em seus próprios processos criminais exclusivos. (...) Nenhum sistema é totalmente adversarial ou inquisitorial e qualquer tentativa de categorizar cada sistema em uma taxonomia definitiva, inabalável tenderá a elidir as diferenças muito reais entre as Nações, descendentes de cada família legal" (LUNA; WADE, 2012, p. 181). (tradução livre) ("*As applied to actual criminal justice systems, the distinctions between common-law and civil-law traditions seem less stark, and it can be argued whether the idiosyncratic features of each tradition ever allowed for a clean divide among system. (...) Moreover, the criminal justice systems of some countries may be best described as hybrids, given the mix of legal traditions found in their own unique criminal processes. (...) No system is entirely adversarial or inquisitorial, and any attempt to categorize each system in a definitive, undeviating taxonomy will tend to elide the very real differences among the nations descending from each legal family*").

presunção da inocência e da motivação das decisões judiciais, acrescentando Prado que:

A tese que advogamos a partir da 3ª edição do "Sistema Acusatório (e da edição do livro "Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal", já referido) consiste em reconhecer a impossibilidade de, pura e simplesmente, adotar as categorias dos sistemas processuais (qualquer deles) aos mecanismos de composição de conflitos na esfera penal baseados no consenso ou na conciliação ou em qualquer outra forma que não seja a apuração do fato.

Não se trata de dizer que procedimentos que dispensam a produção da prova são inquisitoriais. Nem sempre. Na maioria das vezes poderão ser arbitrários. Outras vezes irão satisfazer tanto o interesse dos envolvidos (agente e vítima) como do grupo (mediante compensação).

O que se afirma aqui é que em semelhantes casos não há lugar para a busca da confirmação dos fatos, através de provas, o debate contraditório, a presunção da inocência e a motivação das decisões. Portanto, o papel do juiz (árbitro) poderá ser de mero atestador da regularidade do procedimento ou de incentivador do acordo, conciliação ou compensação. O espaço para imparcialidade fica reduzido.

Como os elementos que determinam a existência dos sistemas processuais estão vinculados aos sujeitos processuais e ao modo como atuam, além da relação que se estabelece entre o juiz e a busca de informações sobre o fato, estas categorias não se prestam ao fim de definir o modelo fundado no consenso. Para este modelo está posto o desafio da sua compreensão, que significará desenhar com clareza o estatuto do juiz e das partes (PRADO, 2005, p. 68).

Nessa linha, no sistema acusatório puro, o processo penal completo seria o único instrumento de aplicação do poder punitivo - *nulla poena sine iudicio*, o que não ocorre quando se imagina uma pena por acordo.

Aury Lopes Jr adota posição semelhante ao entender que "os modelos de justiça negociada (e consensuada) representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo" (LOPES JR., 2004, p. 130). Continuando, Aury cita Luigi Ferrajoli para explicar que os acordos não são uma decorrência do sistema acusatório:

A tese de que as formas de acordo são um resultado lógico do "modelo acusatório" e do "processo de partes" é totalmente ideológica e mistificadora, como qualificou FERRAJOLI, para quem esse sistema é fruto de uma confusão entre o modelo teórico acusatório - que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo - e as características concretas do sistema acusatório americano, algumas das quais, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm relação alguma com o modelo teórico (LOPES JR., 2004, p. 132).

Contudo, em que pese a opinião desses doutrinadores, as lições estrangeiras anteriormente citadas já alertavam que sistema acusatório e modelo adversarial não são sinônimos e nem antíteses, mas complementares (sendo possível haver um



sistema acusatório com modelo inquisitorial), bem como que diversas características não são essenciais para definição de qual modelo é o adotado.

Ademais, vale frisar que a nossa Constituição incorpora tanto essa ausência de contrariedade (entre sistema acusatório e modelo adversarial), como a capacidade de criação de um método de persecução criminal novo, único e próprio ao nosso ordenamento jurídico, ao prever o sistema acusatório (arts. 5º, LIII, LIV, LV, LVII, e 129, I) e o modelo adversarial (art. 98, I), na medida em que estabelece as garantias processuais individuais ao imputado, mas faz expressa menção à transação nos crimes de menor potencial ofensivo, o que demonstra que não se trata de uma particularidade dos EUA.

Dessa forma, nosso ordenamento jurídico, que já não seria exemplo de adoção pura de nenhum sistema (base constitucional acusatória, mas resquícios inquisitoriais previstos especialmente na estrutura do CPP), se torna ainda mais peculiar com a incorporação diretamente na Constituição de um método de solução negociada de conflitos penais.

Sendo assim, pode-se dizer que, mesmo com uma base constitucional acusatorial, um ordenamento pode adotar um modelo adversarial, inquisitorial ou até híbrido, ou seja, com características mistas, seja no mesmo procedimento ou em etapas, fases ou ritos diversos, o que não significa, por si só, um problema, desde que essa variabilidade jurídica seja adequada à nossa Constituição.

Em outras palavras, não se pode vedar a aplicação de um acordo criminal no ordenamento brasileiro apenas dizendo que é incompatível com o sistema acusatório dito como puro, desde que os procedimentos e seus variados métodos de resolução de conflitos criminais estejam alinhados com as regras e princípios constitucionais.

Já sabemos, então, que a nossa Constituição adota o sistema acusatório, porém prevê explicitamente um método de resolução consensual de conflitos penais. O próximo passo, portanto, é descobrir se a transação seria um mecanismo único no nosso ordenamento, ou se o legislador infraconstitucional pode criar outros meios de negociação criminal.

## 2. LIMITES ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS INDIVIDUAIS

Nosso sistema processual penal, de base constitucional acusatória, garante aos imputados não apenas um processo, mas o exercício pleno do contraditório, da ampla defesa, da presunção da inocência e do devido processo legal para a imposição de uma sanção (*nulla poena sine judicio*).

Nesse sentido, a pena criminal teria como pressuposto essencial o cumprimento dessas garantias processuais individuais, somente podendo ser aplicada ao final de um procedimento em que todos esses requisitos fossem devidamente obedecidos.

Contudo, a introdução de métodos de solução consensual de conflitos criminais ameniza a importância desses valores como pressupostos imprescindíveis de aplicação de uma pena e restringe os referidos direitos fundamentais ao ponderá-los com outros interesses.

O autor de um fato caracterizado como crime de menor potencial ofensivo, por exemplo, pode preferir aceitar desde logo uma transação e cumprir medidas restritivas ou pagar uma multa, mesmo sem se defender, a fim de evitar um processo e os riscos de uma condenação e seus efeitos. Já em um crime de médio potencial ofensivo, ele pode achar mais conveniente concordar com a suspensão do seu processo já iniciado para, também após o cumprimento de certas medidas, ter sua punibilidade extinta, sem se discutir a sua responsabilidade no fato.

Ocorre que, como a remissão, a transação e a suspensão condicional do processo são aplicadas apenas a fatos menos graves, não se dava a devida atenção ao estudo da restrição aos direitos fundamentais, pois se entendia que o benefício auferido por aquele que fosse sofrer a medida era muito superior do que o prejuízo causado pela mitigação às suas garantias processuais individuais, bem como que o interesse coletivo à segurança pública e repressão da criminalidade não eram muito afetados por questões sem gravidade e que ao Estado seria produtivo minimizar os custos dos processos judiciais com essas soluções mais céleres e menos formais.

Todavia, com a colaboração premiada, o sistema repressivo visa a melhorar a sua operatividade, ou seja, deseja ser mais eficiente e diminuir os índices de impunidade através de estratégias que buscam aprimorar a produção de provas em crimes sofisticados cometidos por organizações criminosas, o que acaba interferindo

com muito mais intensidade não apenas no exercício dos direitos fundamentais dos imputados-colaboradores, mas também nos corréus, gerando, nas palavras de Frederico Valdez Pereira, o problema da legitimidade constitucional da colaboração, na medida em que:

(...) de um dos dois polos em latente tensionamento tem-se princípios constitucionais direcionados à exigência de operatividade do sistema penal compreendido conjuntamente, os quais radicariam em interesse da ordem jurídico-penal de eficiência na investigação e esclarecimento dos delitos. No extremo contrário estariam princípios oriundos de conformidade à justiça e garantia, tais como: igualdade, culpabilidade, tratamento isonômico dos acusados, que, em tese, tenderiam a afastar a possibilidade de a ordem jurídica receber mecanismo de persecução embasado na atitude cooperativa de coautores de crime (PEREIRA, 2013, p. 53).

Nota-se que na colaboração há um conflito entre valores constitucionais da mesma natureza daquele que ocorre nos demais métodos de solução negociada de conflitos penais (remissão, transação e suspensão), mas agora com mais intensidade e interesses em jogo e com outros direitos e titulares em conflito.

Assim, o problema da legitimidade constitucional não é propriamente restrito à colaboração, mas é de todos os métodos de solução negociada de conflitos penais e apenas se torna mais evidente e forte nesse acordo aplicável às organizações criminosas.

Destarte, a técnica da ponderação não muda em função da gravidade do crime, nem da intensidade dos direitos em conflito ou do número de pessoas envolvidas e afetadas, ou seja, não temos um problema novo com a colaboração, mas apenas um velho problema, embora maior.

Desse modo, de um lado está o interesse do Estado em reprimir a criminalidade e garantir a segurança e a paz social, do outro o interesse do mesmo Estado em assegurar que cada um de seus cidadãos tenha os seus direitos fundamentais respeitados e, por fim, os interesses dos imputados em terem seus direitos fundamentais respeitados, seja em face do Estado, quando ele for o violador, ou de outro particular, que no caso pode ser um corréu ex-integrante de uma organização criminosa. Diante disso, temos mais partes nesse conflito, sendo que cada uma pode ter até mais de um interesse em jogo, que podem inclusive ser colidentes.

O Estado, representado pelo Legislativo, deve produzir leis de acordo com os ditames constitucionais (tanto respeitando as garantias processuais individuais, como o interesse coletivo à segurança pública), mas também se faz presente pelo MP, que

deve oferecer a ação penal e movimentar o processo, bem como pelo Judiciário, a quem cabe verificar a presença de alguma violação e decidir o conflito.

Assim, as ações do Estado não estão voltadas a apenas uma pessoa, nem a somente um interesse, pois, especialmente o legislador, teve que pensar (no caso da colaboração premiada) no interesse coletivo de repressão à criminalidade, no respeito aos direitos fundamentais do colaborador, bem como que essa vontade de promover a segurança pública e de estimular a produção de provas em crimes complexos não interferissem nos direitos fundamentais dos demais corréus.

Neste capítulo, daremos destaque (embora brevemente, uma vez que se trata de tema extremamente sofisticado e digno de um estudo específico) a dois conflitos sobre a limitação dos direitos fundamentais nas leis processuais penais: aquele do Estado, ao editar leis infraconstitucionais que interferem no exercício de direitos fundamentais consagrados na Constituição, especialmente sobre as garantias processuais individuais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa); e o do imputado, que renuncia ao exercício de seus direitos fundamentais para garantir um benefício no processo ou na pena, ao invés de lutar até o fim pela sua absolvição.

A importância de se aprofundar um pouco a análise dessas disputas decorre da necessidade inicial de se superar a idéia de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, inegociáveis, indisponíveis, intangíveis ou qualquer outro adjetivo que tenda a conferi-los uma idéia de serem absolutos e intocáveis, seja ao legislador ordinário (para aferirmos se podem ser elaboradas normas infraconstitucionais que os restrinjam), como ao próprio titular (a fim de sabermos se o próprio titular-interessado do direito tem legitimidade para decidir pessoalmente a melhor forma de exercê-los, ou até de se omitir).

Dessa forma, para haver a ponderação, é pressuposto básico que seja possível sopesar um direito fundamental, seja pelo legislador ou pelo próprio titular individual, o que pretendemos abordar agora.

## **2.1. As restrições aos direitos fundamentais impostas por leis infraconstitucionais**

Este tema, embora muito relevante para o presente estudo, é de altíssima complexidade, com inúmeros desdobramentos sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não pretendemos, por isso, tratá-lo de forma abrangente, mas apenas trazer algumas lições mais importantes para a melhor compreensão do nosso objetivo.

Inicialmente, precisamos retroceder um pouco e definir a natureza jurídica das normas que preveem os direitos fundamentais, a partir das lições expostas no item 1.2.

Como vimos, pelo critério da estrutura normativa, ao qual aqui escolhemos adotar, regras são normas que obrigam, proíbem ou permitem algo através de mandamentos definitivos e apresentam um conteúdo de ordens sobre o que deve ser feito do ponto de vista fático e jurídico. No exame de incidência do fato à norma, caso as premissas tenham sido preenchidas, as regras devem ser aplicadas e deverão valer no caso concreto. É aquilo que a doutrina chama de aplicação "tudo ou nada" da regra, pois apenas uma será válida e a outra descartada.

Já os princípios são normas que, embora signifiquem deveres, permissões ou proibições, não contém um mandamento definitivo sobre como determinada circunstância deverá ser tratada pelo intérprete, pois não podem ser satisfeitos apenas de uma forma, mas sim em graus variados e dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. Assim, no conceito de cada princípio não há uma delimitação da extensão do seu conteúdo, que varia de acordo com o caso especial. No caso de conflito, busca-se atingir o melhor resultado possível, alcançando-se a meta de otimizar a incidência de todos os princípios em choque e de se estabelecer um critério de precedência, pois a aplicação dependerá da aferição daquele que for o mais preponderante no caso tratado, otimizando ambos para que um não anule por completo o outro.

Diante disso, e antes de enquadrarmos os direitos fundamentais em uma dessas espécies, vamos recorrer ao exemplo do aborto para facilitar a abordagem. Dispõe a Constituição, no *caput* do art. 5º, que "todos são iguais perante a lei (...) garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida (...)". Todavia, o Código Penal, recepcionado pela Carta Magna, estabeleceu, no art. 128, incisos I e II, que não se pune o aborto praticado por médico: "se não há outro meio de salvar a vida da gestante"; ou "se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

Temos, portanto, casos em que o legislador ordinário estabeleceu uma ponderação entre vidas (gestante e feto) e entre vida (feto) e liberdade/intimidade (gestante). E por que foi necessária essa valoração? Pois havia uma concorrência de direitos fundamentais e era preciso fixar seus limites para se alcançar a precedência entre eles.

Agora ficou bem mais fácil perceber que, se a vida, liberdade e intimidade não possuem valores absolutos, mas devem conviver entre si buscando a otimização e a harmonização de todos e o peso de cada um irá depender da situação fática e jurídica concreta, é porque os direitos fundamentais se adequam à categoria dos princípios (pelo critério da estrutura normativa) e, como tal, devem ser ponderados entre si (inclusive na atividade legislativa), como conclui Jorge Reis Novais<sup>58</sup>, ao elevar "a ponderação em conceito-chave da dogmática dos limites dos direitos fundamentais, enquanto método, não apenas inevitável, como também constitucionalmente mais apto a proceder a uma composição adequada de valores ou interesses" (NOVAIS, 2007, p. 356).

Os direitos fundamentais são, então, normas da espécie princípios e, com isso, não são absolutos e devem ser ponderados com outras de igual valor abstrato para se definir qual, no caso concreto, terá atribuído o maior peso.

De outro lado, importa consignar que os direitos fundamentais, além de serem princípios pela estrutura normativa, possuem uma dupla perspectiva, ou seja, uma dimensão subjetiva, como direito subjetivo individual do cidadão em face do Estado (ou de um terceiro), e outra objetiva, como valores objetivos fundamentais que a comunidade possui interesse em respeitar e concretizar, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Com base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos

---

<sup>58</sup> Jorge Reis Novais, após alertar que sua preocupação não é a de construir uma teoria sobre os direitos fundamentais e que concorda com Alexy em vários elementos de sua tese, reconhece que "as normas de direitos fundamentais apresentam a natureza de princípios, não em termos da assinalada caracterização forte de comando de otimização ou de norma de aplicabilidade variável radicalmente contraposto à natureza de comando definitivo e aplicabilidade disjuntiva das regras, mas sim no sentido de normas que, em muitos casos e ao contrário daquilo que, em geral, acontece com as regras, não fixam um resultado necessário, clara e imediatamente dedutível, já que a solução do caso depende, ainda, de uma indispensável ponderação de razões e princípios de sentido contrário que, do ponto de vista da Constituição, devem ser igualmente atendíveis" (NOVAIS, 2007, p. 357).

fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva, no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular (SARLET, 2006, p. 170).

Destarte, nota-se que os direitos fundamentais, além de não serem absolutos no confronto com outros princípios, por si só já convivem com uma intrínseca limitação conceitual, pois sua esfera de poder individual deve estar condicionada ao interesse da coletividade, o que afasta desde logo a idéia de que se vinculam exclusivamente a uma pretensa titularidade subjetiva.

Assim, aquilo que se compreende como direito fundamental subjetivo deve ser compatível com o que a sociedade espera da sua abrangência, pois à coletividade interessa que os direitos individuais sejam respeitados, mas desde que dentro de uma perspectiva que não impeça o exercício do interesse transindividual, uma vez que os direitos fundamentais não possuem um plano exclusivo de relação particular-Estado (ou particular-terceiro violador) e não caracterizam meros direitos subjetivos, mas também são valores objetivos da ordem constitucional.

Nesse sentido, é a própria concepção de uma vida em sociedade que confere limites aos direitos fundamentais, na medida em que o mesmo Estado que deve preservar, por exemplo, uma liberdade individual, também precisa garantir um direito coletivo, o que significa que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se relaciona diretamente com a convivência ponderada com a sua faceta subjetiva.

Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais não são meramente individuais e não se limitam à função de constituírem direitos subjetivos de garantia ou defesa do indivíduo contra atos do poder público ou de outros particulares, pois também caracterizam os valores objetivos da Constituição que restringem o respectivo direito fundamental no seu âmbito individual àquilo que estiver de acordo com o interesse coletivo.

Em outras palavras, os direitos fundamentais representam o conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos e não apenas garantias negativas de interesses meramente individuais.

Consequentemente, em função dessa ação positiva, neles também se insere

uma ordem dirigida ao Estado para que cumpra sua obrigação de concretizar, realizar e proteger os direitos fundamentais no exercício de todas as atividades de cada um de seus órgãos, aquilo que Ingo Sarlet chama de eficácia irradiante<sup>59</sup> derivada dessa perspectiva conceitual objetiva.

Dessa forma, a Carta Magna orienta toda atividade estatal ao cumprimento dos direitos fundamentais, sendo possível concluir que a ponderação entre os direitos fundamentais não apenas pode, mas deve ser exercida por qualquer das esferas do Estado, ou seja, a Administração (e aqui se incluiu o Ministério Público, como já vimos), o Legislativo e o Judiciário, seja através da edição de atos normativos genéricos e impessoais, ou concretamente (no conflito de interesses propriamente dito).

Aliás, especialmente a legislativa, deve editar normas sempre em consonância com os princípios e regras previstos na Constituição, razão pela qual a competência legiferante não encerra uma liberdade absoluta<sup>60</sup>. Ao contrário, o legislador se encontra duplamente vinculado aos direitos fundamentais pois, num sentido negativo, não pode editar atos normativos contrários a essas normas, enquanto pelo lado positivo precisa fazer leis que realizem, concretizem, garantam e protejam a sua eficácia.

É a Constituição, então, que deve guiar a atividade legislativa, iluminando todos os atos normativos derivados no sentido de que aquilo que não estiver no seu espectro de luz estará no escuro. Manifesta-se uma onda valorativa que vem do vértice e contagia toda a pirâmide normativa (também chamada por Ingo Sarlet de técnica de interpretação conforme os direitos fundamentais, semelhante à difundida interpretação conforme a Constituição), impedindo um fluxo contrário, de baixo para cima.

Inclusive, daí ainda se extrai que não pode um ato normativo infraconstitucional definir o conteúdo daquilo que já foi tratado diretamente pela própria Carta Magna<sup>61</sup>, ou seja, demonstrar o que se entende, por exemplo, por ampla

---

<sup>59</sup> SARLET, 2006, p. 172.

<sup>60</sup> Como ensina Jorge Reis Novais, "os direitos fundamentais, na medida em que se concebem também como encargos sociais jurídico-constitucionais vinculativos, convertem-se em fundamentos substanciais da actuação do Estado, funcionando como legitimação da sua actividade e determinando constitutivamente, enquanto quadros, impulsos e directivas, as próprias funções do Estado" (NOVAIS, 2010, p. 75).

<sup>61</sup> Neste contexto, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta que "(...) a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. Para além disso, a norma contida no art. 5º, §1º, da CF



defesa, pois não cabe à lei conceituar um direito fundamental<sup>62</sup> sob pena de se ter, a partir daí, uma interpretação do direito fundamental com base na lei, invertendo-se a ordem natural de conformidade normativa<sup>63</sup>.

Com base em todo o exposto, sabemos que: os direitos fundamentais são princípios e, como tal, não são aplicados através de uma forma "tudo ou nada", mas devem ser harmonizados e otimizados com outros que abstratamente possuem a mesma importância e apenas concretamente e por meio de uma ponderação terão pesos e valores diferentes; os direitos fundamentais possuem uma perspectiva subjetiva e outra objetiva, razão pela qual não são meramente direitos subjetivos individuais, mas sim transindividuais; a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais representa o conjunto de valores básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, o que gera uma ordem dirigida ao Estado para que cumpra sua obrigação de concretizar, realizar e proteger os direitos fundamentais no exercício de todas as atividades de cada um de seus órgãos, devendo a ponderação entre os direitos fundamentais ser exercida por qualquer das esferas do Estado; o Legislativo, através de um ato normativo, não pode conceituar um direito fundamental, pois é o direito fundamental que irá definir como a lei será editada.

Passada essa breve introdução e voltando ao tema deste trabalho, a Carta Magna previu, dentre os direitos fundamentais, as garantias processuais individuais<sup>64</sup>.

---

gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, §1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição da normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isso significa que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram". (SARLET, 2006, p. 383).

<sup>62</sup> Por exemplo, dispõe o Código Civil, em seu artigo 2º, que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Não poderia o legislador, portanto, ter dito que a vida começaria apenas com o nascimento com vida, ou seja, com a vida extrauterina, pois daí se extrairia uma noção restritiva do direito à vida consagrado na Constituição, o que seria vedado em ato normativo derivado.

<sup>63</sup> Vale recordar que, levando-se em consideração o que já foi exposto sobre a natureza da norma, princípios por si só significam deveres, permissões ou proibições e não precisam de regras para integrar o seu conteúdo, mas apenas de uma ponderação com outros princípios para definir o valor concreto de cada um.

<sup>64</sup> Vale citar que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"; "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; "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", bem como que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVII).

Todavia, e para demonstrar que o legislador (inclusive o originário) também opera uma ponderação, a mesma Constituição criou os Juizados Especiais e mencionou expressamente o instituto da transação para os crimes de sua competência (art. 98, I).

