

A DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

DISCRETIONISM IN PUBLIC PENAL ACTION

LA DISCRICIONARIEDAD DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

SUMÁRIO:

Introdução; 1. A discricionariedade da ação penal pública; 2. Direito comparado: política de barganha e não persecução; 2.1. Origens da discricionariedade do *dominus litis*; 2.2. Origens do acusador público no direito de tradição anglo-saxônica; 2.3. Discricionariedade do *dominus litis* no *common law*: Surgimento e expansão; 2.4. Expressões dos poderes discricionários e movimentos de resistência; 3; Modelo democrático de 88: A discricionariedade do Ministério Público; 3.1 Obrigatoriedade e oportunidade nos principais ordenamentos estrangeiros; 3.2 Obrigatoriedade e oportunidade no ordenamento jurídico nacional; 4. Conclusões; Referências.

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama histórico e de direito comparado da política de barganha e negociação em matéria criminal, discutindo a obrigatoriedade ou discricionariedade do exercício da ação penal pública, assim como as vantagens e desvantagens de uma política de não persecução penal. Para enfrentar esses objetivos, a partir das novas características da sociedade pós-moderna e da nova leitura da dogmática penal e processual penal à luz da Constituição da República, pretende-se demonstrar como foi historicamente construído o dogma da obrigatoriedade da ação penal pública e como uma discricionariedade regrada foi, paulatinamente, sendo construída, legitimada e aceita na cultu-

Como citar este artigo:
MORAES, Alexandre,
SMANIO, Gian,
PEZZOTTI, Olavo.
A discricionariedade
da ação penal pública.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 30, 2019,
p. 353-390.

Data da submissão:
24/04/2019

Data da aprovação:
27/05/2019

1. Pontifícia
Universidade Católica
de São Paulo-