Resta claro, portanto, que, em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, o próprio constituinte originário operou diretamente a ponderação e permitiu que, nesses casos, o exercício da ação penal e o processo penal fossem diferenciados, mais rápidos, curtos e menos formalistas, sendo inviável de se cogitar de uma norma constitucional inconstitucional.

Outrossim, também já se percebe pela previsão constitucional da transação que, como dito anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos e nem individuais, na medida em que foi expressamente prevista uma forma de ação penal (transação) em que uma medida seria imposta sem o cumprimento integral e normal daquelas consagradas garantias processuais individuais.

Cabe examinar, então, a viabilidade de ponderação entre direitos fundamentais operada pelo legislador derivado, como aquela realizada no caso do crime de aborto, porém agora voltada à possibilidade de leis infraconstitucionais limitarem as garantias processuais individuais.

Antes disso, devemos lembrar que, conforme o artigo 129, inciso I, da CRFB/88, a ação penal pública será promovida “na forma da lei”, ou seja, será de competência da legislação ordinária dispor sobre o rito processual da ação penal pública.

Não foi a Constituição que definiu diretamente como seria a promoção da ação penal pública, nem em que consubstanciaria o processo penal, mas foi a própria Carta Magna que estabeleceu as diretrizes (direitos fundamentais) para que a ordem normativa infraconstitucional realizasse essa tarefa complementar, embora tenha deixado claro que essas *guidelines* podem ser relativizadas, pois assim o fez diretamente ao prever a transação.

Ademais, a Constituição só falou em promoção da ação penal, isto é, no movimento de provocação do Poder Judiciário ao exercício do *jus puniendi*, ou no "direito de pedir o provimento jurisdicional" (DE ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 255), sendo que foi a lei infraconstitucional (CPP) que classificou a espécie denúncia e que disciplinou o rito do processo penal, matéria, portanto, não definida diretamente pela Carta Magna.

Destarte, a Constituição deu liberdade ao legislador derivado para tratar da ação e do processo penal, admitindo que possa existir não apenas uma única forma possível de exercício da persecução criminal e que cabe ao Código de Processo Penal e às demais leis penais extravagantes a disposição sobre o(s) rito(s) processual(is) adequado(s).

Deve o legislador, então, editar ato normativo que regulamente o exercício da ação e do processo penal, o que evidentemente abordará questões sobre direitos fundamentais, uma vez que é ínsito ao Direito Penal o conflito entre a liberdade e a segurança pública, ocasião em que realizará, como já abordamos acima em virtude da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, uma ação positiva do Estado para defendê-los através da ponderação de valores que entender mais pertinente.

Repetindo, embora não possa conceituar aquilo que supostamente se deva entender como seu conteúdo valorativo, o Estado deve ponderar a aplicação dos direitos fundamentais, otimizando todos que estiverem em conflito sem afastar por completo a incidência de nenhum deles, na medida em que, como princípios, para a aplicação de um não há a correspondente e necessária invalidação do outro, mas sim a harmonização de todos.

Aliás, nesse último ponto e por conta dessa mencionada impossibilidade de afastamento por completo da incidência de um direito fundamental por lei infraconstitucional, vale fazer novamente referência à doutrina de Jorge Reis Novais:

De fato, a idéia chave é, aqui, a de que num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, nas relações entre os particulares e o Estado a liberdade e a autonomia dos primeiros são a regra - pelo que, em princípio, o se, o quando e o como do seu exercício são deixados à discricionariedade do indivíduo -, enquanto que a ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é a exceção e, como tal, limitada e de validade condicionada ao preenchimento de requisitos pré-estabelecidos. (...) Assim, a pessoa humana será inconstitucionalmente degradada e coisificada quando o Estado afete desnecessária, fútil ou desproporcionalmente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual ou a uma redução objetiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de proteção jurídica e efectuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes. A dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspectiva, a liberdade geral de ação nele fundada, confere aos cidadãos, em Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afetada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de proteção jurídica. (NOVAIS, 2010, p. 732).

Com base nesse ponto de vista, nota-se que a limitação infraconstitucional, justamente por ser ponderada, não pode ser excessiva e nem desnecessária à garantia de um conteúdo essencial do direito fundamental<sup>65</sup>.

Dessa forma, seria constitucionalmente ilegítimo ao Estado interferir na esfera de autonomia dos particulares para impor qualquer restrição da sua liberdade que fosse abusiva à consecução da faceta coletiva do mesmo direito fundamental ou para defender despropositadamente outro direito fundamental colidente e que estivesse sendo ponderado.

A proibição do excesso e a garantia do conteúdo essencial se relacionariam, assim, com a natureza de princípio e as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Inclusive, naquele exemplo anteriormente referido do aborto, percebemos que ali houve a redução integral da posição subjetiva do feto, pois perdeu por completo o seu direito fundamental à vida (em uma hipótese ponderando com a vida da mãe e na outra com a sua liberdade/intimidade), sem que com isso se deva concluir pela inconstitucionalidade do artigo 128, incisos I e II do Código Penal, pois facilmente se reconhece o interesse social em se permitir o aborto naquelas circunstâncias.

Ora, além do direito fundamental não ser restrito à sua perspectiva individual-subjetiva, já que abrange também o lado objetivo, seu chamado núcleo essencial segue a mesma lógica, sendo possível concluir, novamente com Jorge Reis Novais, que:

Na realidade, uma norma de garantia de um direito fundamental só perde totalmente o seu significado para a vida social ou para a persecução dos fins de liberdade para que foi criada, só é integralmente desnaturada e se transforma numa outra coisa na ordem jurídica objetiva, não quando é parcialmente restringida, modificada ou afectada, mas sim quando é integralmente aletrada e subvertida em termos de perder todo e qualquer efeito de proteção daquela liberdade (NOVAIS, 2010, p. 791).

---

<sup>65</sup> Sem termos a pretensão de tratar da teoria da proibição do excesso autonomamente, muito menos de compará-la, diferenciá-la ou inseri-la na proporcionalidade, nos interessa tecer breves comentários tendo em vista que contribui justamente na compreensão entre os limites do legislador ordinário de restringir um direito fundamental e a liberdade do particular de renunciar ao seu exercício. Jorge Reis Novais aborda a proibição do excesso como princípio-base no que se refere ao controle da constitucionalidade das restrições não expressamente autorizadas em lei e na ponderação dos limites dos direitos fundamentais, sendo a proporcionalidade, por exemplo, apenas uma de suas etapas. Quanto ao núcleo essencial, entende o doutrinador português que não possui papel autônomo significativo e se insere apenas como "filtro subsidiário e acessório do controle da proporcionalidade" (NOVAIS, 2010, p. 787).

Isto posto, tanto o direito fundamental, como seu eventual núcleo essencial, abrangem as perspectivas objetiva e subjetiva, não existindo a necessidade de se preservar uma medida essencial relativa ao pretense titular individual exclusivo desse direito, desde que o interesse da coletividade tenha sido naquela circunstância preponderante.

Pode o legislador operar uma ponderação e editar normas infraconstitucionais que limitem o exercício dos direitos fundamentais, desde que sem conceituá-los (pois isso já foi feito pelo constituinte originário), ou restringi-los excessivamente (atividade de ponderação entre princípios), bem como preservando um núcleo essencial (aqui considerado em ambas as suas perspectivas, objetiva e subjetiva).

Porém, sempre caberá ao Judiciário, através do controle de constitucionalidade, seja concreto ou abstrato, aferir essa ponderação operada pelo Legislativo e até realizar uma outra, de sua própria competência.

## **2.2. Renúncia de direito fundamental**

Da mesma forma que o tópico anterior, este também é de extrema sofisticação, digno de um estudo exclusivo. Entretanto, tentaremos expor novamente suas linhas gerais, uma vez que a renúncia às garantias processuais individuais pelo próprio imputado é um dos pilares da resolução consensual de conflitos penais.

Para começarmos a examinar a viabilidade da renúncia aos direitos fundamentais, antes de tudo precisamos definir o que se entende por renúncia para depois analisarmos quem pode efetuar-la e sob quais condições.

Segundo Pedro Augustin Adamy:

Renúncia a direito fundamental é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo (ADAMY, 2011, p. 58).

Jorge Miranda, por sua vez, não usa a expressão renúncia, pois prefere falar em auto-restrição e auto-suspensão de direitos fundamentais. Para o renomado jurista português:

Ninguém pode, por qualquer forma, ceder ou abdicar da sua titularidade. Mas isso não significa que o seu exercício seja obrigatório, nem que, em certas circunstâncias e para fins também constitucionalmente relevantes ou, pelo menos, não contrários aos princípios do Estado de Direito democrático, os seus titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição; ou que não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos. (MIRANDA, 2014, p. 426).

Mais a frente, na mesma obra, Miranda ainda enumera os requisitos da auto-suspensão:

1º) sejam livremente decididas ou consentidas (e nisto se distinguindo das intervenções restritivas); 2º) se encontrem reguladas por lei, quando envolvam algum poder conexo da Administração; 3º) sejam limitadas no tempo; 4º) sejam livremente revogáveis (pressupondo que, pela natureza das coisas, o possam ser). (...)

É ainda no princípio geral de liberdade que se vêm ancorar - o mesmo princípio presente em qualquer manifestação negativa de exercício de certos direitos, como, por exemplo, não exercer direito de resposta (art. 37, n. 4), não invocar objeção de consciência (art. 41, n. 6), não participar numa reunião (art. 45), não aderir a um partido político (art. 51) ou a uma associação sindical (art. 58) ou não impugnar um ato administrativo (art. 268). (MIRANDA, 2014, p. 428).

Desses conceitos, já é possível fixar os principais elementos da renúncia: deve estar prevista em lei, não sendo uma simples situação fática; deve ser expressa, seja por uma ação ou por uma omissão; é temporária; é revogável; não gera a extinção do direito; deve gerar um benefício proporcional ao titular<sup>66</sup>.

Transportando para o nosso estudo, aquele que celebra um acordo penal, por exemplo, deixa de utilizar em seu favor plenamente as suas garantias processuais individuais. Como o requisito básico de qualquer forma de resolução negociada de um conflito criminal é a manifestação da vontade, se ele não quiser, não haverá trato. Cabe ao próprio imputado aferir sua vontade em colaborar e seu desejo de ter restringida a sua esfera de proteção pelos direitos fundamentais.

---

<sup>66</sup> Vale diferenciar a renúncia do não exercício de um direito fundamental, também de acordo com Pedro Adamy: "(...) situação diversa é a que ocorre no não-exercício de direito fundamental. Aqui existe uma posição jusfundamental garantida que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer. É uma situação fática, de natureza - na maioria dos casos - não-jurídica. Incorre, portanto, a expressa manifestação da vontade do titular pela renúncia a esse direito, apenas um não-exercer ou um não levar a efeito as possibilidades da posição jurídica jusfundamental". (ADAMY, 2011, p. 39). Sendo assim, no não exercício há uma passividade do titular do direito, que não age e não se manifesta, enquanto a renúncia requer um ato de concordância e manifestação expressa com a diminuição da esfera do direito fundamental. Ademais, o não-exercício pode ser permanente, pois o titular pode fazer essa opção *ad infinitum*, de acordo com o seu interesse. Já a renúncia deve necessariamente ser limitada no tempo. Justamente por essas últimas características, o não exercício pode levar à extinção do direito, ao passo que a renúncia não, em face da sua temporariedade e de seu caráter revogável.

Um acordo criminal, portanto, não é algo que possa ocorrer informalmente, ou através de uma simples inação, ainda que propositada, mas sem manifestação expressa, sendo imprescindível que o imputado concorde claramente com a negociação e todos os seus termos e condições, até porque dela advirão não apenas consequências, mas principalmente compromissos e obrigações, aos quais ele precisa assumir e compreender para serem válidos.

Nesse sentido, o ato do imputado que opta pelo acordo criminal se aproxima da renúncia, diante da imprescindibilidade da manifestação expressa da sua vontade. Outrossim, o acordo criminal não leva à extinção dos direitos fundamentais e por isso não tem o caráter de definitividade e permanência, retratando apenas uma escolha que pareceu melhor naquelas circunstâncias e sob aquelas condições pactuadas, sendo certo, ainda, que pode ser revogado, seja em virtude de uma ilegalidade, ou especialmente pelo arrependimento (desde que, é claro, no tempo adequado, o que irá variar dependendo da forma de acordo).

Entretanto, apesar de se falar em renúncia, o imputado exerce livremente os seus direitos fundamentais quando prefere não utilizá-los através de atos que busquem negar a sua responsabilidade no evento investigado, pois o acordo caracteriza uma das formas de manifestação das garantias processuais individuais, segundo lição de Jorge Reis Novais:

(...) a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação; (...) através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito" (NOVAIS, 1996, p. 287).

Desse modo, a renúncia expressa uma forma de manifestação do direito fundamental à liberdade, pois o titular do direito acredita que não exercendo a garantia estaria, na verdade, exercendo esse direito na melhor forma possível, a partir da sua liberdade individual e do livre desenvolvimento da sua personalidade de analisar a situação concreta e optar autonomamente por consentir com o aumento da interferência do Estado na sua esfera individual, uma vez que isso geraria maiores benefícios a si do que prejuízos.

Com efeito, no caso da consagrada garantia do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir provas contra si mesmo), inserida no âmbito da ampla defesa,

aquele imputado que silencia não está deixando de exercer seu direito de defesa, mas exatamente ao contrário, pois se defende da forma como entende melhor para si através do silêncio, sob pena do exercício da defesa pessoal significar justamente aquilo que se gostaria de evitar, ou seja, a produção de provas contra si próprio e o incremento da sua responsabilidade penal.

Inclusive, nas palavras de H.L. Hart, referido por Pedro Adamy, defender-se ativamente para aquele que acredita que não possui a mínima chance de êxito poderia significar que "obedecer seria arriscar-se a ter a pior parte" (ADAMY, 2011, p. 165), razão pela qual a estratégia do acordo pode ser uma defesa melhor do que aquela usualmente exercida pela apresentação de provas em seu favor e pela defesa técnica que busca negar a responsabilidade do imputado, o que somente pode ser avaliado por ele próprio e seu advogado, na medida em que o exercício negativo de uma garantia processual individual (ou ativo por meio de um acordo) pode ser mais benéfico do que o seu exercício positivo.

Portanto, a capacidade do imputado em operar uma autolimitação no exercício do seu direito fundamental representa, nas palavras de Pedro Adamy, que "o titular, por força da sua vontade, age, exercendo o seu direito, restringindo o seu âmbito de proteção, permitindo uma maior interferência estatal ou mesmo exercendo-o aquém das possibilidades que são conferidas por esse mesmo direito fundamental" (ADAMY, 2010, p. 53).

Destarte, na renúncia, o titular se manifesta, ou seja, se vincula com o Estado a não invocar as suas prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais, ampliando a correspondente ingerência do órgão público sobre a sua individualidade, justamente o que ocorre nos acordos penais, pois o titular das garantias processuais individuais entra em consenso com o Ministério Público e limita autonomamente os seus direitos, aumentando a interferência do Estado naquilo que deveria ser o seu âmbito de proteção (renúncias como as relacionadas com o direito ao silêncio, o direito de produzir provas em seu favor e o direito de não produzi-las em seu desfavor), em troca de certos benefícios.

Assim, a renúncia não é apenas uma forma de exercício do direito de defesa, mas sim a melhor maneira que o imputado vislumbrou para proteger os seus interesses, razão pela qual, se fosse proibida, o efeito seria contrário, isto é, o direito fundamental não estaria sendo observado e o imputado poderia estar fadado a sofrer



as piores consequências possíveis na sua esfera de responsabilidade penal, sem que nada pudesse fazer em seu próprio benefício.

Aliás, para Herrera Guerrero, o reconhecimento do direito à presunção da inocência pressupõe justamente a possibilidade do seu titular de não exercê-lo<sup>67</sup>:

(...) a renúncia ao direito de ser considerado inocente, enquanto não se demonstrar o contrário (e consequentemente, se liberar a acusação da carga probatória), não supõe um prejuízo, senão que, no contrário, equivale ao reconhecimento de tal direito (HERRERA GUERRERO, 2010, p. 108) (tradução livre).

Entretanto, e diante daquelas características já examinadas (temporariedade e revogabilidade), a renúncia não gera a extinção do direito e se refere a uma situação concreta e específica, o que requer que o imputado se manifeste expressamente sobre todas as consequências dos seus atos.

Com efeito, não pode haver uma renúncia por completo e definitiva, por exemplo, ao seu direito de defesa, mas apenas ao exercício de certas prerrogativas e possibilidades inerentes a essa garantia processual, mas condicionada a determinado fato específico e sob certas condições e limites.

Caso contrário, a renúncia seria permanente e irreversível, além de gerar repercussões sobre fatos futuros, desconhecidos e imprevisíveis naquele momento do ato de disposição, como aliás reconheceu o Ministro Teori Zavascki, ao não homologar uma cláusula do acordo de colaboração premiada do MPF, no caso Petrobrás, que previa a renúncia ao direito de recurso<sup>68</sup>.

De acordo com a observação pertinente no voto, o Ministro rechaçou a possibilidade de renúncia prévia e definitiva à garantias processuais individuais<sup>69</sup>, até

---

<sup>67</sup> *"la renuncia al derecho a ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario (y por ende, el liberar a la acusación de la carga de la prueba), no supone un detrimento de aquél, sino que, al contrario, equivale al reconocimiento de tal derecho".*

<sup>68</sup> No julgamento da Pet 5.244/DF, na qual homologou o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef, o Ministro Teori Zavascki afirmou que: "Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 10, *k*, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. É dizer: não há, na ressalva, nada que possa franquear ao colaborador descumprimento do acordado sem sujeitar-se à perda dos benefícios nele previstos. O contrário, porém, não será verdadeiro: as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais".

<sup>69</sup> Como veremos no estudo da colaboração premiada, o colaborador, apesar de celebrar o acordo, é réu e tem apenas uma expectativa que aquilo que foi pactuado seja ao final reconhecido pelo juiz e fixado na sentença. Entretanto, se os termos do compromisso não forem confirmados futuramente pelo magistrado, uma renúncia ao exercício do direito de recurso (ação) naquele momento inicial em que o acordo foi firmado significaria não ter tido o conhecimento necessário sobre as consequências daquilo

porque, como muito bem observado, isso operaria um efeito futuro que estaria além do alcance de compreensão do imputado no momento em que realiza o acordo, o que viciaria a sua vontade<sup>70</sup>.

Na verdade, com a escolha da via do acordo penal não há propriamente uma renúncia ao direito de defesa, nem uma renúncia ao exercício do direito de defesa, mas sim uma renúncia a determinadas prerrogativas do exercício do direito de defesa, representada através do exercício do direito de defesa pelo acordo.

A renúncia atinge determinadas prerrogativas do exercício do direito de defesa (como ficar em silêncio e apresentar testemunhas), o que não significa que o imputado renunciou ao seu direito de defesa ou que não exerceu o seu direito de defesa, na medida em que o acordo, na sua própria opinião e conforme a avaliação técnica do seu advogado, consistiu na melhor forma de se defender e de, conseqüentemente, diminuir o âmbito ou as conseqüências de sua responsabilidade penal.

No que se refere à legitimidade da renúncia, devemos lembrar o que falamos anteriormente sobre a natureza de princípio e a dupla perspectiva dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva). A partir dessas duas assertivas, verificamos que os direitos fundamentais devem se harmonizar com os demais e, em caso de conflito, precisam ser ponderados, otimizando-se a todos. Ademais, sabemos que de um lado constituem um direito subjetivo do seu titular em face das violações do Estado ou de outros particulares, enquanto do outro configuram os valores objetivos fundamentais que a comunidade possui interesse em respeitar e concretizar, o que inclusive vincula o Estado, através de seus diversos órgãos, à efetivação dos direitos fundamentais.

Diante dessas premissas e naquilo que nos interessa neste momento, os direitos fundamentais não são absolutos e devem ser ponderados, sendo que não pertencem exclusivamente ao titular, nem ao Estado, pois cada faceta representa um interesse.

---

que foi celebrado, já que a situação se alterou com o transcurso do processo e o convencimento do magistrado (contrário aos interesses do colaborador). Assim, como a manifestação de vontade teria sido baseada em uma expectativa futura que não se confirmou, perde o requisito essencial do conhecimento e se caracterizaria como ilegal.

<sup>70</sup> Outro bom exemplo da diferença entre renúncia ao direito e ao exercício foi expresso no Código Civil, ao tratar dos alimentos e da famosa cláusula *rebus sic stantibus*: Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessação, compensação ou penhora.

Contudo, embora não sejam titulares exclusivos, podem tanto o Estado como o particular ponderar, ou melhor, avaliar a melhor forma de exercê-los, dependendo de todos os interesses existentes no caso concreto.

A ponderação do Legislativo, como vimos no item anterior, pode afetar a perspectiva que defende, ou seja, dos direitos fundamentais como valores objetivos da coletividade, o que o vincula duplamente, pois não pode editar atos normativos contrários a essas normas e está obrigado a fazer leis que realizem, concretizem, garantam e protejam a eficácia dos direitos fundamentais.

A ponderação do particular, por sua vez, pode atingir aquela parcela subjetiva do respectivo direito fundamental, relacionada com a sua própria liberdade, mas encontra limites quando atinge o interesse transindividual de proteção daquela garantia, consoante Pedro Adamy<sup>71</sup>:

Reconhece-se ao indivíduo a sua inerente dignidade e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, contudo, há critérios objetivos que condicionam e restringem a possibilidade de disposição dos direitos fundamentais por seus titulares. Falta, assim, em certa medida, ao particular o poder de disposição sobre seus próprios direitos fundamentais. (ADAMY, 2011, p. 77).

Desse modo, e como concluímos no tópico anterior, pode o legislador operar uma ponderação entre princípios e regular em tese um eventual conflito apresentando a valoração que entender adequada.

Quanto ao particular, também possui legitimidade para escolher o melhor para si e, no caso concreto, renunciar ao exercício de uma determinada prerrogativa de certa garantia processual individual em troca de algum benefício, por um determinado espaço de tempo e "a qualquer momento" revogável e desde que não signifique a sua extinção por completo.

No que se refere aos pressupostos da renúncia do imputado, como a resolução consensual de um conflito possui a natureza jurídica de acordo, ou seja, de negócio jurídico, valem os requisitos dispostos no Código Civil, especialmente aqueles estabelecidos no art. 104, bem como no art. 107, uma vez que só a lei pode

---

<sup>71</sup> Para Pedro Adamy, "a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações em que o direito tem esse caráter personalíssimo, que não afeta terceiros e que não possua uma dimensão de proteção estatal ou que tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia ao bem jurídico" (ADAMY, 2011, p. 83). Podemos acrescentar que um exemplo claro seria o direito à vida, quando o Estado pune condutas como a eutanásia demonstrando que uma vida individual também interessa a todos e não apenas ao próprio titular.

criar um acordo penal (tendo em vista a sua natureza de ação penal, obedecendo-se, como já visto, ao art. 129, I, da CF/88)<sup>72</sup>.

Nesse ponto, vale ressaltar que, para um acordo penal, agente capaz seria o imputado devidamente assistido por representante legal, caso menor, e pela defesa técnica, sendo certo, também, a impossibilidade de existência de qualquer ato que vicie a sua manifestação expressa e voluntária da vontade, isto é, ausentes todas as formas de coação, seja moral ou física, o que inclui, obviamente, a ilegal prisão preventiva para obtenção de colaboração.

Ademais, como se trata de um ato personalíssimo, só pode ser exercido pelo seu titular (ou representante legal, no caso, por exemplo, da remissão no ECA) e apenas atinge os seus respectivos direitos.

Especificamente na colaboração premiada, como se trata de um acordo penal em que um integrante de uma organização criminosa delata os demais parceiros, a renúncia do colaborador ensejará reflexos na prova contra os corréus. Todavia, e como veremos melhor quando tratarmos do tema, não podem os demais acusados sofrer nenhum prejuízo com essa renúncia (a não ser que delas sejam parte também, sendo incluídos nos acordos), razão pela qual permanecem íntegros e intactos os seus direitos fundamentais (inclusive o contraditório, ainda que excepcionalmente diferido, com o conhecimento e a participação sobre os atos realizados pelo colaborador, ressalvada a hipótese de constrangimento pessoal pela presença física dos corréus em audiência).

Enquanto isso, objeto determinado seria justamente aquele que se obtém através da relação entre o conhecimento do fato imputado e as condições propostas no acordo, ou melhor, entre a esfera de renúncia que deve ser efetivada, as responsabilidades do acordo e os benefícios obtidos.

No que se relaciona à forma do acordo, isso irá depender do tipo específico de resolução negociada de conflito criminal (remissão, transação, suspensão e colaboração) e das formalidades previstas em lei para cada tipo de procedimento, muito embora seja essencial a todos a formalização através de um ato que preveja a

---

<sup>72</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

manifestação expressa de vontade, o fato sobre o qual se relaciona o acordo, os compromissos, as responsabilidades e as consequências.

Isto posto, examinamos no capítulo I a forma de atuação do Ministério Público e, no capítulo II, a liberdade do legislador e do imputado no que se refere às garantias processuais individuais.

Veremos, agora, como os métodos específicos de solução negociada de conflitos penais, fixados no nosso ordenamento jurídico, seguiram (ou não) a tendência de valorização do papel das partes naquilo que chamamos de processo penal consensual.

### 3. MÉTODOS DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS PENAIS

Antes de adentrarmos nos métodos propriamente ditos para analisarmos de que forma o nosso ordenamento permite a imposição de uma pena consensual, cabe lembrar que já estudamos que o promotor possui discricionariedade no desempenho de suas atividades, bem como que o acusado pode renunciar ao exercício de prerrogativas de suas garantias processuais individuais.

Desse modo, o membro do MP não está obrigado a sempre propor uma denúncia quando estiver diante de uma conduta em tese criminosa, devendo, então, ponderar outros valores constitucionais para decidir entre a ação penal ou o arquivamento. Mas, e se escolher pela ação penal, isso significaria necessariamente propor a denúncia?

De outro lado, se o réu pode confessar e ainda deixar de elencar provas em sua defesa, ou seja, não exercer o direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), é porque pode ponderar a faceta subjetiva da sua própria liberdade, usando a consensualidade no seu interesse, na medida em que acha mais vantajoso fazer um acordo que lhe garanta algum benefício na pena do que esperar todo o processo por uma provável condenação mais prejudicial. Porém, se escolher pelo acordo, poderia abdicar do processo e aceitar uma pena negociada?

Em resumo, optando o MP pela ação penal, isso significa propor a denúncia, peça inaugural do processo judicial, ou os acordos penais constituem uma forma especial de ação penal, ainda que sem o processo ou com um processo diferenciado? E o promotor, pode escolher discricionariamente entre a denúncia e os acordos?

Essas serão as perguntas que tentaremos responder agora com o exame das normas legais vigentes. Vale, desde logo, recordar que o artigo 129, inciso I, da CRFB/88, prevê que a ação penal pública será promovida “na forma da lei”, ou seja, que será de competência da legislação ordinária dispor sobre o rito processual da ação penal pública.

Ressalta-se que a Constituição só falou em promoção da ação penal, isto é, no movimento de provocação do Poder Judiciário ao exercício do *jus puniendi*, sendo que foi a lei infraconstitucional (CPP) que classificou e disciplinou a espécie denúncia e as formas de acordos penais, matéria, portanto, não definida diretamente pela Carta

Magna, estratégia que não foi repetida ao se prever, expressa e diretamente, a transação para os crimes de menor potencial ofensivo (artigo 98, inciso I, CF/88).

Destarte, a Carta Magna admite que não existe apenas uma única forma de promoção da ação penal e que cabe ao Código de Processo Penal e às demais leis extravagantes a disposição sobre o(s) rito(s) processual(is) adequado da ação penal pública, o que deixa claro que a denúncia não seria a única alternativa.

Aliás, a Constituição, ao dispor sobre o monopólio da jurisdição, definiu que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inciso XXXV). Assim, através de uma interpretação sistemática e uniforme com o já referido artigo 129, inciso I, pode-se extrair desses enunciados uma norma constitucional que veda à lei a possibilidade de disciplinar uma forma de ação penal que impeça o Poder Judiciário de ser órgão revisor de pena<sup>73</sup>.

Não pode existir um procedimento punitivo, portanto, sem a presença do Poder Judiciário, o que claramente inviabiliza uma resolução exclusivamente extrajudicial para conflitos criminais, embora ainda mantenha uma margem enorme para definição do como seria o processo e, conseqüentemente, o exercício tanto da ação penal como da atividade judicial.

Outrossim, nas palavras de Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero<sup>74</sup>, "a justiça, toda vez que sacrificar a justiça pela celeridade, estará cometendo um grave atentado ao Estado de Direito e ao correto funcionamento da administração da justiça" (HERRERA GUERRERO, 2010, p. 13) (tradução livre), o que impõe um cuidado enorme na ponderação desses valores por todos os responsáveis pela operação do direito.

Nos capítulos seguintes, iremos estudar os métodos de solução negociada de conflitos penais, não com o intuito de destrinchar todas as suas características, mas sim as suas naturezas e principais aplicabilidades, com foco no fortalecimento e na autonomia do papel das partes no processo penal consensual.

---

<sup>73</sup> Mais uma vez fazendo uma analogia à ação civil pública, podemos lembrar que um termo de ajustamento de conduta sobre violação a interesses coletivos pode ter uma sanção imposta exclusivamente pelo MP, ou seja, pelo promotor natural e homologada pelo respectivo Conselho Superior, sem nenhuma participação do Poder Judiciário diretamente, resguardando-se, contudo, a possibilidade, por exemplo, do manejo de um mandado de segurança para aferição de uma ilegalidade.

<sup>74</sup> *"la justicia, toda vez que sacrificar la justicia en aras de la celeridad constituye un grave atentado al Estado de Derecho y al correcto funcionamiento de la administración de justicia"*

### 3.1. Remissão

Muitas das vezes os estudos sobre os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos penais começam pela transação. Contudo, por uma ordem cronológica legal (embora a transação tenha sido criada pela Constituição de 1988), resolvemos iniciar pela remissão, definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990)<sup>75</sup>.

Cediço que, consoante conclusão do tópico 1.2, independentemente do responsável pelo fato ser maior ou menor, quando um membro do MP se depara com a análise de um delito e verifica a responsabilidade do agente e a presença dos elementos que configuram o crime, deve o promotor ponderar os valores envolvidos no caso concreto e optar, discricionariamente, pelo arquivamento ou pela ação penal. Assim, o arquivamento é a escolha pela não-ação, isto é, pela ausência de promoção de ação penal e de movimentação jurisdicional.

Dessa forma, de início, já devemos reconhecer que, em se tratando de menor infrator e levando em consideração que a remissão<sup>76</sup> significa perdão ou renúncia, esse instituto não se aplica nos casos de arquivamento.

A remissão não pode ser um arquivamento condicionado, tendo em vista que todo arquivamento deve ser sempre simples (incondicionado) e desprovido de quaisquer elementos que o qualifiquem. Outrossim, se a remissão tivesse o mesmo efeito do arquivamento, qual teria sido a sua finalidade? Teria o ECA dois mecanismos para o mesmo fim?

Doravante, se o *Parquet* entender que não há ato infracional ou interesse na ação penal, o promotor não pode oferecer a remissão apenas para repreender o menor, até porque perdoar algo que não foi praticado ou que não ser responsabilizado seria contraproducente à própria finalidade protetiva do ECA.

Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, a convicção do promotor pela responsabilidade (em tese) do adolescente no ato infracional e a necessidade de se

---

<sup>75</sup> Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo

<sup>76</sup> Advém do latim *remissio*, significa clemência, misericórdia, indulgência, perdão, renúncia, mas também falta ou diminuição de rigor, força ou intensidade (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. p.1214).



reprimir a sua conduta de alguma forma, já que, se tiver dúvida sobre a sua participação, se faltar algum requisito para a caracterização do ato infracional análogo a crime, ou se entender, ponderadamente, que a conduta não precisa ser reprimida, deve simplesmente arquivar o procedimento.

Ademais, o fato da lei não exigir “prova suficiente da autoria e da materialidade” para a remissão, consoante previsto no *caput* do art. 114 do ECA<sup>77</sup>, não a equipara ao arquivamento, mas apenas demonstra que o adolescente que a aceitar estaria dispondo dos seus direitos ao contraditório e à ampla defesa ao concordar com medidas socioeducativas extrajudicialmente, ou seja, sem e antes da avaliação judicial em uma sentença, que seria o único momento em que o magistrado verifica a “existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração”, já que aqueles elementos de convicção produzidos em sede inquisitorial não constituem prova.

Em outras palavras, diante dos elementos de convicção já colhidos em sede policial (que ainda não são provas, pois não foram produzidos em contraditório), o MP formou o entendimento de que seria provável (já que certeza só existe na sentença e após o contraditório) a responsabilidade do adolescente, o que autoriza, por exemplo, medidas cautelares como a internação provisória, e também medidas socioeducativas pela remissão (arts. 114 e 126 do ECA).

Destarte, caso opte pela ação, abrem-se ao promotor da infância duas alternativas: a remissão e a representação. E o que orienta essa opção? Novamente, o sentido das expressões “poderá conceder” e “atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”, encontradas no *caput* do artigo 126 do ECA, deixam claro que estamos diante de uma discricionariedade do membro do MP, sendo que essa escolha do promotor por uma das vias leva em consideração condições objetivas, como a consideração se o ato infracional foi cometido com violência ou grave ameaça, ou subjetivas, no caso da análise do contexto social do infrator.

---

<sup>77</sup> Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Ora, se pelo menos um dos critérios existentes para a escolha entre o meio de ação disponível for subjetivo, não há como negar que se trata de uma escolha discricionária do promotor optar pela remissão ou pela representação.

Se estivéssemos diante de critérios objetivos, em que o promotor apenas preenchesse um formulário fazendo uma marca em cada requisito encontrado, haveria uma obrigatoriedade, pois a escolha seria do legislador e o membro do MP seria somente um instrumento de verificação dessa opção legislativa pretérita.

Mas não foi isso que o legislador pretendeu, já que deixou ao alvedrio do promotor escolher, discricionariamente, se o infrator deve receber uma remissão ou se encara uma representação. Inclusive, essa foi a mesma conclusão do consagrado processualista penal Julio Fabbrini Mirabete:

Com tal prática procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da Justiça de Menores, como, p.ex., o estigma da sentença. No confronto dos interesses sociais e individuais tutelados pelas normas do Estatuto (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator), o instituto da remissão, tal como o princípio da oportunidade do processo penal, é forma de evitar a instauração do procedimento, suspendê-lo ou extingui-lo, “atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional” (MIRABETE, 2003, p. 425).

Outrossim, nesse mesmo juízo do promotor da infância que analisa condições subjetivas e objetivas, e lembrando aquilo que dissemos anteriormente ao tratarmos da suposta obrigatoriedade da ação penal, o exercício da discricionariedade deve ser orientado por uma ponderação entre diversos princípios envolvidos na aferição do caso concreto, como ficou expresso no próprio ECA<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

Parece evidente, então, que o oferecimento da remissão atende à discricionariedade do MP. Mas será que apenas por se tratar de um menor infrator é que o membro do MP pode fazer uma ponderação para decidir entre a ação ou a não-ação? Isso significa que, em fatos idênticos e da mesma gravidade, com a única modificação do responsável ser maior de 18 anos de idade, o interesse do Estado seria somente em puní-lo?

A clareza redacional do ECA, promulgado logo após a Constituição de 1988, deixa transparecer que a discricionariedade não deve incidir apenas na escolha do exercício da ação penal para os adolescentes infratores, mas sim que deveria ser o critério orientador da atuação de qualquer membro do MP que atua na área criminal, seja menoril ou não.

Resumindo, após a apuração de um ato infracional, o promotor deve: 1. escolher discricionariamente entre o arquivamento e a ação penal, baseado na ponderação dos valores; 2. no caso de escolher pela ação penal, cabe optar discricionariamente entre a remissão e a representação, o que precisa seguir justamente essa ordem, ou seja, antes da representação é necessário examinar o cabimento da remissão, segundo estabelecido pelo próprio artigo 180 do ECA<sup>79</sup>.

---

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

<sup>79</sup> Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

I - promover o arquivamento dos autos;

II - conceder a remissão;

III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.

Assim, embora a escolha seja discricionária, deve o promotor enfrentar e justificar a possibilidade ou não do manejo da remissão<sup>80</sup>, por ser um caminho mais vantajoso ao adolescente, uma vez que significa um perdão que gera a exclusão do processo judicial, além de não deixar antecedentes (art. 127 do ECA<sup>81</sup>). Diríamos que a premissa é considerar se é caso de ação penal e que a preliminar é verificar a possibilidade de oferecimento de uma remissão.

No que se refere à natureza jurídica, trata-se a remissão de um acordo entre o MP e o menor infrator, segundo doutrina de Márcio Mothé: “*a concessão do perdão cumulada com medidas implica numa transação, num acordo ou ajuste firmado entre as partes*” (MOTHÉ, 2002, p. 125).

Na verdade, tanto a remissão simples (pura) como a condicionada (qualificada) constituem um perdão, tendo em vista que o menor é excluído do processo e de suas consequências, mas também possuem a natureza de acordo, na medida em que o MP deixa de oferecer a representação e pode estabelecer medidas compensatórias, com responsabilidades e condições para o adolescente.

Quanto aos tipos, a remissão pode ser pré-processual, ou extrajudicial, de atribuição do Ministério Público, ou judicial, mas agora perante o juiz e após o iniciado o processo e oferecida a representação<sup>82</sup>.

A controvérsia maior que aqui nos interessa se encontra justamente na remissão extrajudicial e é causada pela redação da parte final do artigo 127 do ECA (“podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação”).

Com base na letra da lei, o promotor, antes de iniciado o procedimento judicial, ou seja, na fase pré-processual, poderia oferecer ao adolescente a possibilidade de cumprimento de medidas socioeducativas que não restringem a

---

<sup>80</sup> Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2º Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

<sup>81</sup> Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.

<sup>82</sup> Art. 126, *caput* e parágrafo único.

liberdade como forma de exclusão do processo judicial, cabendo ao juiz a homologação do acordo (artigo 112 do ECA<sup>83</sup>).

Dessa forma, teríamos exatamente uma resolução extrajudicial de um conflito penal, onde o MP ofereceria ao adolescente (devidamente representado) um acordo consubstanciado no cumprimento de uma medida socioeducativa não restritiva de liberdade, com o benefício da sua exclusão do processo, mediante homologação judicial (art. 181, *caput* e §1º do ECA).

No entanto, a Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça diz que "a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz".

De fato, a orientação jurisprudencial estaria correta em sua literalidade, ou seja, somente o juiz pode aplicar as medidas socioeducativas, mas desde que fosse permitido ao membro do MP propor as medidas não restritivas de liberdade (arts. 112, 114 e 127 do ECA), sujeitando-as à homologação judicial (exatamente como previsto no rito do art. 181, §1º, do ECA), conforme lição de Paulo Afonso Garrido de Paula:

(...) a concessão de remissão com inclusão de medida não privativa de liberdade tem, notadamente naqueles atos infracionais que ordinariamente não autorizem a internação (ECA, art. 122), o mérito de antecipar a execução de medida socioeducativa, sem necessidade de instauração de procedimento formal de apuração, sendo, portanto, de baixo curso e célere, desde que o adolescente e seu representante legal concordem com a decisão ministerial (GARRIDO DE PAULA, 1992, p. 256).

Contudo, a interpretação majoritária que vem sendo dada à súmula acima referida é de que o MP poderia oferecer apenas a remissão, mas a aplicação de medidas socioeducativas seria de competência do magistrado<sup>84</sup>, o que não parece se coadunar com a inspiração legislativa que ensejou a introdução do instituto no direito brasileiro, uma vez que reduz a sua aplicabilidade e restringe as hipóteses de

<sup>83</sup> Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2º Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

<sup>84</sup> STJ. RHC 13111 / SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 11/02/2003.

CRIMINAL. RHC. ECA. REMISSÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. CUMULAÇÃO POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

É possível a cumulação da remissão do processo, concedida pelo Ministério Público, com a aplicação, pelo Julgador monocrático, da medida sócio-educativa de liberdade assistida, nos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes.

aplicação da remissão pelo Ministério Público sem que a lei o tenha feito.

Outrossim, partindo-se do pressuposto de que a remissão é a forma de exercício da ação penal, atividade de atribuição privativa do Ministério Público (art. 129, I, CF/88), e que constitui um negócio jurídico entre as partes, cabe ao promotor oferecer a representação extrajudicial cumulada com a medida socioeducativa acordada com o menor, seu representante e seu advogado, e desde que pertinente e possível ao caso concreto (arts. 112, 114 e 127 do ECA), restando ao magistrado apenas a sua homologação, ou a aplicação analógica do artigo 28 do CPP.

Deve ser vedado ao juiz, portanto, aplicar por si só uma medida socioeducativa não requerida pelo MP, bem como acrescentar ou aplicar outra diferente daquela que o MP requereu, sob pena de violar a inércia da jurisdição, desrespeitando, ao mesmo tempo, a atividade privativa do MP de promoção da ação penal e a segurança jurídica, na medida em que, no acordo celebrado entre as partes (MP, adolescente, representante legal e advogado), a medida de iniciativa do juiz não havia sido cogitada, o que poderia mudar o acordo (remissão) combinado, conforme jurisprudência do STJ<sup>85</sup>.

Além disso, caso a remissão extrajudicial não pudesse ser qualificada, ou seja, cumulada com o oferecimento de medidas socioeducativas, se equipararia na prática ao arquivamento, o que, como vimos, além de ser inútil (pois teríamos dois institutos com a mesma finalidade), também seria incoerente, tendo em vista que o arquivamento pressupõe a opção pela não-ação, não cabendo perdoar algo que o adolescente não cometeu, não teve responsabilidade ou que não precisa ser levado a diante pelos critérios discricionários do promotor.

---

<sup>85</sup> STJ. HC 15062 / MA. Relator Ministro Félix Fischer. Julgado em 27/11/2001.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. REMISSÃO E MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. CUMULAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO.

I - A medida sócio-educativa pode acompanhar a remissão concedida pelo juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA. Contudo, a autoridade judiciária não pode aplicá-la, de ofício, sem que o Ministério Público tenha se manifestado a respeito. II – Trata-se a remissão, tanto na sua forma simples como na acompanhada de medida sócio-educativa, de forma de exclusão do processo, sendo, nos termos do art. 201, I, do ECA, de competência do representante do Parquet a sua proposição ao juiz. III - O Ministério Público é o titular da ação, podendo, após verificar a possível ocorrência de ato infracional, submeter à autoridade judiciária a promoção para o arquivamento dos autos, a remissão ou a representação para aplicação de medida sócio-educativa, abrindo-se, contudo, para o juiz, tão-somente, caso discorde do arquivamento ou remissão, a possibilidade da remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, valendo-se de mecanismo previsto no art 181, § 2º, do ECA, semelhante ao do art. 28 do C.P.P.

Aos poucos, talvez os Tribunais comecem a entender no sentido da possibilidade de aplicação pelo MP de medidas socioeducativas em sede de remissão extrajudicial, respeitada a prévia aquiescência do adolescente, seu representante legal e seu advogado, bem como a necessidade da homologação judicial<sup>86</sup>.

Ademais, cabe ressaltar que a imposição de medidas socioeducativas não privativas de liberdade antes de iniciado o processo não inviabilizaria as garantias processuais individuais do infrator, previstas no artigo 110 do ECA<sup>87</sup>. Isso porque, para o ECA, no caso da remissão, o procedimento legal se consubstanciaria justamente no cumprimento do rito e dos requisitos do acordo, ou seja, na audiência

---

<sup>86</sup> STF. RE 248018 / SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 20/06/2008.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, in fine, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa. 2. A medida sócio-educativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida sócio-educativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente. 4. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

STJ. HC 220.901/MG. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em 01/03/2012

HABEAS CORPUS. FURTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE. 1. A remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser aplicada em qualquer fase do procedimento menorista, uma vez que prescinde de comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional, nem implica em reconhecimento de antecedentes infracionais. 2. Não ocorre violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a proposta oferecida pelo Ministério Público é homologada antes da oitiva do adolescente, como é o caso dos autos. 3. Não há constrangimento ilegal quando a remissão é cumulada com medida de liberdade assistida e com prestação de serviços à comunidade, pois esse instituto pode ser aplicado juntamente com outras medidas que não impliquem restrição da liberdade do menor, nos exatos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. O art. 128 do ECA o qual prevê que a "medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal ou do Ministério Público". Desta forma, que não se trata de medida definitiva, estando sujeita a revisões, de acordo com o comportamento do menor. 5. Ordem denegada.

<sup>87</sup> Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

- I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
- II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III - defesa técnica por advogado;
- IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
- V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

do MP com o menor e seus familiares, vítimas e testemunhas (art. 179 do ECA), bem como na manifestação fundamentada do promotor e na homologação da remissão pelo juiz.

Inclusive, o adolescente teria pleno conhecimento do ato infracional na audiência, estaria assistido por um defensor ou advogado, contaria com a presença de seus pais ou responsáveis, poderia solicitar e ouvir testemunhas, tudo perante o promotor com atribuição, cabendo ao juiz competente homologar a remissão e revê-la a qualquer tempo, de acordo com o artigo 128 do ECA<sup>88</sup>.

Claro que não estamos diante de um contraditório pleno e comum, já que a audiência seria perante o promotor e não o juiz. Porém, a partir do que falamos anteriormente sobre a caracterização da liberdade como princípio e sua possibilidade de ponderação com outros valores, bem como sobre a consequente disponibilidade ao imputado sobre a faceta subjetiva desse direito fundamental, poderia um menor, assistido por um advogado e seus representantes, diante do benefício que a remissão geraria, aceitar desde logo eventual medida socioeducativa, sendo excluído do processo sem nenhum antecedente<sup>89</sup>.

No que se refere ao descumprimento das condições e das medidas socioeducativas impostas na remissão extrajudicial, se entende que a remissão seria revogada e o processo reinstaurado, ou seja, continuado de onde parou, renovando-se a oportunidade ao Ministério Público para oferecer a representação<sup>90</sup>, situação semelhante à que o STF acabou enfrentando no descumprimento da transação, para onde remetemos o leitor.

Nota-se, portanto, que o procedimento da remissão extrajudicial é extremamente vantajoso ao adolescente e ao próprio sistema da justiça menoril, pois

---

<sup>88</sup> Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

<sup>89</sup> Vale lembrar que os promotores de infância não infracional podem, em sede de acompanhamento dos adolescentes carentes nos seus respectivos procedimentos administrativos, propor as mesmas medidas socioeducativas, inclusive por meio de termos de ajustamento de condutas.

<sup>90</sup> TJRJ. 0052305-34.2015.8.19.0000 Habeas Corpus. Relatora Desembargadora Gizelda Leitão. Julgado em 20/10/2015.

(...) Por duas vezes o paciente foi beneficiado com o instituto da remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade e, em ambas as vezes, descumpriu a benesse homologada pelo magistrado. Por último, após a revogação do benefício, foi designada audiência de continuação para o dia 03/11/2015, estando o processo aguardando a realização da referida audiência. Alega que torna-se inviável a aplicação de MSE após o paciente ter atingido a maioridade penal. Requer que seja cassada a decisão que revogou a remissão e designou audiência de apresentação (...).



permite uma prestação célere e eficiente da atividade jurisdicional, especialmente nos atos infracionais de menor gravidade.

Quanto à remissão judicial, ocorre após o oferecimento de uma representação, ou seja, durante o processo, sendo possível ao MP (e não o juiz, por ter a natureza de ação) fazer a proposta de suspensão do processo mediante o cumprimento de condições e medidas pelo adolescente.

Assim, nessa espécie, mesmo se o MP oferecer uma representação requerendo a imposição daquelas medidas que não cabem na remissão (semiliberdade e internação), poderá, durante o processo e desde que essas medidas sejam interrompidas (caso tenham sido aplicadas pelo juiz), oferecer a remissão, o que levará ao sobrestamento do processo até o adimplemento das condições, consoante o artigo 188 do ECA<sup>91</sup>.

Na verdade, trata-se de forma de suspensão condicional do processo, muito semelhante àquela prevista posteriormente no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, razão pela qual remetemos o leitor ao item 3.3, a fim de não sermos repetitivos.

### **3.2. Transação**

O legislador constituinte originário previu um procedimento especial para as infrações de menor potencial ofensivo, a ser regulamentado por lei ordinária, baseado principalmente na oralidade e na celeridade, de acordo com o artigo 98, inciso I, da CRFB/88<sup>92</sup>.

Assim, foi o próprio dispositivo constitucional que estabeleceu a transação, depois regulamentada pelos artigos 72 e 76 da Lei 9.099/95, que trataram do procedimento especial preliminar nos juizados especiais criminais<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Art. 188. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

<sup>92</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes 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 transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

<sup>93</sup> Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

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.

Exatamente como ocorre na remissão, a transação tem a natureza de ação e não se equipara a um arquivamento. Por isso, não pode ser oferecida a quem não teve responsabilidade pelo fato, embora não exija “prova suficiente da autoria e da materialidade” para a sua aplicação, razão pela qual não gera um efeito condenatório, nem a reincidência.

Em outras palavras, diante dos elementos de convicção já colhidos em sede policial (que ainda não são provas, pois não foram produzidos em contraditório), o MP formou o entendimento de que seria provável (já que certeza só existe na sentença e após o contraditório) a responsabilidade do autor do fato, oferecendo a ele a possibilidade de evitar o processo normal caso aceite, desde logo, a aplicação de medidas restritivas de direitos.

Cuida-se, portanto, de uma forma de exercício da ação penal, concretizada através de um negócio jurídico (acordo) e por meio de um procedimento especial que, consoante o artigo 62 da Lei 9.099/95, se baseia em certos princípios orientadores do processo nos juizados criminais, voltados, por sua vez, à promoção da consensualidade<sup>94</sup>, conforme Afrânio Silva Jardim:

Por outro lado, estabelecemos uma premissa para compreensão do sistema interpretativo proposto: quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, está ele exercendo a 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. Em outras palavras, o promotor de justiça terá que, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, a nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou

---

§ 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.

<sup>94</sup> Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena) (JARDIM, 2001, p. 107).

De fato, não ocorre na transação um processo penal com pleno respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, já que a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa será oferecida em uma audiência onde não há previsão legal para interrogatório e oitiva de testemunhas (o autor da fato deve estar acompanhado por advogado).

Entretanto, novamente a partir do que falamos anteriormente sobre a caracterização da liberdade como princípio e sua possibilidade de ponderação com outros valores, bem como sobre as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, o próprio constituinte originário estabeleceu uma ponderação e previu que, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, o sacrifício às garantias processuais individuais era inferior (ou menos valoroso) aos benefícios ao autor do fato e ao próprio sistema da justiça criminal, em virtude da possibilidade de se alcançar uma prestação célere e eficiente da Justiça Penal, segundo Ada Pellegrini:

(...) a mesma Constituição que estabeleceu o princípio da necessidade do processo para a privação da liberdade admitiu a exceção, configurada pela transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo: tudo no mesmo texto, promulgado em decorrência do poder constituinte originário (GRINOVER, 2000, p. 37).

Com efeito, na transação há ação penal, embora de outra forma e através de restrições e concessões mútuas, tendo a lei reconhecido até a possibilidade de recurso da sentença que aplica as medidas restritivas (art. 76, § 5º<sup>95</sup>).

Ademais, como falamos na remissão, após o MP entender que há o interesse na ação penal e, por isso, não promover o arquivamento, “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”, o que significa a adoção da discricionariedade na transação, novamente conforme Ada Pellegrini:

Não se trata, portanto, da oportunidade pura, na qual firmar ou não qualquer acordo com o suspeito ou acusado fica a critério exclusivo do acusador, bastando a concordância da parte. Ao contrário, a

<sup>95</sup> 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. (...)

§ 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.

discricionariedade regrada constitui resposta realista do legislador (e, em nosso sistema, do constituinte) à idéia de que o Estado moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de toda atenção. (GRINOVER; 2000, p. 95).

Diante dessa discricionariedade do promotor, também não há direito subjetivo à transação penal, mas apenas um direito a que essa fase seja analisada e, caso a proposta não seja oferecida, que haja a devida fundamentação, uma vez que falar em direito subjetivo de ser punido seria incoerente, segundo ensina Geraldo Prado:

Quando se perde de vista que o mecanismo é utilizado para impor sanções penais, algumas consequências acabam sendo produzidas e, por sua vez, terminam sendo a causa próxima de outras responsáveis pela erosão do edifício do Estado de Direito. Assim, não é incomum o discurso de que a transação penal é direito subjetivo do “autor do fato”, por meio do qual assegura a condição de não ser preso e, também, de não ser considerado reincidente. (...) Não se observam nitidamente as características e funções do instituto e, mais grave, não se questiona sobre o uso do conceito de direito subjetivo, que de situação jurídica de vantagem converte-se em direito a ser punido (PRADO, 2003, p. 160).

Destarte, na transação penal, o autor do fato não possui o direito subjetivo a receber a proposta, mas apenas de requerer que o promotor se manifeste sobre essa fase obrigatória do procedimento especial, razão pela qual o verbo "poderá" não exprime uma arbitrariedade do Ministério Público<sup>96</sup>.

Sendo assim, o verbo "poderão" expressa a existência de mais de uma possibilidade de solução dos conflitos, sendo uma consensual (transação) e a outra impositiva (ação penal através da denúncia), mas não significa que o órgão público possa livremente escolher qual irá adotar, tendo em vista que o acordo sempre será a primeira alternativa se for viável no caso concreto, por ser mais benéfico.

A existência de critérios subjetivos de avaliação do cabimento da transação também deixa clara a opção pela discricionariedade do membro do MP, como reconhece Geraldo Prado:

---

<sup>96</sup> Tal lógica parece ser seguida pelo próprio Supremo Tribunal Federal: RE 776801/BA - Min. Roberto Barroso - Julgamento: 29/11/2013 (...) Preliminar de nulidade em face da ausência de proposta de transação penal. Razoável discricionariedade auferida ao MPF. Inexistência de direito subjetivo do réu à transação em todas as situações. Necessidade de preenchimento dos requisitos ensejadores da transação penal (...).

Ao falar em razoável discricionariedade, o acórdão trata da necessidade de motivação para se negar o oferecimento de proposta de transação, enquanto a expressão inexistência de direito subjetivo à transação seria equivalente ao reconhecimento do mero direito a requerer o exame do cabimento da proposta.

Em um sistema fechado, sem espaço para interpretações sobre o preenchimento dos requisitos que possibilitam a transação, não haveria problema. Afinal, constatada objetivamente a presença dos elementos exigidos para a situação concreta, somente caberia ao Ministério Público apresentar a proposta. No entanto, basta olhar o rol dos requisitos do §2º do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, para perceber que existe ali um certo espaço de acomodação da *opinio delicti*.

O dado sem dúvida mais marcante é o da correspondência entre “antecedentes, conduta social e a personalidade” do agente, além dos “motivos e circunstâncias da infração”, e certo juízo de culpabilidade que estará exclusivamente baseado nas informações do termo circunstanciado. Neste ponto, não há como negar ao Ministério Público o direito de avaliar se, de acordo com as informações do termo circunstanciado, a pena não privativa de liberdade é indicada. (PRADO, 2003, p. 155).

No que se refere à natureza jurídica das medidas impostas na transação, trata-se de sanção penal consensual, pois, como diz Ada Pellegrini, “a pena de multa e restritiva de direitos, em matéria de infrações penais de menor potencial ofensivo, têm índole criminal, e afirmar o contrário, para escapar às críticas quanto à pretensa inconstitucionalidade da transação penal, não presta um serviço à ciência” (GRINOVER, 2000, p. 97)<sup>97</sup>.

Desse modo, se a transação configura o exercício da ação penal pelo MP e as medidas impostas através dela são uma sanção criminal, é porque o procedimento preliminar da Lei dos Juizados Especiais é o seu devido processo legal, o que significa que a sentença que homologa o acordo teria natureza condenatória e faria coisa julgada formal e material.

Contudo, ainda atrelado à idéia do *nulla poena sine iudicio* e considerando que o processo da transação limitava a defesa e o contraditório, o STF entendeu diferentemente (Súmula Vinculante 35)<sup>98</sup>, deixando de seguir o posicionamento do STJ, para quem a sentença que homologava o acordo e impunha as sanções fazia coisa julgada formal e material, razão pela qual, se descumprida, deveria ser executada<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Geraldo Prado também firma que “se as medidas em foco derivam de um crime (ou contravenção), não se discute a nosso ver que se trata de sanções penais, nada havendo de *sui generis* no seu processo de imposição que lhe contamine a natureza jurídica, embora seja diferente no que toca a diversos aspectos de seu procedimento e ao tipo de cognição que é produzida em seu interior” (PRADO, 2005, p. 216).

<sup>98</sup> Súmula Vinculante 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de renúncia ou requisição de inquérito policial”.

<sup>99</sup> JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (...) a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus

Infelizmente, o entendimento do STJ parecia mais técnico, pois, quando o STF fala que a homologação da transação penal não faz coisa julgada material, está implicitamente dizendo que aquele procedimento não possui a força cogente para impor uma pena. Em outras palavras, se o autor do fato, em caso de descumprimento da transação, irá responder à ação penal normalmente, é porque a fase em que foi imposta a transação não é aceita como suficiente para fixação de uma pena restritiva de direitos, retirando-se a credibilidade do próprio sistema criado pela Constituição.

Isso fica muito claro quando observamos que a jurisprudência do STF já era diferente para o caso de imposição de pena restritiva de direitos ou de multa<sup>100</sup>. Ora, se a pena de multa pode ser executada caso não seja adimplida, da mesma forma uma pena restritiva de direitos também poderia ser, inclusive com a sua substituição por outra pena restritiva de direitos ou até pela multa, além da fixação de astreintes (multa periódica de natureza coercitiva, de incidência gradativa e após o prazo do cumprimento da obrigação, para forçar o compromissário a efetivar a obrigação assumida).

Cabe frisar que executar uma sentença homologatória de transação não se confunde com conversão de pena restritiva de direitos imposta em transação em pena privativa de liberdade, uma vez que, se o procedimento especial da Lei 9.099 não permite a imposição de pena privativa de liberdade (art. 72, *caput*, parte final), admitir essa conversão iria, fatalmente, ferir o devido processo legal especial (art. 5º, inciso LIV, da CF/88).

Todavia, no *leading case* HC 79572, que acabou gerando a edição da referida Súmula Vinculante 35, o STF não apenas impediu corretamente a conversão de penas, mas avançou e reconheceu a ineficácia da sentença homologatória de transação, caso descumprida<sup>101</sup>.

---

anteriores, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução. Não há que se falar em renovação de todo o procedimento, com oferecimento de denúncia, mas, tão-somente, na execução ao julgado (sentença homologatória). O acusado, ao transacionar, renúncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa. REsp 172.981-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 22/6/1999.

<sup>100</sup> HC 88785 ED / SP Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 12/12/2006 EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO. Sendo premissa do voto embargado que o não-cumprimento da transação penal possibilita o oferecimento da denúncia, não procede a alegação de que a decisão seria contraditória porque o inadimplemento da pena de multa não dá margem à retomada da ação penal. Não se há de confundir a pena de multa com a de prestação pecuniária resultante da transação penal. Embargos de declaração rejeitados.

<sup>101</sup> HC 79572 / GO - GOIÁS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 29/02/2000

Consoante crítica pertinente de Geraldo Prado, esse acórdão, a pretexto de corrigir um erro e impedir a conversão de pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, acabou indo além ao dar uma orientação que torna a sentença homologatória de transação um ato não jurisdicional, embora judicial (pois praticado por um juiz), mas meramente administrativo, sem qualquer consequência no caso de descumprimento:

Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal corrige os rumos da orientação precedente do Superior Tribunal de Justiça e veda, terminantemente, a “transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa de liberdade”. No entanto, a nova orientação padece da dificuldade que atormenta a doutrina liberal igualmente contrária à conversão e acrescenta dois novos dados, também problemáticos, à equação “espaço de consenso x garantias processuais”. Neste sentido, retorna-se ao argumento de que sem previsão legal a conversão das penas é inconstitucional, mas somam-se a isso duas especulações distintas: mesmo quando a pena restritiva de direitos tenha sido imposta por sentença definitiva de transação penal, o descumprimento da sanção autoriza que não se reconheça à sentença a natureza de título executivo judicial, o que é o mesmo que dizer que a sentença não serviu de veículo para a prestação jurisdicional. A consequência desse raciocínio, levado a extremo no citado acórdão, consiste em admitir a desconstituição da “sentença” e o prosseguimento do procedimento de persecução (com denúncia, se for o caso) sem a necessidade de rescindir-se a sentença por intermédio de algum tipo de ação rescisória ou de revisão criminal. O Segundo tópico é levantado no voto do Ministro Nélson Jobim. O Ministro frisa no voto que a decisão homologatória da transação tem natureza administrativa. Daí não ser necessário rescindir a sentença. E adita que “a técnica utilizada nessa lei foi exatamente a de privatizar a ação penal pública no sentido de valorizar a vontade da vítima e do réu, no que diz respeito à possibilidade de um entendimento” (PRADO, 2003, p. 26/27).

Assim, o art. 98, inciso I, da CF/88, deixou clara a possibilidade de infrações penais de menor potencial ofensivo serem processadas através de um procedimento especial diante da disponibilidade pelo autor do fato da face subjetiva de suas garantias constitucionais individuais (devido processo legal, ampla defesa e contraditório) e do benefício que a transação representa (evitar condenação).

Ocorre que o STF entendeu que essa disponibilidade apenas permite que o autor do fato assumam voluntariamente as medidas restritivas de direitos ou multa, mas

---

HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. (...) TRANSAÇÃO - JUÍZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.

seria impossível a execução coercitiva.

Não foi devidamente enfrentada e superada, portanto, a constitucionalidade sobre a possibilidade de renúncia ao exercício de prerrogativa das garantias processuais individuais e, conseqüentemente, acerca da possibilidade de aplicação de pena sem um processo em que esses respectivos direitos fundamentais tenham sido plenamente exercidos.

Outrossim, como no estudo da remissão extrajudicial ficamos de tratar da execução das medidas socioeducativas em conjunto com a execução das penas restritivas fixadas na transação, cabe agora, por coerência, sustentar que o promotor da infância deve, caso uma medida socioeducativa fixada pela remissão extrajudicial seja descumprida, solicitar a sua execução e não oferecer uma representação.

Ora, tanto a remissão como a transação possuem a mesma natureza jurídica de ação penal e, uma vez oferecidas pelo MP por serem compatíveis com a situação concreta, não podem ser desfeitas em virtude do descumprimento, elemento posterior à análise das condições objetivas e subjetivas do fato pelo promotor no momento do oferecimento das respectivas propostas.

A aferição pelo MP da forma adequada de exercício da ação penal, na verdade, precluiu, e não pode um fato posterior alterar um ato jurídico perfeito já consumado.

A única solução, portanto, é a execução através da coercitividade inerente à atividade jurisdicional, sendo que voltar atrás e apagar o que já foi oferecido parece uma alternativa que apenas apequena o Poder Judiciário e permite aos imputados protelarem uma decisão definitiva sobre as suas responsabilidades, o que a sociedade não aguenta mais.

Espera-se, assim, que o desenvolvimento dos métodos de solução negociada de conflitos penais, a perspectiva de fortalecimento do papel das partes na construção de um processo penal consensual e especialmente as características da colaboração premiada que serão apresentadas à frente, gerem uma mudança dessas referidas orientações jurisprudenciais.

### **3.3. Suspensão Condicional do Processo**

Muito semelhante à mencionada remissão judicial do ECA (após o oferecimento da representação), a suspensão condicional do processo permite ao MP



que, nos casos de crimes de médio potencial ofensivo, o processo seja suspenso até o cumprimento de determinadas condições, conforme o artigo 89 da Lei 9099/95<sup>102</sup>.

Também chamada de *sursis* processual, a suspensão é um tipo de acordo em que aquele que já é réu, isto é, já teve uma denúncia em face de si oferecida e recebida, aceita o cumprimento de determinadas condições para evitar toda a instrução processual e o risco de condenação.

Como todo acordo, o acusado irá renunciar ao exercício pleno de seus direitos, no caso ao contraditório e à ampla defesa, mas receberá o benefício de, após o adimplemento de suas obrigações, ter extinta a punibilidade, conforme jurisprudência do STJ<sup>103</sup> e posição de Ada Pellegrini:

Tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução penal, o segundo sobre uma parcela dos seus direitos e garantias. O primeiro, em tese, poderia levar a ação penal adiante, visando atender à expectativa repressiva clássica do Estado. Ao segundo interessaria, no final dessa atividade persecutória, uma eventual absolvição. A incerteza sobre o resultado do processo, no entanto, pode estimular ambas as partes a uma composição, suspendendo-se seu prosseguimento. Cada qual cede um pouco: nisso reside a transação processual, que caracteriza a suspensão condicional do processo (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, 2000, p. 235).

<sup>102</sup> 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 frequentar 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.

<sup>103</sup> Sursis PROCESSUAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. Homologada a suspensão condicional do processo pelo juízo, após a aceitação pelo réu (Lei n.º 9.009/90), considera-se prejudicada a impetração que visa ao trancamento da ação penal correspondente. O *sursis* processual é espécie de transação, em que o réu renuncia ao contraditório, à discussão da culpa em sentido amplo, prometendo cumprir as condições impostas, em troca de não se submeter a todos os ônus que a ação penal possa acarretar. Com este entendimento, a Turma, por maioria, julgou prejudicado o recurso. Precedentes citados: RHC 6.618-RS, DJ 4/5/1998, e RHC 7.796-MG, DJ 28/9/1998. RHC 7874-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 27/4/1999.

Destarte, quanto à natureza jurídica, podemos dizer que a suspensão é um negócio jurídico, ou seja, um acordo em que o MP pode deixar de seguir com a ação penal originalmente proposta para adotar outra forma de ação penal, consubstanciada através de um processo penal especial e sem a finalidade de impor uma condenação.

Assim, o MP não dispõe do direito de ação, pois não deixa de exercê-lo, apenas o adequa à situação e muda a forma do seu exercício, deixando de lado a denúncia e o pedido de condenação para passar a sustentar a suspensão do processo e o acordo.

Como já defendemos nos tópicos 1.2 e 3, denúncia não é sinônimo de ação penal, mas sim uma de suas espécies. Pode a ação, portanto, ser exercida pela denúncia ou, neste caso, pela denúncia e por uma seguida proposta de suspensão condicional do processo, pois ação penal, como "direito de pedir o provimento jurisdicional", pode ser manifestada através de diferentes formas.

Justamente, temos, na suspensão, uma forma peculiar de ação penal e um processo penal diferenciado, até porque não voltado à condenação. Desse modo, assim como Geraldo Prado, entendemos que:

O autor da ação penal e o réu poderão encontrar uma forma de composição de conflito de interesse penal que não dependa de ficar demonstrada a existência de infração penal e a responsabilidade do processado.

No lugar das provas dos fatos que sustentam as pretensões das partes, figuram as atitudes que o réu se compromete a adotar e o autor entende suficiente. Com isso, vencido o período de prova, se a suspensão condicional do processo não for revogada, considera-se definitivamente solucionada a questão penal, isto é, com força de coisa julgada material. (...) Direito de ação que em uma de suas faces se apresenta como o direito de estar em juízo e pedir ao juiz a adoção de uma solução diferente da pena criminal, nos casos em que a lei autoriza esta solução.

O poder de impulso típico da promoção da ação penal é complementado com a indicação, pelo autor, de que o Estado ficará satisfeito com a aplicação de medida distinta da pena criminal, visando resolver o conflito que a pretensão do acusador carrega.

Esta posição, além de guardar coerência com o sistema processual acusatório estruturado constitucionalmente, velando pela autonomia da ação em face da jurisdição e reservando à defesa a tarefa de resistir à pretensão, é a única que assimila por inteiro a idéia da solução consensual do conflito de interesse penal (PRADO, 2005, p. 224-226).

Outrossim, como na remissão e na transação, na suspensão também vigora a discricionariedade do promotor, que pode oferecer o acordo desde que o imputado apresente determinados requisitos objetivos e subjetivos (art. 89, *caput*). Novamente, caberá ao Ministério Público analisar a situação, ponderar os valores envolvidos e dar

o valor merecido a cada um deles, fazendo fundamentadamente a sua escolha.

Por isso, também do mesmo modo que na remissão e na transação, aqui o réu não possui direito subjetivo a receber a proposta de suspensão. Entretanto, possui direito a requerer o exame dessa medida, bem como a exigir manifestações fundamentadas do promotor e do juiz sobre eventual descabimento, de acordo com a Súmula 696 e com recentes decisões do STF<sup>104</sup>.

Ademais, na medida em que o cumprimento das condições gera a extinção da punibilidade, a suspensão condicional do processo não exige a confissão, ou reconhecimento de culpa, nem gera efeitos de reincidência.

Trata-se, portanto, de uma solução endoprocessual de conflitos penais, de iniciativa exclusiva do MP, com fixação de medidas restritivas de direitos em troca da disponibilidade do acusado sobre a parcela subjetiva das suas garantias processuais individuais.

Aliás, quanto à natureza das medidas propostas pelo MP, agora divergimos de Geraldo Prado, para quem "as condições da proposta e da suspensão não são pena criminal" (PRADO, 2005, p. 225).

<sup>104</sup> Súmula 696 do STF: 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.

HC 83250 / SP Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 25/11/2003 EMENTA: HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI 9.099/95, ART. 89). REQUISITO OBJETIVO E CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 696. ORDEM DENEGADA. 1. Em se tratando de crimes idênticos em continuidade delitiva, o requisito objetivo para a suspensão condicional do processo deverá ser calculado pela pena mínima cominada em abstrato, majorada em um sexto. 2. A suspensão condicional do processo tem natureza jurídica de transação processual, daí porque inexistente direito subjetivo do réu a sua aplicação. 3. Se o Ministério Público expressa e motivadamente deixa de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa essa manifestação, não há que se aplicar a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal.

HC 84342 / RJ Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 12/04/2005 EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, DESCLASSIFICADO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE. PRETENDIDO DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) OU À SUSPENSÃO DA PENA (ART. 77 DO CP). ORDEM DENEGADA. O benefício da suspensão condicional do processo não traduz direito subjetivo do acusado. Presentes os pressupostos objetivos da Lei nº 9.099/95 (art. 89) poderá o Ministério Público oferecer a proposta, que ainda passará pelo crivo do magistrado processante. Em havendo discordância do juízo quanto à negativa do Parquet, deve-se aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (Súmula 696/STF). Não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela. Também não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP. Ordem denegada.

De fato, não são fixadas ao final de um processo, como manifestação de um juízo condenatório. Contudo, como as condições citadas pelo legislador (art. 89, §1º, incisos I a IV, da Lei nº 9.099/1995) equivalem a algumas daquelas previstas no Código Penal para as penas restritivas de direitos e o *sursis* (art. 43 e 78 do CP), sendo certo, ainda, que essas condições impõem ao acusado, embora de forma consensual, o cumprimento de medidas que restringem os seus direitos e que o impedem de exercer plenamente suas liberdades, parece que não podemos negar que constituem uma sanção.

O fato de ser consensual não significa que a condição não seja uma sanção, uma reprimenda estatal, assim como o fato de ser uma pena não significa que advenha de uma sentença penal condenatória, como ficou claro no estudo da transação.

Por isso, talvez o detalhe mais interessante da suspensão condicional do processo seja a falta de qualquer menção ao instituto, direta ou indiretamente, na Constituição. E qual a importância disso?

Justamente reconhecer que uma lei ordinária, que neste ponto não regulamenta diretamente nenhum dispositivo constitucional (a suspensão não se aplica exclusivamente aos crimes previstos na lei dos Juizados Especiais, referida no art. 98, I, CF/88), pode prever a discricionariedade do MP, bem como permitir ao promotor fazer um acordo que muda a forma de exercício da ação que acabou de oferecer, além de autorizar que o imputado possa dispor de prerrogativas subjetivas de suas garantias processuais individuais e aceitar o cumprimento de medidas restritivas sem se defender plenamente, conclusões que já havíamos chegado após o estudo do capítulo 2 deste trabalho.

Assim, a suspensão quebra as regras da obrigatoriedade da ação penal pelo MP, reconhece que o imputado pode renunciar ao exercício de prerrogativas dos seus direitos fundamentais (contraditório, ampla defesa e devido processo legal) e ainda permite que o acusado sofra uma sanção sem ter se defendido e sem ter sido imposta após um processo penal completo e tradicional (com produção de provas etc), o que vai contribuir no estudo a seguir da mais recente forma consensual de composição de conflitos penais<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Inclusive, vale fazer menção que Ada Pellegrini, embora defenda a constitucionalidade da suspensão, adota posição que complica a análise da colaboração premiada, ao entender que transação penal só caberia na hipótese do art. 98, I, da CF/88: "a suspensão condicional do processo é instituto rigorosamente constitucional. A CF, no art. 98, I, diz que cabe transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Já se sustentou, por isso mesmo, mas sem nenhuma razão, que fora dessas infrações

### 3.4. Colaboração Premiada

Antes de tratarmos da colaboração, vamos fazer uma breve exposição da evolução da sua origem. A delação premiada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) que, em seu artigo 7º, alterou a redação do artigo 159 do Código Penal para incluir uma nova causa de diminuição de pena<sup>106</sup>, favorecendo, assim, o coautor ou partícipe de um crime de extorsão mediante sequestro, praticado em quadrilha, que fornecesse às autoridades dados que ajudassem de qualquer forma na liberdade das vítimas. Em seu artigo 8º, a Lei dos Crimes Hediondos também estabeleceu a delação como causa de diminuição de pena para o participante ou associado ao crime de quadrilha que denunciasse o bando às autoridades<sup>107</sup>.

Alguns anos depois, a Lei nº 9.269/1990 deu nova redação ao dispositivo legal anteriormente referido (art. 159, § 4º, do CP) e permitiu o reconhecimento da delação em face do mero concurso de pessoas no crime de extorsão mediante sequestro, afastando-se, assim, a necessidade de caracterização de quadrilha.

Cinco anos após, a delação voltou a aparecer, agora na Lei nº 9.034/1995, que tratou do combate ao crime organizado e criou nova causa de diminuição de pena<sup>108</sup>.

Logo mais tarde, a Lei nº 9.080/1995 alterou as Leis nº 7.492/1986 e 8.137/1990 e estabeleceu a delação premiada como causa de diminuição de pena, respectivamente, nos crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária,

---

não caberia nenhum tipo de acordo (conciliação). A transação referida pelo art. 98, I, da CF é a penal (conformidade penal). Essa, pela Constituição, só cabe nas infrações que ela menciona. Ocorre que a transação que se dá na suspensão do processo não envolve aplicação de pena; é, portanto, a processual, que tem duplo fundamento: de um lado o princípio da oportunidade regrada (que é compatível com o art. 129, I, da CF, visto que o Ministério Público exercerá a ação pública, na forma da lei); de outro, o princípio da autonomia da vontade (PELLEGRINI, 2000, p. 226).

<sup>106</sup> 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 coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

<sup>107</sup> Art. 8º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

<sup>108</sup> Art. 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

econômica e as relações de consumo<sup>109</sup>. A novidade aqui foi que o legislador deixou de prever a delação para crimes graves específicos para autorizá-la abertamente a todos os delitos referidos nessas legislações, independentemente da gravidade deles, não fazendo nenhuma restrição às penas máximas ou mínimas cominadas.

Em seguida, a Lei nº 9.269/1996 alterou novamente o art. 159, § 4º, do CP, ampliando as possibilidades de delação no crime de extorsão mediante sequestro<sup>110</sup>.

Importante previsão da delação ocorreu na Lei nº 9.613/1998 (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro) que, em seu art. 1º, § 5º, tornou possível ao magistrado não somente a simples redução de um a dois terços da pena aplicada, pois foram acrescentadas novas possibilidades de benefícios, como o cumprimento da pena inicialmente em regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos e até mesmo a isenção total de responsabilidade criminal<sup>111</sup>.

Quase uma década após a introdução da delação premiada no nosso ordenamento jurídico, foi editada a Lei nº 9.807/1999, que tratou da proteção à vítima e testemunha e possibilitou o cabimento da delação em toda e qualquer modalidade de crime, bem como a sua configuração como causa extintiva da punibilidade ou de diminuição de pena<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> Art. 1º. Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo:  
Art. 25. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Art. 2º Ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único:

Art. 16. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

<sup>110</sup> Art. 159. § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

<sup>111</sup> § 5º. A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la 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 e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

<sup>112</sup> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal 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, no caso de condenação, terá

Em seguida, diferentemente das opções legislativas anteriores, o legislador alterou a Lei nº 8.884/1994 e introduziu, com a Lei nº 10.149/2000, o acordo de leniência, forma de colaboração que criou uma ponte de ligação entre infrações criminais e administrativas contra a ordem econômica<sup>113</sup>.

---

pena reduzida de um a dois terços.

<sup>113</sup> Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal.

§ 1º No curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, poderá a SEAE exercer, no que couber, as competências previstas no *caput* deste artigo e no art. 35 desta Lei.

§ 2º O procedimento administrativo de que trata o parágrafo anterior poderá correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério da SEAE." (NR)

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais coautores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

Outrossim, a Lei nº 11.343/2006, que tratou da política de drogas no Brasil, ignorando a maior benevolência da Lei nº 9.807/99, voltou a prever a delação premiada apenas como causa de diminuição de pena<sup>114</sup>.

Por fim, a Lei nº 12.683/2012 deu nova redação ao §5º, do art. 1º, da Lei nº 9.613/1998, estabelecendo maior amplitude à delação premiada em caso de lavagem de dinheiro<sup>115</sup>.

Mais do que estabelecer a ordem cronológica que permitiu o desenvolvimento da atual colaboração premiada, essa introdução mostrou como a nossa legislação tratou diferentemente do tema, às vezes até de forma incoerente, e sempre de maneira isolada, sem unidade e organização sistêmica.

Assim, a Lei nº 12.850/2013, que cuida das organizações criminosas e foi inspirada nas referidas experiências legislativas anteriores e baseada nas Convenções Internacionais de Mérida (Decreto nº 5.687/2006) e Palermo (Decreto nº 5.015/2004), incorporou essa miscelânea de características e tratou da colaboração premiada com maior detalhamento, embora tenha sua aplicação restrita às organizações criminosas.

Inclusive, conforme o art. 26 da Lei 12.850/2013, apenas a Lei 9.034/1995 foi revogada expressamente, o que abre espaço para que as delações previstas nas legislações especiais continuem em vigor, naquilo que evidentemente não for

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

<sup>114</sup> Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores 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.

<sup>115</sup> Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 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.



contrário ao sistema agora estabelecido com a colaboração<sup>116</sup>.

Desse modo, e como já alertávamos na introdução deste trabalho, se a colaboração não revoga as delações especiais, permanecendo em vigor ambos os sistemas, torna-se ainda mais importante que se apresente a diferença entre eles e que tenham naturezas e finalidades distintas, a fim de que a convivência entre os institutos possa ser harmoniosa. Caso contrário, corremos o risco de que um tipo de crime cometido por meio de uma organização criminosa possa ter um tratamento mais generoso do que aquele idêntico, mas praticado por um concurso eventual de pessoas.

Nossa proposta, exatamente como fizemos nos institutos anteriores, não será esgotar o instituto e tratar de todas (e são muitas, pois a lei é demasiadamente confusa<sup>117</sup>) as controvérsias da colaboração, mas sim focar na análise da sua constitucionalidade como forma de resolução consensual de conflitos penais, especialmente a partir do estudo da discricionariedade do MP, das limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, da renunciabilidade ao exercício das garantias processuais individuais do acusado e da pena consensual e não processual.

Por isso, ao invés de compararmos a colaboração premiada com as delações premiadas anteriores, iremos estudá-la ao lado da remissão, da transação e da suspensão condicional do processo, por entendermos que é muito mais do que uma confissão premiada, ou uma causa de extinção da punibilidade ou de diminuição de pena.

O primeiro ponto que chama a atenção nessa análise é que, ao invés de ser aplicada para crimes (ou atos infracionais) mais leves e de penas mais baixas (como a remissão, a transação e a suspensão condicional do processo), a colaboração se direciona a fatos gravíssimos, ou seja, aos crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, superando a idéia de que acordo em sede criminal somente cabe para banalidades.

Dessa forma, caem por terra os argumentos de que os acordos existiriam

---

<sup>116</sup> De acordo com Afrânio Silva Jardim, na tese "Nova Interpretação Sistemática sobre o Acordo de Cooperação Premiada", apresentada no XXI Congresso Nacional do Ministério Público, em outubro de 2015, no Rio de Janeiro: "Como faço a distinção entre a colaboração premiada (causa especial de diminuição de pena) do acordo de cooperação previsto apenas na lei n.12.850/13 ( negócio jurídico processual público), que vincula o Poder Judiciário que o homologou, entendo que não estão revogadas tacitamente as diversas leis que cuidam de outorgar ao réu ou indiciado o benefício de atenuação da pena em razão de sua colaboração com as investigações".

<sup>117</sup> A título de ilustração, como fica a competência para apreciação dos termos do acordo de colaboração premiada se a organização criminosa for do tipo grupo de extermínio? Será do magistrado ou do corpo de Jurados? Essa competência muda dependendo da fase em que o acordo for feito, ou seja, na investigação, na primeira fase ou na segunda fase do Tribunal do Júri?

naqueles casos em que o Estado teria menos interesse na repressão criminal e por isso poderia afrouxar o ímpeto do seu *jus puniendi*. Não há mais nenhuma relação, portanto, entre acordo e gravidade do crime, ou melhor, entre acordo e desinteresse do Estado na repressão de determinadas condutas pouco relevantes.

Outra lição que podemos tirar é que a colaboração premiada, a exemplo dos demais acordos, é uma espécie de ação penal (ainda que através de um distinto processo judicial) que regulamenta o próprio artigo 129, inciso I, da Carta Magna.

Como já defendemos, quando a Constituição fala que é função institucional do Ministério Público promover a ação penal pública na forma da lei, deixa à legislação ordinária a tarefa de dispor sobre como será o respectivo processo, sendo que não há inconveniente em que uma lei infraconstitucional discipline um procedimento judicial diferenciado para o caso de celebração de um acordo, pois a Constituição não obriga que todos os processos devam seguir a mesma disciplina, mas apenas que sempre precisa ser promovida a ação penal, na forma da lei correspondente.

Ao invés de oferecer uma denúncia, pode o MP, nos casos definidos em lei, apresentar proposta de acordo substitutivo, o que significa que, naqueles casos, o próprio acordo será a forma de exercício da ação penal<sup>118</sup>, promovida diferentemente por meio de um negócio jurídico processual<sup>119</sup>, natureza jurídica da colaboração premiada.

Nesse sentido, e também com coerência ao que dissemos anteriormente, a colaboração não pode ser aplicada em caso de arquivamento, ou seja, de não-ação. Ao contrário, como forma de exercício da ação penal, a colaboração pressupõe exatamente a superação do arquivamento e a escolha do promotor pela ação penal.

Assim, deve o membro do MP, discricionariamente, escolher entre a ação penal ou o arquivamento. Depois, novamente sopesando os valores envolvidos, caberá ao promotor decidir, no caso da existência de uma organização criminosa, entre a colaboração premiada e a denúncia.

---

<sup>118</sup> Por isso a evidente inconstitucionalidade do art. 4º, §2º, na medida em que, como um delegado de polícia não tem legitimidade para promoção da ação penal, atividade exclusiva do MP (art. 129, I, CF/88), não pode oferecer o acordo de colaboração, mas apenas representar, exatamente como nas medidas cautelares que, diga-se de passagem, também possuem a natureza de ação.

<sup>119</sup> No HC-STF 127.483/2015, o Ministro Dias Toffoli reconheceu que: "A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal criminal, atividade de natureza processual, ainda que agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração".

Aliás, no que se refere à iniciativa, podemos dizer, assim como nos outros modelos de acordo anteriormente tratados, que a colaboração será oferecida conforme a discricionariedade do membro do MP, como fica claro do art. 4º, §1º, da Lei 12.850/2013, ao dizer que “em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Diante de critérios extremamente subjetivos e que devem ser avaliados casuisticamente, cabe ao promotor sopesá-los e decidir pelo oferecimento ou não do benefício, sempre ponderando os interesses envolvidos e justificando a sua manifestação.

Mais uma vez, resta claro que o nosso sistema adotou a discricionariedade como orientadora da atividade ministerial. Se já era certo que, conforme demonstramos nas outras formas de acordos, a discricionariedade se aplicava na promoção da ação penal aos atos infracionais, bem como aos crimes de menor e médio potencial ofensivo, agora, como o crime cometido por uma organização criminosa pode ter qualquer gravidade, fica evidente que a adoção de critérios regrados de conveniência e oportunidade não estava vinculada ao interesse em se proteger um menor ou na pequena relevância de certos delitos.

Na verdade, resta cada vez mais nítido que esses casos de discricionariedade nunca foram exceções à uma inexistente regra (ou suposto "princípio") da obrigatoriedade, mas sim leis, posteriores tanto ao Código de Processo Penal com à Constituição, que regulamentaram processos distintos do modelo padrão previsto no CPP, sempre baseando-se no perfil constitucional do MP para adotar a discricionariedade como critério de decisão sobre a promoção de uma ação penal.

Ocorre que, diferentemente dos outros acordos, na colaboração, após a fase de avaliação discricionária do cabimento do acordo e novamente por uma ponderação, o membro do MP irá negociar com o colaborador qual benefício será oferecido na proposta<sup>120</sup>, como se pode observar do *caput* do artigo 4º e dos incisos do artigo 6º<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Também de acordo com Marcelo Mendroni, "na sistemática da lei, todavia, o acordo será selado entre as partes e o quantum de pena aplicado ou o perdão judicial deverá ser admitido pelo Ministério Público, segundo seus próprios critérios de avaliação no caso concreto"(MENDRONI, 2014, p. 30)

<sup>121</sup> 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

Nessa linha, o benefício deverá ser proporcional ao caso, ao colaborador e também à sua contribuição na investigação e no processo, o que fica muito claro com a redação do artigo 4º, §2º<sup>122</sup>.

Dessa forma, a discricionariedade não foi apenas o critério de avaliação do cabimento da colaboração, mas também da sua valoração, sendo que aqui há uma diferença gigantesca entre os benefícios que podem ser oferecidos ao imputado, na medida em que o perdão judicial, por exemplo, é uma causa de extinção da punibilidade, equiparando o colaborador àquele beneficiado pela prescrição.

Outrossim, da análise conjunta do artigo 4º, *caput* e §4º, notamos os seguintes benefícios que a colaboração pode ensejar: não oferecimento de denúncia, perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade e substituição por pena restritiva de direitos. Inclusive, como três dos benefícios foram previstos no *caput* e o quarto isoladamente no §4º, conclui-se que são distintos, até porque com nomes e consequências diversas, como veremos agora.

No que se refere ao não oferecimento da denúncia, é preciso deixar muito claro que não se trata de sinônimo de promover o arquivamento, pois a denúncia também não é intentada quando a ação penal é proposta de outras formas, como, por exemplo, no caso da Lei 9099, em que o acordo (transação) toma o seu lugar.

Na verdade, faltou clareza e técnica à lei, pois a hipótese se assemelha muito à remissão extrajudicial do ECA, que, como vimos, também não é sinônimo de arquivamento, mas sim de forma de exercício da ação penal através de um negócio jurídico.

Ademais, como já defendemos aqui, todo arquivamento é simples, ou seja,

---

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.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

<sup>122</sup> §2º. Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

desprovido de compromissos que poderiam torná-lo condicionado, o que ocorre exatamente ao contrário no caso da colaboração premiada, na medida em que este instituto pressupõe justamente o cumprimento de certas medidas (artigo 4º, *caput* e incisos I a V, e §4º).

Além disso, caso o compromisso assumido na colaboração seja descumprido, o MP poderá oferecer a denúncia em face do colaborador, dentro da previsão do art. 4º, §3º, da Lei 12.850, o que também não ocorre em um arquivamento, ato simples e incondicionado e que só pode ser revisto no caso do surgimento de novas provas<sup>123</sup>.

Com efeito, o mais técnico seria que a lei tivesse chamado esse benefício de remissão extrajudicial, ou criado um outro nome próprio diante das particularidades do caso, por ser uma forma especial de exercício da ação penal e cumulada com as medidas condicionais dispostas nos incisos do *caput* art. 4º, como determina o próprio §4º.

Aliás, como na remissão pré-processual, este tipo de acordo de colaboração premiada chamado de "deixar de oferecer a denúncia" só pode ocorrer, por razões óbvias, na fase inquisitorial, antes do processo e, portanto, extrajudicialmente, embora sujeito à homologação judicial (art. 4º, §§6º, 7º e 8º).

Nessa linha, também se engana quem entende que a previsão legal de "deixar de oferecer denúncia" seja relacionada à adoção da discricionariedade do MP no momento de promoção da ação penal e de oferecimento da denúncia<sup>124</sup>, pois essa etapa já passou e precluiu quando o promotor decidiu pela necessidade da ação penal e, obviamente, pelo cabimento de um acordo que, se não for cumprido, pode resgatar a viabilidade de oferecimento da denúncia.

Em síntese, o que precisa ficar muito claro é que o tipo de colaboração "deixar de oferecer denúncia" não significa que o MP irá fazer um acordo com o colaborador e arquivar a investigação naquilo que lhe disser respeito.

De fato, ele não será denunciado, o que se caracteriza como a grande peculiaridade desta forma de acordo, mas celebrará um termo de compromisso com o

---

<sup>123</sup> Súmula 524 STF – Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas

<sup>124</sup> Por exemplo, Eduardo Araújo da Silva, ao afirmar que "na primeira hipótese tem-se a adoção do princípio da oportunidade da ação penal pública na sua forma regrada ou regulada. (...) Na prática, pois, quando do oferecimento da denúncia, o Ministério Público deverá requerer o arquivamento dos autos em relação ao investigado colaborador e, se dele discordar o juiz, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal" (ARAÚJO DA SILVA, 2014, p. 62).

MP, a ser homologado pelo juiz, sendo interessante citar a opinião neste sentido de Guilherme de Souza Nucci:

Não cremos que o não oferecimento da denúncia seja permanente, equivalendo ao arquivamento, pelos seguintes motivos: a) toda colaboração somente recebe o prêmio, seja ele qual for, passando por juiz; b) o arquivamento, puro e simples, não fornece nenhuma segurança ao delator, que poderá ser chamado a depor e não poderá recusar-se, nem invocar medidas de proteção.

Há um termo de acordo de colaboração premiada a ser feito por escrito (art. 6º da Lei 12.850/2013), a ser devidamente homologado pelo juiz (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013), que deve avaliar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade.

Em suma, deixar de oferecer a denúncia e arquivar o inquérito, sem qualquer outra medida, significa deixar o delator em completa desproteção. Ademais, segundo se sabe, o arquivamento pode provocar processo crime posteriormente, desde que surjam provas novas.

Somos da opinião de que todo defensor deve aconselhar o seu patrocinado a jamais fornecer informes ou prestar colaboração efetiva, como delator, sem o acordo devidamente assinado. Logo, não deve aquiescer com uma colaboração informal, não submetida ao juiz, permitindo que o Ministério Público simplesmente deixe de denunciar.

O Ministério Público pode, então, por estratégia, deixar de denunciar o delator (não o líder) que tenha colaborado em primeiro lugar, sem também ofertar proposta de prêmio, para aguardar o surgimento de outros colaboradores. Seria uma "ação controlada" para a denúncia ou para o pleito de prêmio.

Cremos que deva ser utilizado o mesmo prazo indicado no §3º, ou seja, seis meses, prorrogáveis por outros seis. (NUCCI, 2015, p. 63).

Destarte, Nucci também percebeu que este acordo não se trata de arquivamento, embora não tenha reconhecido a esta forma nenhuma efetividade, na medida em que não é permanente, possui prazo máximo de 1 ano e equivaleria a um sobrestamento da investigação, a fim de se obter novos elementos de convicção sobre a organização criminosa.

Seguindo-se a linha de raciocínio de Nucci, concluiríamos que esta forma de acordo chamada de "deixar de oferecer a ação penal" não configura um negócio jurídico, mas, no máximo, um futuro acordo caso surjam outros elementos de convicção em 1 ano que confirmem a versão do delator, ocasião em que, ao final, dependendo da justa causa, a investigação poderá ser arquivada, ou poderá haver uma denúncia, sendo que aquele colaborador poderá (dependendo da avaliação do MP e do seu interesse) celebrar um acordo formal, cujos benefícios seriam as outras três formas de acordo, ou seja, perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituição por pena restritiva de direitos.

Sendo assim, embora com as mesmas premissas, a opinião que defendemos possui uma diferença com essa linha de raciocínio acima, pois, enquanto buscamos

dar efetividade ao acordo "deixar de oferecer a denúncia" no momento em que ele foi celebrado, Nucci postergou os seus efeitos ao entender que, por si só, não possuía elementos suficientes para a deflagração de uma ação penal.

Ocorre que, pela redação do art. 4º, §12<sup>125</sup>, além do enunciado demonstrar a diferença entre o não oferecimento de denúncia e o perdão judicial, fica evidente que houve não apenas um acordo formal de colaboração, mas também uma denúncia subsequente aos demais responsáveis pela organização criminosa e a instauração de um processo penal em que aquele que recebeu o benefício de não ter em face de si oferecida a denúncia poderá ser ouvido em juízo.

Nesse sentido, pode até ser possível um acordo informal que prorrogue o prazo da investigação para se juntar mais elementos de convicção contra a organização criminosa, como defende Nucci, porém resta nítido que o objetivo da lei era dar efetividade imediata ao acordo com o não oferecimento de denúncia, o que somente parece ser possível se for encarado de forma semelhante à remissão pré-processual do ECA.

Somente dessa maneira se pode conceder efeitos imediatos ao acordo, que deve ser formalizado e apresentado ao juiz para homologação, sendo os outros integrantes da organização criminosa denunciados normalmente, enquanto o colaborador será testemunha do MP.

No caso do perdão judicial, a primeira conclusão que podemos chegar é que não se equipara à figura do artigo 4º, §4º, o que significa, portanto, que, se na primeira o MP pode deixar de oferecer a denúncia em face do colaborador, nesta, ao contrário, haverá uma denúncia, o que contraria a lógica deste instituto previsto no Código Penal.

Diante disso, também percebemos, desde logo, que não se trata de uma forma comum de perdão judicial<sup>126</sup>, tendo em vista que, nas hipóteses do art. 107, inciso IX, do Código Penal, o MP pode e deve requerer o arquivamento (se as circunstâncias que ensejarem o perdão já estiverem demonstradas no inquérito).

Ora, se no perdão judicial do Código Penal o MP deve pedir o arquivamento e na lei de organização criminosa deve oferecer um acordo, é porque são situações

---

<sup>125</sup> Art. 4º. (...) §12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

<sup>126</sup> Segundo Marcelo Mendroni: "Trata-se de uma espécie diferenciada de "perdão judicial" porque, segundo o conceito originariamente implantado no nosso sistema jurídico, ele busca deixar de punir aquele que tenha sofrido consequência social tão grave decorrente da sua própria conduta, que se pode considerar por aplicada e cumprida a pena" (MENDRONI, 2014, p. 30).

diferentes. Embora tenha sido usado (indevida e infelizmente) o mesmo nome, claramente são institutos diversos, com a única semelhança que ambos geram a extinção da punibilidade.

Na verdade, talvez fosse melhor que a lei tivesse simplesmente previsto mais uma causa de não aplicação da pena (como tinha feito nas Lei nº 12.683/2012 e 9.613/1998, sobre o Combate à Lavagem de Dinheiro), ao invés do perdão judicial propriamente dito (artigo 107, inciso IX, do CP).

Isso porque, no perdão judicial, o MP, além de requerer o arquivamento da investigação, tendo em vista que não possui interesse no exercício da ação penal, uma vez que os efeitos do fato já são superiores ou suficientes à repressão da conduta, não há bilateralidade, elemento essencial da consensualidade e da celebração de um acordo, justamente o que ocorre no "perdão judicial" da colaboração.

O perdão judicial propriamente dito é ato unilateral, não sujeito sequer a aceitação do beneficiado, enquanto o "perdão judicial" da lei das organizações criminosas é totalmente bilateral, negociado e discutido.

Ademais, nos casos normais de perdão judicial não há prazo para o perdoado cumprir nenhuma medida, mostrar arrependimento ou demonstrar o merecimento à clemência, mas apenas uma sentença que concede unilateralmente a extinção da punibilidade (art. 107, IX, CP) e faz coisa julgada material, impedindo que o MP ofereça denúncia em face daquele mesmo fato.

Todavia, no caso do "perdão judicial" aqui estudado, o colaborador será denunciado junto com os demais integrantes da organização criminosa e responderá ao processo<sup>127</sup>, consoante lição de Cezar Roberto Bitencourt:

De qualquer modo, partindo-se de que o acordo de colaboração seja efetivamente homologado, a partir daí, o processo, que certamente seguirá

---

<sup>127</sup> Novamente no HC-STF 127483, o Ministro Dias Toffoli reconheceu que: "(...) havendo um acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4o, I a V, da Lei no 12.850/13, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados:

- a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Se não sobrevier nenhum desses resultados concretos para a investigação, restará demonstrado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador, e não se produzirá a consequência por ele almejada (aplicação da sanção premial)".



com a inclusão do colaborador na denúncia, poderá ser levado a cabo, com a instrução e a sentença, onde serão finalmente aplicáveis as medidas constantes do acordo homologado.

É que a natureza do acordo de colaboração premiada homologado - que é, sem dúvida, decisão - somente produzirá efeitos através da sentença, não gozando de qualquer autonomia. Porém, é indispensável que o "delator" tome conhecimento dos termos da homologação do acordo antes de prestar quaisquer declarações às autoridades, mesmo acompanhado de seu defensor.

Isto é de suma importância, porque os réus que eventualmente colaborarem no feito, podem, ao final, ser absolvidos ou ter extinta a punibilidade, gerando a perda de objeto do acordo homologado. De tudo isso se deduz que somente é possível a aplicação do acordo na sentença, o que se traduz na obrigatoriedade de que o colaborador responda ao processo, portanto, que seja denunciado. (BITENCOURT, 2014, p. 133).

Claro que este colaborador responderá ao processo de uma forma diferente, pois, se fez acordo e renunciou ao exercício de suas garantias processuais individuais (art. 4º, §§14 e 15)<sup>128</sup>, irá contribuir com o Ministério Público e não com a sua própria defesa, o que não retira a sua condição de réu, até porque a instrução deve corroborar a sua colaboração, que será definitivamente analisada e valorada na sentença.

Nessa linha, o art. 4º, §3º, que se aplica ao "perdão judicial", além de falar novamente no cumprimento das medidas da colaboração, também menciona a possibilidade de suspensão do prazo de oferecimento da denúncia em relação ao colaborador, o que demonstra que, ainda que depois de um prazo ou após algumas medidas, a denúncia deve ser oferecida mesmo àquele a quem foi oferecido no termo consensual o perdão judicial, já que, como disse Cezar Roberto Bitencourt acima, o acordo pode até perder o objeto ao final do processo.

Ainda nesse ponto, vale mencionar a confusa redação do art. 4º, §12<sup>129</sup>. Apesar do enunciado deixar novamente claro que o benefício do perdão e do não oferecimento da denúncia são diferentes, ao falar que mesmo nesses casos o colaborador "poderá ser ouvido em juízo" fica uma falsa impressão de que eles não participariam do processo.

Tal dispositivo, além de evidentemente desnecessário, já que os outros réus possuem o direito de arrolar qualquer colaborador como testemunha, de participar do seu interrogatório, ou de pelo menos ter acesso a todo o teor da colaboração (uma vez

<sup>128</sup> A única garantia que o acusado jamais poderá renunciar ao seu exercício é a de estar assistido por um advogado, pois está inserida não apenas no seu direito de defesa, mas, especialmente nesses casos de acordo em que não há defesa direta, na própria compreensão sobre o caráter ilícito do fato e as consequências do acordo (art. 6º, inciso III, parte final). Admitir um acordo sem advogado seria o mesmo que oferecer um acordo a alguém que não tem discernimento, seja por uma questão fática ou jurídica.

<sup>129</sup> Art. 4º. (...) §12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

que esses elementos serão usados como provas contra eles)<sup>130</sup>, incluiu equivocadamente o beneficiado pelo perdão judicial, na medida em que apenas o "não denunciado", como o próprio nome diz, não será efetivamente denunciado e, portanto, não participará do processo.

Talvez o intuito do legislador neste enunciado tenha sido justamente mostrar que o perdão judicial da lei das organizações criminosas é diferente daquele do Código Penal e por isso preferiu fazer essa menção expressa à necessidade do beneficiado pelo perdão ser denunciado, participar do processo e ser ouvido em juízo, o que não aconteceria no perdão judicial original.

No terceiro tipo de colaboração, pode ser que o MP, após a análise discricionária e ponderada do fato, do colaborador e da colaboração, entenda que não é caso de "deixar de oferecer a ação penal", nem de oferecimento de um benefício tão forte capaz de extinguir a punibilidade como o "perdão judicial", mas sim que o ideal seria "reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade", ou, já passando à quarta forma, "substituí-la por restritiva de direitos" (art. 4º, *caput*).

Assim, temos os quatro benefícios da colaboração premiada, sendo que o primeiro (deixar de oferecer a ação penal), evidentemente, apenas pode ocorrer durante as investigações, enquanto os três últimos (perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade e substituição por pena restritiva de direitos) podem ser aplicados tanto antes, como após o início do processo judicial<sup>131</sup>.

Ocorre que, caso esses benefícios sejam oferecidos pelo MP àquele que "tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação" (art. 4º, *caput*), teremos um acordo realizado com base em elementos de convicção colhidos em sede policial e não em provas produzidas sob o contraditório, mas que já poderá estipular

---

<sup>130</sup> O art. 6º, §2º, deixa claro que "o defensor, no interesse do representado", terá "amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa", sendo direitos do colaborador apenas ter a sua identidade e imagem protegidos, mas nunca as suas declarações, conforme os incisos II, III e IV, do art. 5º. Ademais, o não exercício do direito de defesa do colaborador não pode atingir a defesa dos demais corréus que não colaboraram, razão pela qual, como defende Gustavo dos Reis Gazzola, "deve, portanto, o delatado, por meio de advogado, poder contrastar as informações prestadas pelo delator no curso da própria relação processual, o que se dará pela possibilidade de perguntas, quer em audiência de interrogatório, quer em audiência designada para essa finalidade", sendo que, se a colaboração for fruto de prova em outro processo, "a delação será objeto de contraditório no processo a que eventualmente estiver respondendo o delatado, ou no mesmo em que se deu a delação, caso haja aditamento da denúncia (...)" (GAZZOLA, 2009, p. 180).

<sup>131</sup> Conforme a redação do art. 4º, § 5º (Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos), diverge a doutrina se a colaboração pode ser efetivada até o trânsito em julgado, ou mesmo durante a execução da pena.

como benefício uma determinada pena, que pode ser tanto restritiva de direito como até privativa de liberdade.

Com isso, em que pese o colaborador seja denunciado e participe do processo, como renunciará ao exercício pleno do seu direito de defesa (art. 4º, §14), o acordo extrajudicial irá estipular uma pena (restritiva de direitos ou privativa de liberdade) consensual, que depois será confirmada no processo.

Na medida em que haverá processo penal normal aos demais corréus não colaboradores, bem como que o colaborador deve cumprir as condições estabelecidas e ao juiz cabe, ao final, atribuir o devido valor às suas declarações, não se trata de um modelo em que o acordo estipula a pena e o processo se encerra automaticamente (ou nem se instaura), embora a expectativa do colaborador seja de cumprir aquela pena acordada com o MP.

Na prática, como vimos, o colaborador será denunciado junto com os outros réus, mas irá dispor da face subjetiva do seu direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, passando a participar do processo na qualidade de testemunha do MP (art. 4º, § 12).

De fato, haverá processo penal comum, mas apenas àqueles que não colaboraram, pois o colaborador não será réu propriamente dito, como se pode observar da leitura combinada e consecutiva de alguns parágrafos do artigo 4º<sup>132</sup>.

Dessa forma, o colaborador será denunciado como réu, mas na cota denuncial o MP deverá explicar ao juiz a sua condição de colaborador, bem como juntar o termo de colaboração, a fim de que o magistrado receba a denúncia e também prolate uma decisão homologando a colaboração (art. 4º, §§ 6º e 7º), com natureza de "provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve questão incidente" (Ministro Dias Toffoli, HC-STF 127483/2015).

Vale ressaltar que a homologação do acordo não é o mesmo que a sua

---

<sup>132</sup> Art. 4º. §6º. O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§7º. Realizado o acordo na forma do §6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§8º. O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

apreciação (art. 4º, §7º e §11). Na homologação, o juiz apenas analisa os requisitos formais do acordo (§8º), ou seja, sua adequação jurídica, enquanto na sentença irá realizar a habitual valoração das provas e formará a sua livre convicção, baseada no acordo e em tudo mais que tiver sido produzido durante o processo (§11)<sup>133</sup>.

Destarte, no caso da colaboração premiada oferecida antes do processo e em sede de investigação, se for negociada uma diminuição da pena privativa de liberdade ou uma medida restritiva de direitos, poderá haver pena sem o exercício de todas as prerrogativas ativas da ampla defesa e do contraditório ao colaborador, pois ele não irá se defender, nem produzirá provas em seu favor, mas assumirá a sua responsabilidade e irá dispor de suas garantias processuais individuais, tudo em troca de um benefício na sua pena e conforme o processo legal especial estabelecido na Lei 12.850.

Portanto, essa colaboração oferecida antes do processo e em sede de investigação policial se assemelha à remissão pré-processual e à transação, pois ocorre em um procedimento extrajudicial e a proposta será oferecida, apresentada e discutida entre o MP e o colaborador, cabendo ao juiz somente a sua homologação. A grande diferença de rito é que o colaborador também constará da denúncia como réu (o que não ocorre na remissão extrajudicial e na transação), embora não participe efetivamente do processo nessa condição, uma vez que terá uma conduta passiva, cabendo ao magistrado, por ocasião da sentença, valorar as provas e confirmar ou não o acordo.

Já a colaboração premiada durante o processo lembra a remissão processual e a suspensão condicional do processo, pois já haverá denúncia oferecida e aceita quando um dos réus decidir colaborar. A partir desse momento, o processo se suspende em face do colaborador (art. 4º, §3º), que fica sujeito às condições do acordo.

Seguindo no estudo da colaboração premiada, outras normas inseridas nos §§ 6º, 7º e 8º do artigo 4º merecem rápido destaque. Como já anunciado, nesses enunciados fica clara que a participação do juiz será apenas de homologar a proposta oferecida pelo MP e verificar a sua legalidade, mas sem adentrar no exame do mérito

---

<sup>133</sup> Inclusive, se o colaborador se retratar das suas declarações após a homologação do acordo, mas antes do trânsito em julgado, o processo será retomado contra o próprio, (art. 4º, §10, da Lei 12.850), sendo vedado, portanto, executar o acordo, o que ratifica que a homologação acontece em um momento (§7º), mas a apreciação propriamente dita ocorre apenas na sentença (§11).

das suas condições<sup>134</sup>.

Como o titular da ação penal pública é o MP, cuja iniciativa está sujeita ao seu exclusivo exame crítico de conveniência e oportunidade, o magistrado pode somente verificar a existência de vícios formais, sem imiscuir-se no teor valorativo da medida<sup>135</sup>.

Desse modo, se o juiz não participará das negociações e se a colaboração pode existir inclusive em sede de investigações, resta nítido que a expressão “adequá-la ao caso concreto”, disposta no §8º, também se refere aos vícios meramente formais e legais, mas não faculta ao magistrado, por exemplo, mudar entre perdão judicial, redução da pena ou substituição por pena restritiva de direitos, pois essas propostas, como vimos, estão não apenas inseridas no acordo, mas sim no bojo do exercício exclusivo da ação penal pelo MP.

Assim, se o juiz recusar a homologação da proposta por discordar do juízo de ponderação realizado pelo MP, deve aplicar analogicamente o artigo 28 do CPP, na medida em que, como a colaboração premiada tem a natureza de ação penal, apenas o promotor pode promovê-la<sup>136</sup>.

Nesse sentido, a leitura do §2º do artigo 4º deve ser combinada com o §8º do mesmo artigo, tendo em vista que, se o MP passar a entender que o perdão é o benefício mais adequado diante das circunstâncias do caso concreto, não pode o juiz simplesmente desconsiderar a nova escolha do MP e achar, por exemplo, exagerado o

---

<sup>134</sup> No julgamento da Pet 5.244/DF, na qual homologou o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef, o Ministro Teori Zavascki afirmou que: “Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 10, *k*, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. É dizer: não há, na ressalva, nada que possa franquear ao colaborador descumprimento do acordado sem sujeitar-se à perda dos benefícios nele previstos. O contrário, porém, não será verdadeiro: as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais”.

<sup>135</sup> Mais uma vez, o Ministro Dias Toffoli, no HC-STF 127483/2015, declarou que: “Nessa atividade de delibação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores. (...) Em outras palavras, a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”.

<sup>136</sup> Não concordamos com a opinião de Nucci, ao declarar que: “Há dois caminhos: homologar o acordo, que produzirá todos os seus jurídicos efeitos, previstos na Lei 12.850/2013; indeferir a homologação, porque não atende aos requisitos legais ou pode adequá-la ao caso concreto (conceder um benefício em lugar do outro). (NUCCI, 2015, p. 68).

favor oferecido. Caberá ao magistrado, então, invocar o artigo 28 do CPP, pois a alteração do benefício oferecido na colaboração equivale ao aditamento de uma denúncia, já que ambos possuem a natureza de ação penal.

Entretanto, ao final do processo e por ocasião da sentença, "o juiz apreciará os termos do acordo homologado" (§11), ou seja, confrontará o teor da palavra do colaborador (que, para Cezar Roberto Bitencourt, está no "patamar de mero indício probatório") com as demais provas e deve ponderar todo o material produzido em contraditório.

Daí também se extrai que o acordo não constitui direito subjetivo do imputado, mas mera expectativa de direito, podendo evidentemente apelar de uma sentença que desconsidere o valor de suas palavras (ainda que tenha pactuado pelo não exercício do direito recursal, até porque, nesse caso, além desta cláusula ser ilegal, conforme jurisprudência do STF referida anteriormente, o acordo teria perdido sua finalidade, deixando de haver a necessidade de cumprimento das condições fixadas).

Aliás, ao se observar com atenção os resultados que devem advir da colaboração para que o benefício seja concedido na sentença (art. 4º, incisos I a V), constata-se que todos possuem uma margem de subjetivismo para considerar o seu adimplemento ou não. Por exemplo, se durante o processo ficar comprovada a presença de outras pessoas na organização criminosa que não foram elencadas pelo colaborador, embora soubesse da sua existência? Ou se a estrutura hierárquica e a divisão das tarefas forem diferentes das narradas pelo colaborador? Ou, ainda, o que a lei entende como "integridade física preservada" da vítima (sem nenhuma lesão grave por ocasião do encontro)?

De fato, embora o colaborador se arrisque e tenha uma legítima expectativa de ser beneficiado justamente por essa conduta, o Estado não pode dar essa garantia de que os fatos narrados no acordo serão, ao final do processo, tratados como verdade absoluta na sentença.

Não se pode esquecer que quem está fazendo o acordo é a mesma pessoa que traiu a organização criminosa a que pertencia (ou pertence?), não podendo o Estado ser ingênuo e achar que agora também não corre o risco de estar sendo traído pela mesma pessoa.

Outrossim, o termo do acordo possui um peso menor e relativizado às demais provas produzidas, na medida em que "nenhuma sentença condenatória será proferida

com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" (art. 4º, §16).

De fato, nas palavras de Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero<sup>137</sup>:

(...) a vigência do consenso no processo penal afeta o direito fundamental à presunção da inocência; por essa razão, embora a renúncia para exercer o direito da defesa seja legítima (e consequentemente, é legítimo que a lei lhe conceda determinadas consequências legais), em um outro nível diferente e preeminente se situa a presunção de inocência, por meio da qual a carga da prova corresponde ao Estado, de tal maneira que a única declaração do criminoso não pode ser considerada suficiente para desvirtuar aquela. Em outras palavras, a conformidade do processado com as posições formuladas não deve gerar da maneira automática a determinação de sua culpabilidade, já que ao Estado corresponde a prova. (HERRERA GUERRERO, 2010, p. 13/14).

Realmente, além da palavra do colaborador não desonerar a responsabilidade do MP na produção da prova acusatória (inclusive contra o próprio colaborador), essa atribuição do promotor fica ainda mais importante na medida em que se estabeleceu uma exceção à regra da isonomia do valor entre as provas<sup>138</sup> e se considerou que a palavra do colaborador não possui o mesmo peso das demais e, assim, não é suficiente, por si só, a ensejar um juízo condenatório.

Vale mencionar importante destaque de Gustavo Badaró no sentido de que, como alertado no HC-STF 127483/2015 pelo Ministro Dias Toffoli, "para fins de corroboração das declarações heteroinculpatórias do agente colaborador, não são suficientes, por si só, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador", ou seja, a colaboração cruzada não serve para embasar um juízo condenatório:

A lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas...

Mas uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdos concordes. É o que se denomina *mutual corroboration* ou corroboração cruzada. Ou seja, o

<sup>137</sup> (...) la vigencia del consenso en el proceso penal afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia; por ello, si bien la renuncia a ejercer el derecho de defensa es legítima (y por ende, es legítimo que la Ley le conceda determinadas consecuencias jurídicas), en otro nivel distinto y preeminente se sitúa la presunción de inocencia, por la cual, la carga de la prueba le corresponde al Estado, de tal modo que la sola declaración del reo no puede considerarse suficiente para desvirtuar aquélla. En otras palabras, la conformidad del procesado con los cargos formulados no debe generar de modo automático la determinación de su culpabilidad, ya que es al Estado al que corresponde probarla.

<sup>138</sup> Pelo sistema de avaliação de provas do livre convencimento motivado, toda prova possui o mesmo valor em tese, devendo o magistrado, por ocasião da sentença, atribuir o peso concreto de cada uma de acordo com a lei e a sua convicção sobre os fatos e as respectivas responsabilidades - art. 155 do CPP.

conteúdo da delação do corréu A, imputando um fato criminoso ao corréu B, ser corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a B.

Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada ‘impura’, o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho.

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade?

Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas (BADARÓ, 2015, p.26-29).

Ainda nesse ponto, e lembrando da definição da natureza jurídica da colaboração como forma de exercício da ação penal, cabe asseverar que, por ocasião da sentença, não poderá o juiz, além de alterar o benefício acordado, concedê-lo sem ser solicitado pelo MP, razão pela qual não concordamos com a doutrina de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, ao afirmarem que:

(...) embora o dispositivo relacione os legitimados para o pedido de concessão do perdão (as partes mediante requerimento e do delegado de polícia por meio de requisição), nada impede que o juiz, de ofício, conceda a mercê. É dizer: o Magistrado não fica vinculado, nesse aspecto, ao pedido ou requisição das partes, podendo optar, livremente, no ato privativo de sentenciar, pela concessão do perdão judicial. Ora, se o favor legal pode mesmo ser concedido ex officio, não vemos razão, com a devida vênia, para impedi-lo apenas porque sugerido mediante representação da autoridade policial (CUNHA; PINTO, 2014, p. 54).

Nota-se que a conclusão a que os colegas mineiros chegaram<sup>139</sup> se deve ao fato de terem interpretado o perdão judicial da colaboração premiada como aquele previsto no Código Penal, o que já demonstramos não ser verídico.

<sup>139</sup> Em sentido semelhante, Afrânio Silva Jardim, na já referida teste em Congresso, concluiu que: "2.4. Desta maneira, impõe-se interpretar a lei de modo a não impedir que o juiz possa aplicar a pena que mais se aproxime de sua convicção, já que está vinculado pelo acordo das partes, podendo até conceder o perdão judicial. Não podem as partes, via acordo, obrigar o magistrado a uma sentença que ele repudia, a uma entrega da prestação jurisdicional exigida por um órgão do Ministério Público e um membro da organização criminosa. 2.5. Em outras palavras, um membro do Ministério Público não pode ter o poder de obrigar o órgão jurisdicional a conceder um perdão a quem, dentro de uma organização criminosa, praticou crimes gravíssimos... Note-se que, não podendo o juiz deixar de homologar o acordo em razão de avaliação de seu mérito, tal absurda benesse fica sem qualquer controle. Em nenhum país do mundo, encontramos tal aberração. Qualquer que seja a gravidade dos crimes, as “partes contratantes” estão obrigando o juiz a aplicar tal sanção ou a não aplicá-la (perdão judicial)".



Nesse sentido, o magistrado deve reconhecer o benefício oferecido, ou negar a contribuição do colaborador e invalidar o acordo celebrado com o MP, já que não tem legitimidade, por exemplo, para conceder o perdão ao invés da diminuição da pena privativa de liberdade, ou vice versa.

No mais, no que tange à autonomia do MP na colaboração premiada, um dos pontos mais instigantes da nova lei é o seu artigo 6º<sup>140</sup>. Repara-se que não há uma definição sobre os limites das cláusulas que podem ser previstas em acordo, ou seja, após enunciados que deixaram clara a falta de competência do magistrado para interferir na proposta do MP e nas condições do colaborador, o artigo 6º fortalece a liberalidade e a disponibilidades das partes ao não estipular nenhuma restrição ao termo<sup>141</sup>.

Como se pode observar das cláusulas dos referidos acordos, o MPF garantiu aos colaboradores que eles não serão alvo de outros processos e inquéritos sobre os mesmos fatos narrados nos acordos (salvo de cunho administrativo e tributário), o que inclui, por exemplo, a ação civil pública, a ação civil pública por ato de corrupção e a

---

<sup>140</sup> Art. 6º. O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

<sup>141</sup> Para ilustrar bem o problema, vale a referência a trechos dos Termos de Colaboração Premiada celebrados por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, no recente caso de corrupção na Petrobrás.

Acordo Alberto Youssef: Cláusula 5a: I. a aplicação ao COLABORADOR de penas privativas de liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultem em, no mínimo, 30 (trinta) anos de reclusão. II. logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatória que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao COLABORADOR de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante a 13a Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos. §8o. Os benefícios previstos nessa cláusula, assim como os demais previstos em outros dispositivos do presente acordo de colaboração, não abrangem fatos ilícitos posteriores a 17 de março de 2014. §10o. Após a homologação judicial desse acordo e a pedido do COLABORADOR, o Ministério Público Federal expedirá certidão atestando a existência da presente colaboração, a qual somente poderá ser por ele utilizada para instruir processos que, não obstante já estejam em curso em seu desfavor, não estão contemplados no acordo ora celebrado.

Acordo Paulo Roberto Costa: Cláusula 5a: II. Promoverá o arquivamento de fatos novos em relação ao acusado trazidos pelo colaborador em relação aos quais não exista, na data do acordo, nenhuma linha de investigação em qualquer juízo ou instância. Cláusula 8a, §8o. Os benefícios não abrangem fatos ilícitos posteriores à data do acordo, em qualquer hipótese, nem fatos anteriores que sejam (estes últimos) completamente dissociados do objeto deste acordo. §9o. Os benefícios propostos não eximem o colaborador de obrigações ou penalidades de cunho administrativo e tributário, eventualmente exigíveis. (grifamos)

ação de improbidade administrativa, questões que seriam de atribuição de outros órgãos do MP e de competência de diferentes juízos.

Além disso, no citado acordo, foram disciplinadas cláusulas sobre: tempo de cumprimento de pena, regime de cumprimento de pena, local de cumprimento de pena, progressão de regime de cumprimento de pena, renúncia aos direitos de não autoincriminação e renúncia ao direito de recurso (sendo que está última foi declarada ilegal, conforme já observamos).

Verifica-se, então, uma ampla autonomia das partes na disponibilidade das cláusulas e dos efeitos de um acordo de colaboração premiada, não apenas dentro do próprio processo em que o termo foi celebrado, mas também sobre outros de competências totalmente diferentes.

Inclusive, o STF reconheceu, no HC 127483/PR, que "o acordo de colaboração pode dispor sobre questões patrimoniais relacionadas ao proveito auferido pelo colaborador com a prática dos crimes a ele imputados"<sup>142</sup>, ou seja, pode ser combinado pelo MP que uma parte do dinheiro proveniente da atividade ilícita continue com o colaborador.

Desse modo, parece que não ter um padrão foi justamente o modelo que se

---

<sup>142</sup> Declarou o Ministro Dias Toffoli, ainda, que: "Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, "c", do Código Penal, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma interpretação teleológica das expressões "redução de pena", prevista na Convenção de Palermo, e "mitigação de pena", prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, enquanto abrandamento das consequências do crime, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação. Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas "as medidas adequadas para encorajar" formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime), parece-me lícito, sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador dentre as "condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia" (art. 6o, II, da Lei no 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa. Aliás, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), a fortiori, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (art. 91, II, "b", do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7o, I, da Lei no 9.613/98)". (...) Ora, se um dos objetivos do programa de proteção é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação. Em suma, não soa desarrazoado que o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé".

quis instituir, a fim de que uma ampla liberdade incentivasse mais acordos.

## 4. CONCLUSÃO

Doravante, com a ampla autonomia das partes e a falta de limites padronizados, poderemos ter uma disparidade no que se refere à interpretação e utilização dos acordos criminais, principalmente da colaboração premiada.

Outrossim, pelo que estudamos, todos os métodos de solução negociada de conflitos reconheceram a discricionariedade como critério de orientação da atividade do MP, o que também acena com a possibilidade de falta de padronização na possibilidade de oferecimento e nas respectivas propostas de acordos.

Como vimos, claro que não se trata de uma discricionariedade absoluta, muito menos de uma arbitrariedade, pois o MP deve sempre estar atrelado ao cabimento da aplicação dos acordos legais nas suas respectivas hipóteses de incidência, bem como deve fundamentar suas escolhas e submetê-las à homologação do magistrado, que pode controlar diretamente caso vislumbre uma ilegalidade, bem como submeter ao reexame pela própria chefia institucional do Ministério Público, caso discorde da discricionariedade (art. 28 CPP).

Contudo, o controle externo pelo Judiciário não tem por finalidade padronizar acordos de atribuição exclusiva do MP, o que somente seria viável dentro de um sistema interno ao próprio Ministério Público.

De fato, prevê a Constituição, no art. 130-A, §2º, inciso I, que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Todavia, mais do que meramente regulamentar atos normativos ou recomendar providências aos seus membros no âmbito da sua atividade administrativa, exerce o MP uma função reguladora do processo penal consensual, na medida em que tem a legitimidade exclusiva para definir o "interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito nas relações sujeitas à regulação", que, por sua vez, ocorre em um campo de atuação em que, conforme Diogo de Figueiredo:

(...) não existindo um interesse público específico legalmente predefinido, todos os interesses em conflito ou potencialmente conflitivos admitem ser legitimamente ponderados e até negociados, o que patenteia a existência de uma ampla disponibilidade relativa para o exercício judicativo extrajudicial da função reguladora, não só pela conciliação e mediação, que são sempre possíveis, como pela via do arbitramento (MOREIRA NETO, 2003, p. 107/109/111).

Não se trata, evidentemente, de chamar o Ministério Público de uma agência reguladora, mas sim de reconhecer que, ao ter a legitimidade exclusiva para oferecer os acordos penais, exerce a regulação dessa atividade, pois sua capacidade de regulamentação extrapola questões administrativas internas e o legitima a editar atos normativos secundários que podem definir o modelo de procedimento do processo penal consensual.

Falar do MP como regulador dos acordos penais, portanto, não significa tratar do processo penal consensual como atividade econômica, mas apenas abandonar a ultrapassada concepção do suposto princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e entender que o Estado precisa se preocupar com a melhor forma de solução de uma disputa de interesses, ou seja, aquela que gere menor ônus para todas as partes, o que pode ser alcançado com a valorização da autonomia das vontades e a ponderação de todos interesses em conflito.

Aliás, a atividade de regulação requer a necessidade de se conferir ao responsável independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica, ou seja, requisitos que se alinham perfeitamente às características institucionais e funcionais do Ministério Público e o legitimam como órgão apropriado para exercer essa função.

Destarte, dentro de um panorama de valorização do papel das partes, uma das opções para minimizar o problema da ausência de padronização e, conseqüentemente, da desigualdade no oferecimento dos acordos penais, seria a autorregulação pelo próprio MP, cabendo preferencialmente ao Conselho Nacional do Ministério Público e subsidiariamente a todas as unidades do Ministérios Públicos, o exercício de suas atribuições para regulamentar atos normativos que disponham sobre métodos consensuais de solução de conflitos, o que promoveria a regulação da atividade consensual dos promotores e, indiretamente, a regulação das atividades públicas e privadas em que o MP atua.

Inclusive, mesmo nos EUA, onde a legitimidade da decisão personalíssima de escolha do promotor público é mais ampla<sup>143</sup> e inexistente controle da sua

---

<sup>143</sup> Frederico Valdez Pereira alerta que: "Para explicitar as diferenças, basta visualizar as possibilidades existentes nos ordenamentos jurídicos da *common law* para premiar a colaboração dos acusados, incentivando a prática dos arrependidos mediante promessas de sentenças benévolas. Para além da hipótese mais comum dos *plea agreements*, que acompanham um *guilty plea*, há também a possibilidade de se retirar a acusação (*nollo prosecute*); de não se apresentar provas em juízo, de modo a alcançar-se a absolvição (*offering no evidence*) ou ainda de conceder imunidade ao *accomplice evidence*. São todas alternativas de que dispõem o órgão de acusação nos país anglo-saxões para obter colaborações de coautores de crime tornando a discricionariedade quase ilimitada, conjuntamente com a amplitude de poderes do *prosecutor*, o pano de fundo o qual se deve refletir sob o instituto no âmbito

atividade<sup>144</sup>, busca-se uma padronização para o exercício dessa discricionariedade e para a fixação de limites éticos da colaboração, a fim de se fortalecer o seu grau de credibilidade e valor probatório<sup>145</sup>.

Porém, entre as Resoluções e Recomendações do CNMP, não encontramos nenhum ato que regulamente um mecanismo de solução consensual de conflitos penais (remissão, transação, suspensão condicional do processo e acordo de colaboração premiada), embora a Resolução n° 118, que institui a política de autocomposição pelo MP, reconheça essa necessidade<sup>146</sup>.

Tal ato normativo, que dispõe sobre políticas administrativas de incentivo à autocomposição e admite que o CNMP poderá, dentre outras atividades, "promover publicações sobre negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos" (art. 6º, inciso V), não traça nenhum parâmetro para essas medidas, se resumindo a conceituar as práticas de conciliação.

Em sentido oposto, bom exemplo da criação de um modelo de manifestação dos membros do MP na área criminal, com previsão de cláusulas essenciais, são os pedidos de interceptações telefônicas, previstos na Res. n° 36/2009/CNMP. Nesse ato

---

do direito estadunidense, contexto bem diverso do vivenciado nos países de *civil law*. Conjuntura de *common law* que inclui, à diferença do modelo continental, a possibilidade de aplicação da penalidade com base apenas na confissão do investigado, fazendo com que "*this non trial system*" assumisse a condição de procedimento regular usual, em substituição ao "*trial procedure envisaged by the Framers*".

<sup>144</sup> De acordo com Joan E. Jacoby: (...) como ele foi um oficial eleito com poderes discricionários dados pela constituição ou por uma lei, suas decisões não são passíveis de revisão (JACOBY, 1980, p. 29) (tradução livre). "(...) *because he was an elected official given these discretionary powers by the constitution or by state statute, his decisions were virtually unreviewable*".

<sup>145</sup> No âmbito da Justiça Federal dos EUA, o *United States Attorneys Office* criou o *U.S. Attorneys Manual*, com a proposta de que "o manual forneça apenas orientação interna ao Departamento de Justiça. Não se destina a criar direitos, substantivos ou processuais, nas atividades persecutórias de qualquer das partes, seja em matérias cíveis ou criminais. As limitações nele inseridas também não criam prerrogativas litigiosas contra o Departamento de Justiça". ([http://www.justice.gov/usao/eousa/foia\\_reading\\_room/usam/](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/)) (tradução livre). "*The Manual provides only internal Department of Justice guidance. It is not intended to, does not, and may not be relied upon to create any rights, substantive or procedural, enforceable at law by any party in any matter civil or criminal. Nor are any limitations hereby placed on otherwise lawful litigative prerogatives of the Department of Justice*".

<sup>146</sup> Resolução n° 118/CNMP: Considerando que na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei no 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei no 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei no 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei no 8.072/1990, artigo 80, parágrafo único, e a Lei 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal, em que seja necessária a atuação do Ministério Público.

normativo, trata-se além do trâmite procedimental da representação cautelar para quebra de sigilo telefônico, na medida em que há dispositivos sobre o conteúdo imprescindível dessas manifestações<sup>147</sup>.

Ora, se foi criado um modelo de quebra de sigilo telefônico, seguido obrigatoriamente pelos membros do *Parquet*, por que não poderia ser feito o mesmo com um acordo de colaboração premiada, ainda que com cláusulas essenciais e facultativas, mas com propostas de parâmetros razoáveis?

Outro exemplo interessante onde o CNMP se aproximou da sua capacidade de regulamentar atos normativos e regular a atividade de seus membros foi a Resolução nº 23/2007, que dispõe sobre o Inquérito Civil, procedimento investigatório da ação civil pública.

De fato, trata-se de ato normativo que orienta a atividade inquisitória do MP, sendo que, como as normas lá dispostas se referem à criação de um procedimento de tramitação dos inquéritos civis, sua natureza é eminentemente administrativa e relacionada à atividade meio do MP, razão pela qual não violam a independência funcional do promotor e devem obrigatoriamente ser seguidas, pois, de acordo com Carlos Roberto Jatahy, "os membros do Ministério Público estão sujeitos a recomendações dos Órgãos da Administração Superior" (JATAHY, 2008, p. 133).

No entanto, na própria Resolução sobre o Inquérito Civil, quando chega justamente no momento de tratar sobre os termos de ajustamento de conduta, volta-se apenas a conceituar o instituto<sup>148</sup>.

Evidentemente que, se quisesse esmiuçar pontos controvertidos sobre o TAC e propor parâmetros para sua aplicação, a Resolução, nessa parte, poderia não ter

---

<sup>147</sup> Res. nº 36/CNMP: Art. 4º O pedido feito ao juízo competente da ação principal, por membro do Ministério Público em procedimento de investigação criminal ou na instrução do processo penal, deverá conter, no mínimo:

I – a fundamentação do pedido e a documentação necessária;

II - a indicação dos números dos telefones a serem interceptados, e/ou o nome do usuário, a identificação do e-mail, se possível, no caso de quebra de sigilo de informática e de telemática, ou, ainda, outro elemento identificador no caso de interceptação de dados;

III – o prazo necessário da interceptação requerida;

IV – a indicação dos titulares dos referidos números;

V – os nomes dos membros do Ministério Público, também responsáveis pela investigação criminal, e dos servidores que terão acesso às informações.

<sup>148</sup> Resolução nº 23/CNMP: Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

força cogente, mas meramente recomendatória em algumas partes, diante da independência funcional dos membros do Ministério Público (art. 127, §1º, da CRFB/88), o que, embora retirasse a obrigatoriedade em seu cumprimento, não afastaria a importância de seu tratamento e da sua padronização.

Vale ressaltar que, quando a nossa Constituição fala, em seu art. 130-A, §2º, inciso V, que cabe ao CNMP “elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho”, também demonstra a relevância de se ter um estudo com dados sobre aquelas atividades do MP que, no Brasil continental, podem ser destoantes, a fim de se buscar uma unidade e padronização.

Nessa linha, percebendo como fatos semelhantes recebem tratamentos diferentes e até contraditórios ao redor do país, as *guidelines* do Departamento de Justiça dos EUA, apesar de possuírem natureza meramente recomendatória, buscam uniformizar e padronizar a interpretação das atividades dos promotores que atuam na justiça federal norteamericana sobre certos temas controvertidos, inclusive os acordos.

Outrossim, ultrapassado o momento de absorção da colaboração premiada em nosso ordenamento jurídico e, quem sabe, amadurecido através da edição de atos regulamentares, pode-se pensar em levar a aplicabilidade desse acordo penal a qualquer crime cometido em concurso de pessoas, revogando-se as delações premiadas previstas nas legislações especiais referidas e uniformizando-se e padronizando-se todos esses institutos, tendo em vista não ser lógico que, em se tratando de organização criminosa, o benefício legal seja superior à hipótese de crime cometido sem essa característica.

Inclusive, cabe frisar que essa ampliação da incidência da colaboração premiada não traria ao Brasil os perigos relacionados aos limites dos *plea agreements* nos EUA, tendo em vista que, diferentemente daqui, lá os acordos podem ser aplicados a imputados individuais (ou seja, não precisa ser em atividade de organização criminosa, quadrilha ou sequer em concurso de pessoas) e lá se permite a negociação da pena privativa de liberdade sem processo penal algum, em acordo celebrado entre o promotor e o imputado e apenas homologado pelo juiz, sem qualquer produção de prova em contraditório e baseado somente nos elementos da investigação.

Aliás, no que se refere os crimes cometidos por apenas uma pessoa, nosso ordenamento já possui as modalidades de acordo que entendeu conveniente, ou seja, a



remissão, a transação e a suspensão condicional do processo, aplicadas, conforme a nossa política criminal, a fatos menos graves (além do arrependimento posterior - art. 16 do CP).

Por fim, se a intenção for realmente de fortalecimento de um processo penal consensual e de valorização do papel das partes, ninguém deve sofrer mais atenção do que a defesa técnica. Trata-se de elemento essencial para que essa engrenagem funcione e de parcela indisponível do direito fundamental à ampla defesa, seja em sua perspectiva subjetiva ou objetiva, pois será quem irá indicar o acordo penal como a melhor alternativa ao imputado no caso concreto, além de ser o elo entre a avaliação da proposta com a discussão sobre os interesses do seu cliente.

De tão importante que é não apenas a presença, mas principalmente a qualidade da defesa técnica, a própria Suprema Corte dos EUA já se manifestou que, para ter validade, a assistência jurídica, em homenagem à Sexta Emenda da Constituição estadunidense, deve ser efetiva, o que embora não signifique perfeita, nem imune de críticas ou da falta de avaliação sobre alguma circunstância de interesse do seu cliente, não pode ensejar a ele um prejuízo concreto no sentido de que, se o erro não tivesse ocorrido, o resultado processual seria diferente<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> U.S. Supreme Court - *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984)

(...) O direito a advogado previsto na Sexta Emenda é o direito à assistência efetiva do advogado e o valor de referência para julgar qualquer alegação de ineficácia deve ser se a conduta do advogado prejudicou tanto o bom funcionamento do processo contraditório que não se pode confiar no julgamento como produção de um resultado justo; (...) 2. A alegação de um réu condenado de que a assistência do advogado foi tão defeituosa que exige a anulação de uma condenação ou o afastamento de uma sentença de morte requer que o réu mostre, em primeiro lugar, que o desempenho do advogado foi deficiente e, em segundo, que o desempenho deficiente prejudicou a defesa a fim de privar o réu de um julgamento justo; a) O padrão adequado para julgar o desempenho do advogado é o de assistência razoavelmente eficaz, tendo em conta todas as circunstâncias. Quando um réu condenado reclama da ineficácia da assistência do advogado, o réu deve mostrar que a representação do advogado foi abaixo de um objectivo padrão de razoabilidade. O controle judicial do desempenho do advogado deve ser altamente atencioso, e uma avaliação justa do desempenho do advogado exige todos os esforços para eliminar os efeitos de distorção da visão retrospectiva, para reconstruir as circunstâncias que o advogado enfrentou nas suas condutas e para avaliar a conduta do advogado conforme a sua perspectiva naquele momento. O tribunal deve presumir que a conduta do advogado cai entre a grande selecção de razoável assistência profissional. (...) b) No que diz respeito à apresentação necessária do prejuízo, a norma adequada requer que o réu mostre que existe uma probabilidade razoável, por erros não profissionais do advogado, o resultado do processo teria sido diferente. Uma probabilidade razoável é uma probabilidade suficiente para minar a confiança no resultado. Uma audiência de uma alegação de ineficácia deve considerar a totalidade das provas antes do juiz ou júri. (tradução livre)

(...) 1. The Sixth Amendment right to counsel is the right to the effective assistance of counsel, and the benchmark for judging any claim of ineffectiveness must be whether counsel's conduct so undermined the proper functioning of the adversarial process that the trial cannot be relied on as having produced a just result. (...) 2. A convicted defendant's claim that counsel's assistance was so defective as to require reversal of a conviction or setting aside of a death sentence requires that the defendant show, first, that counsel's performance was deficient and, second, that the deficient performance prejudiced

Isto posto, é possível enumerar as seguintes conclusões deste trabalho:

1. o Ministério Público é um órgão do Estado que exerce atividade de natureza administrativa, com capacidade para intervir na atuação da administração pública (seja direta ou indireta) e do Poder Legislativo, bem como de impulsionar o Poder Judiciário e de limitar direitos e liberdades dos particulares, sempre em favor do interesse da coletividade;
2. a Constituição de 1988 incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), sendo a promoção da ação penal pública uma das atividades-meio para atingimento daquelas finalidades institucionais do *Parquet*;
3. os membros do Ministério Público são agentes políticos e não podem agir pautados por determinações impositivas de autoridades superiores, mas sim segundo as suas próprias convicções, despidos de vinculações que não sejam aquelas decorrentes do seu conhecimento jurídico e do compromisso com a realidade social, através do exercício independente de suas funções;
4. no exercício de suas atividades, os membros do Ministério Público devem ponderar todos os valores socialmente relevantes no caso concreto, sendo incorreto se buscar uma correspondência direta entre uma função institucional e um respectivo direito ou garantia;
5. trata-se de uma decisão política de qualquer Estado a escolha entre o momento, a forma e a atribuição do órgão responsável por decidir se determinado fato é penalmente relevante ou não para a sociedade, ou seja, o Estado pode exercer essa escolha previamente através da lei, obrigando o acusador ao exercício da ação penal sempre que houver um crime em tese previsto, ou resolver postergar a capacidade de

---

*the defense so as to deprive the defendant of a fair trial. (a) The proper standard for judging attorney performance is that of reasonably effective assistance, considering all the circumstances. When a convicted defendant complains of the ineffectiveness of counsel's assistance, the defendant must show that counsel's representation fell below an objective standard of reasonableness. Judicial scrutiny of counsel's performance must be highly deferential, and a fair assessment of attorney performance requires that every effort be made to eliminate the distorting effects of hindsight, to reconstruct the circumstances of counsel's challenged conduct, and to evaluate the conduct from counsel's perspective at the time. A court must indulge a strong presumption that counsel's conduct falls within the wide range of reasonable professional assistance. (...) (b) With regard to the required showing of prejudice, the proper standard requires the defendant to show that there is a reasonable probability that, but for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different. A reasonable probability is a probability sufficient to undermine confidence in the outcome. A court hearing an ineffectiveness claim must consider the totality of the evidence before the judge or jury.*

decidir se promove uma ação penal ou não em face de critérios discricionários concretos, através do órgão legitimado para essa atividade;

6. a legalidade não se opõe à discricionariedade, pois não há nela um comando impositivo de se punir sempre, mas somente uma ordem restritiva de não punir aquele que não cometeu um fato previamente definido como crime, sendo um limite ao *jus puniendi* do Estado;

7. deve haver uma integração valorativa entre a legalidade e o efetivo exercício da decisão de promoção da ação penal, pois, enquanto a primeira é estática, abstrata, objetiva, geral e anterior ao fato, a segunda possui caráter dinâmico, subjetivo e concreto;

8. a discricionariedade é uma opção política legítima de qualquer Estado e não se contrapõe ao sistema acusatório de processo penal;

9. o Ministério Público não está atrelado a um suposto interesse público absoluto e presumido de pedir a punição sempre que constatar a prática de um crime, pois deve reconhecer outros valores também incidentes no caso concreto;

10. a decisão de propor ou não uma ação penal significa a administração do mais preponderante interesse coletivo no caso concreto;

11. a escolha administrativa busca reconhecer a incapacidade da lei de prévia, abstrata e genericamente solucionar conflitos complexos, mas também visa a impor limites às decisões do Estado;

12. a forma de iniciativa da ação penal deve ser coerente com o modelo constitucional da respectiva instituição legitimada para essa atribuição;

13. o tempo verbal não tem o condão de caracterizar a adoção da discricionariedade ou da obrigatoriedade como definidoras dos parâmetros de atuação do MP, pois o que importa na atividade de interpretação da lei é o sentido da norma e a sua compatibilização com o sistema na qual está inserida;

14. a discricionariedade é o critério de orientação do exercício das funções do Ministério Público, inclusive da promoção da ação penal pública, através de uma ponderação com outros valores que incidem no caso concreto;

15. sistema acusatório e modelo adversarial não são sinônimos e nem antíteses;

16. a Constituição de 1988 incorpora tanto essa ausência de contrariedade, como a capacidade de criação de um método de persecução criminal próprio ao nosso ordenamento jurídico ao prever o sistema acusatório e o modelo adversarial, na

medida em que estabelece as garantias processuais individuais ao imputado, mas faz expressa menção à transação nos crimes de menor potencial ofensivo;

17. os direitos fundamentais não são absolutos e devem ser ponderados entre si para se definir qual, no caso concreto, terá atribuído o maior peso;

18. os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, ou seja, uma dimensão subjetiva, como direito subjetivo individual do cidadão em face do Estado (ou de um terceiro), e outra objetiva, como valores objetivos fundamentais que a comunidade possui interesse em respeitar e concretizar;

19. a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais restringe o respectivo direito fundamental no seu âmbito individual àquilo que estiver de acordo com o interesse coletivo e gera fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos como uma ordem ao Estado para que cumpra sua obrigação de concretizar, realizar e proteger os direitos fundamentais no exercício de todas as atividades de cada um de seus órgãos;

20. o legislador pode operar uma ponderação e editar normas infraconstitucionais que limitem o exercício dos direitos fundamentais, desde que sem conceituá-los (pois isso já foi feito pelo constituinte originário) ou restringi-los excessivamente (atividade de ponderação entre princípios), bem como preservando um núcleo essencial (aqui considerado em ambas as suas perspectivas, objetiva e subjetiva);

21. o ato do imputado que opta pelo acordo criminal não leva à extinção dos seus direitos fundamentais e não tem o caráter de definitividade e permanência, retratando apenas uma escolha que pareceu melhor naquelas circunstâncias e sob aquelas condições pactuadas, sendo certo, ainda, que pode ser revogado, seja em virtude de uma ilegalidade, ou especialmente pelo arrependimento (desde que, é claro, no tempo adequado, o que irá variar dependendo da forma de acordo);

22. o imputado que celebra um acordo criminal manifesta a sua personalidade e exerce livremente os seus direitos fundamentais ao preferir não utilizá-los através de atos que busquem negar a sua responsabilidade no evento investigado;

23. a renúncia ao exercício de certos mecanismos, meios e estratégias de defesa ao se celebrar um acordo pode significar, na verdade, a melhor maneira que o imputado vislumbrou para proteger os seus interesses, razão pela qual, se fosse proibida, o efeito seria contrário, isto é, o direito fundamental não estaria sendo observado e as consequências na sua esfera de responsabilidade penal poderiam ser piores;

24. a remissão extrajudicial não significa arquivamento;

25. a remissão possui a natureza jurídica de acordo;

26. a escolha entre a remissão e a representação é uma discricionariedade do promotor, mas não pode ser aleatória, nem arbitrária, devendo começar pelo exame do cabimento do oferecimento da proposta de remissão para, somente depois, em caso justificado de impossibilidade, apresentar a representação;
27. na remissão extrajudicial, o promotor deve oferecer o acordo, inclusive com a previsão da devida medida socioeducativa pertinente e adequada, cabendo ao magistrado a sua homologação, ou a aplicação do artigo 28 do CPP;
28. o magistrado não pode oferecer a remissão, nem inovar ou alterar a medida socioeducativa oferecida, em virtude de ser atribuição exclusiva do MP;
29. na remissão extrajudicial, o devido processo legal se consubstancia no procedimento legal especial do ECA;
30. a proposta de transação penal possui natureza jurídica de exercício da ação penal;
31. o procedimento preliminar da Lei 9.099 é o devido processo legal para a imposição de uma transação penal;
32. o oferecimento da proposta de transação é uma discricionariedade do promotor;
33. o imputado não possui o direito subjetivo a receber uma proposta de transação, mas apenas de exigir que a possibilidade de oferecimento de uma transação seja analisada e motivada pelo promotor;
34. as medidas impostas pela transação possuem a natureza de sanção penal;
35. a sentença que homologa a transação possui natureza condenatória e faz coisa julgada formal e material, razão pela qual, se for descumprida, deve ser executada;
36. a suspensão condicional do processo tem a natureza jurídica de ação penal, sendo um acordo em que o MP pode deixar de seguir com a ação penal originalmente proposta para adotar outra forma de ação penal, consubstanciada através de um processo penal especial e sem a finalidade de impor uma condenação;
37. o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo é uma discricionariedade do promotor;
38. as medidas impostas pela suspensão condicional do processo possuem a natureza de sanção penal;
39. em virtude do disposto no art. 26 da Lei 12.850/2013, apenas a Lei 9.034/1995 foi revogada expressamente, razão pela qual as delações previstas nas legislações especiais continuam em vigor, naquilo que evidentemente não for contrário ao sistema agora estabelecido com a colaboração premiada;
40. a colaboração premiada é uma espécie de exercício da ação penal;

41. a colaboração premiada não pode ser aplicada em caso de arquivamento, ou seja, de não-ação;
42. na colaboração premiada, após a fase de avaliação discricionária do cabimento do acordo e novamente por uma ponderação, o membro do MP irá negociar com o colaborador qual benefício será oferecido na proposta;
43. a colaboração premiada pode ensejar os seguintes benefícios: não oferecimento de denúncia, perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade e substituição por pena restritiva de direitos;
44. a hipótese de não oferecimento da denúncia não se trata de sinônimo de promover o arquivamento e se assemelha muito à remissão extrajudicial do ECA, por ser uma forma de exercício da ação penal através de um negócio jurídico;
45. o benefício do perdão judicial não se equipara ao benefício do não oferecimento da denúncia, o que significa que, se na primeira o MP pode deixar de oferecer a denúncia em face do colaborador, na segunda haverá uma denúncia, o que o diferencia também do perdão judicial propriamente dito previsto no Código Penal;
46. o perdão judicial propriamente dito é ato unilateral, não sujeito sequer a aceitação do beneficiado, enquanto o perdão judicial da lei das organizações criminosas é bilateral, negociado e discutido, com prazo para o colaborador cumprir compromissos;
47. no perdão judicial da lei das organizações criminosas, o colaborador irá responder ao processo como réu e, ao final, caso as provas produzidas corroborem as suas declarações, o magistrado pode reconhecer a sua incidência;
48. na decisão de homologação do acordo, o juiz apenas analisa os seus requisitos formais, ou seja, sua adequação jurídica, enquanto na sentença irá realizar a valoração das provas e formará a sua livre convicção, baseada no acordo e em tudo mais que tiver sido produzido durante o processo;
49. se o juiz recusar a homologação da proposta por discordar do juízo de ponderação realizado pelo MP, deve aplicar analogicamente o artigo 28 do CPP, na medida em que, como a colaboração premiada tem a natureza de ação penal, apenas o promotor pode promovê-la;
50. o juiz não pode, na sua sentença, alterar o benefício acordado pelo MP ou conceder outro diferente daquele que foi oferecido;

51. as declarações proferidas pelo acordo possuem um peso menor e relativizado às demais provas produzidas durante o processo e a sentença condenatória não pode se embasar apenas nelas, ainda que tenham sido confirmadas por outro colaborador;
52. a lei das organizações criminosas não definiu os limites das cláusulas que podem ser previstas em acordo, o que enseja uma ampla liberdade, autonomia e disponibilidade das partes nos efeitos do termo de colaboração premiada, não apenas dentro do próprio processo em que foi celebrada, mas também sobre outros de competências totalmente diferentes;
53. a defesa técnica é elemento imprescindível e indisponível do direito fundamental à ampla defesa e deve ser efetiva e não pode ensejar prejuízo ao imputado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. Editora Malheiros. 2011.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. volume 1. 2003.

\_\_\_\_\_. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. volume 798. 2002.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Editora Malheiros. 6a edição. 2004.

ALEINIKOFF, Alexander. **Constitutional Law in the Age of Balancing**. 96 Yale L.J. volume 943. 1987.

ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption, A Structural Comparison**. Ratio Juris. volume 16. 2003.

\_\_\_\_\_. **On the Structure of Legal Principles**. Ratio Juris. 13. 2000.

\_\_\_\_\_. **Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. volume 253. 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Editora Malheiros. 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei no 12.850/13**. Revista Jurídica Consulex. volume 443. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Malheiros. 2002.

\_\_\_\_\_. **Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil - Direito do Estado - Novos Rumos - Direito Administrativo**. Tomo 2. Editora Max Limonad. 2001.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. Editora Malheiros. 2a edição. 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. I – Introdução. Editora Malheiros. 3a edição. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Editora Renovar. 6a edição. 2002.



\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** Editora Saraiva. 1a edição. 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** Editora Saraiva. 4a edição. 2001.

\_\_\_\_\_. **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Editora Renovar. 2ª edição. 2006.

BARKOW, Anthony S.; BARKOW, Rachel E. **Prosecutors in the Boardroom - Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct.** New York University Press. 2011.

BARKOW, Rachel E.; SCHULHOFER, Stephen J.; STEIKER Carol S.; KADISH, Sanford H. **Criminal Law and its Processes - Cases and Materials.** 9a edição. Wolters Kluwer Law & Business. 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 9ª edição. Editora Revan. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3a edição. Editora Renovar. 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada - Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência.** Editora Lumen Juris. 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organizações Criminosas.** Editora Saraiva. 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal.** Editora Aide. 3a edição. 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução Antônio Menezes Cordeiro. 4a edição. Fundação Calouste Gulbenkian. 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Editora Almedina. 7a edição. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública.** Comentários por Artigo. 6a edição. Editora Lumen Juris. 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo.** 12a edição. Editora Lumen Juris. 2005.

CASTANHO DE CARVALHO, L.G. Grandinete. **Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal.** Editora Lumen Juris. 4a edição. 2006.

CASSIDY, R. Michael. **Prosecutorial Ethics.** Thomson West. 2005.

CIOCCHETTI DE SOUZA, Motaui. **Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade.** Editora Método. 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Editora Lumen Juris. 3a edição. 2006.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Editora Bookman. 5a edição. 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado – Comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013**. Editora Juspodium. 2a edição. 2014.

DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process**. Yale University Press. 1986.

DE ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Editora Malheiros. 15a edição. 1999.

DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Editora Renovar. 2002.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Editora Renovar. 2005.

DEKLE, George R. **Prosecution Principles: A Clinical Handbook**. Thomson West. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Editora Atlas. 2002.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. Editora Atlas. 3a edição. 2012.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. Editora Malheiros. 12a edição. 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Editora Malheiros. 2002.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números - O Múltiplo Supremo**. FGV Direito-Rio. 2011. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/I%20Relatório%20do%20Supremo%20em%20Números.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 28/02/2016.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivan A.; CHAVES, Vitor P.. **III Relatório Supremo em Números - O Supremo e o Tempo**. FGV Direito-Rio. 2004. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relatório%20Supremo%20em%20Números%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acessado em 28/02/2016.

FABER TORRES, Silvia. **A Flexibilização do Princípio da Legalidade no Direito do Estado**. Editora Renovar. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoria do Garantismo Penal**. Madrid. 1997.

FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph – A History of Plea Bargaining in America**. Stanford University Press. 2003.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. Editora Malheiros. 5a edição. 2013.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. Editora Lumen Juris. 2005.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Estudos Sócio-Jurídicos**. Editora Renovar. 1992.

GARRET, Brandon L. **Too Big to Jail - How Prosecutors Compromise with Corporations**. Belknap Harvard. 2014.

GAZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. *In: Limites constitucionais da investigação*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O Princípio da Não-Obrigatoriedade da Ação Penal Pública - Uma crítica ao formalismo do Ministério Público**. Editora Manole. 2003.

GILBERT, Isobel E. **Corporate Crime and the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements**. Nova. 2010.

GILLIÉRON, Gwladys. **Public Prosecutors in the United States and Europe. A comparative analysis with special focus on Switzerland, France and Germany**. Springer. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Editora Malheiros. 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei n° 12.850/13**. Editora Saraiva. 2014.

GRIM, DIETER. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. University of Toronto Law Journal. v. 57. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. Editora Revista dos Tribunais. 3a edição. 2000.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade – Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas**. Editora Fórum. 2a edição. 2013.

\_\_\_\_\_. **Regulação no Brasil – Uma visão interdisciplinária**. FGV Editora. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Cambridge. 1998.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Editora Fórum. 2011.

HAGE, Jaap. **Law and defeasibility**. Kluwer Academic Publishers. 2003.

HAGEN, Ed; NISSMAN, David M. **The Prosecution Function**. Lexington Books, 1982

HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. **La Justitia Penal Negociada – Un análisis comparative entre los procesos penales español y peruano**. Grin Verlag. 2010.

HEUMANN, Milton. **Plea Bargaining – The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys**. The University of Chicago Press. 1977.

JACOBY, Joan E. **The American Prosecutor: A Search for Identity**. Lexington Books, 1980

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade**. Editora Forense. 4a edição. 2001.

\_\_\_\_\_. **Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. volume 48. 1996.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Princípios Institucionais do Ministério Público**. Editora Lumen Juris. 2008.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal - Parte General**. 4a edição. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares. 1993.

JOPPERT RAGAZZO, Carlos Emmanuel. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Editora Renovar. 2011.

KAGAN, Robert A. **Adversarial Legalism – The American Way of Law**. Harvard University Press. 2003.

KADISH, Sanford H; SCHULHOFER, Stephen J.; STEIKER, Carol S.; BARKOW, Rachel E. **Criminal Law and its Processes. Cases and Materials**. Wolters Kluwer. 2012.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Editora Lumen Juris. 2a edição. 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Editora Lumen Juris. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. volume 1. 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de ajustamento de conduta - evolução e fragilidades**. Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **O Inquérito Civil**. Editora Saraiva. 3a edição. 2007.

\_\_\_\_\_. **Regime Jurídico do Ministério Público**. Editora Saraiva. 2001.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Poder de Polícia na Atualidade**. Editora Fórum. 2014.

MEDAUAR, Odete. **Serviço Público**. Revista de Direito Administrativo. volume 189. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18a edição. Editora Malheiros. 1993.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**. Editora Atlas. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais - Tomo IV**. 5a edição. Coimbra Editora. 2014.

MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio Altirei. **Organização Criminosa – Nova Perspectiva do Tipo Legal**. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Renovar. 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Forense. 2003.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. Renovar. 2000.

\_\_\_\_\_. **Legitimidade e Discrecionariedade**. Editora Forense. 4ª edição. 2002.

NEIRA, Orlando Muñoz. **Sistema Penal Acusatório de Estados Unidos**. Legis, 2006.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta - Teoria e análise de casos práticos**. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

NEWMAN, Baker. **The Prosecutor - Initiation of Prosecution**. *Journal of Criminal Law and Criminology*. volume 23. 1933.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2a edição. Coimbra Editora. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2a edição. Editora Forense. 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, Fiscalização e Sanção**. Editora Fórum. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada - Legitimidade e Procedimento**. Editora Juruá. 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção - Origens, Comentários e Análise da Legislação Correlata**. Editora Saraiva. 2014.

PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. **Crime Organizado - Comentários à Nova Lei sobre Crime Organizado**. Editora Jus Podium. 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Iuris. 3a edição. 2005.

\_\_\_\_\_. **Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal**. Editora Lumen Iuris. 2003.

QUIRK, Hannah; SEDDON, Toby; SMITH, Graham. **Regulation and Criminal Justice - Innovations in Policy and Reserch**. Cambridge. 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Editora Atlas. 21a edição. 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta - Teoria e Prática**. 3a edição. Editora Forense. 2011.

RODRÍGUEZ, Jorge L. e SUCAR, Germán. **Las trampas de la derrotabilidad - Niveles de análisis de la indeterminación del derecho**. Alicante. 2005.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Agências Reguladoras**. Editora Forense. 2014.

\_\_\_\_\_, Alexandre. **Direitos dos Serviços Públicos**. Editora Forense. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6a edição. Editora Livraria do Advogado. 2006.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Editora Lumen Juris. 1ª edição. 2002.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. Editora Revista dos Tribunais. 4a edição. 2003.

SCARANCE FERNANDES, Antonio; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Crime Organizado – Aspectos Processuais**. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

SCHAUER, Frederick. *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of the Legal Text*. Matthias Klatt, Institutionalized Reason, The Jurisprudence os Robert Alexy. Oxford. 2012.

\_\_\_\_\_. **On the Supposed Defeasibility of the Legal Rules**. Current Legal Problems. M.D.A. Freeman. vol. 48. 1998.

\_\_\_\_\_. **Playing by the Rules**. Oxford. 1991.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Nos Limites do Possível, Norma Contingência e Racionalidade**. Editora Renovar. 2005.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas - Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12. 850/13**. Editora Atlas. 2014.

STONE SWEET, Alec e MATHEWS, Jud. **Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism**. Columbia Journal of Transnational Law. volume 47. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. Editora Malheiros. 2012.

TÁCITO, Caio. **Conceito de Serviço Público**. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), 1º volume, Editora Renovar. 1997.

\_\_\_\_\_. **As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar**. Temas de Direito Público, Editora Renovar. 1997.

TONRY, Michael. **Crime and Justice. volume 41. Prosecutors and Politics. A Comparative Perspective**. 2012.

TORNAGHI, Helio Bastos. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I. José Konfino editor. 1967.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. Editora Saraiva. 1997.

\_\_\_\_\_. **A Relação Processual Penal**. Editora Saraiva. 2a edição. 1987.

TORRES, Silvia Faber. **A Flexibilização do Princípio da Legalidade no Direito do Estado**. Editora Renovar. 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais. 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito Processual Penal – Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)**. Editora Revista dos Tribunais. 2002.

VIEIRA DA SILVA, Viviane. **A omissão no poder de polícia**. Editora Fórum. 2011.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo Regulatório**. Editora *Lumen Juris*. 2005.

LUNA, Erik; WADE, Marianne L. **The Prosecutor in Transnational Perspective. Oxford**. 2012.

WARIN, Joseph; GIBSON; DUNN&CRUTCHER. **2014 Mid-Year Update on Corporate Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements. Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation**. Disponível em: <http://corpgov.law.harvard.edu/2014/07/16/2014-mid-year-update-on-corporate-non-prosecution-and-deferred-prosecution-agreements/>. Acessado em 11/06/2015.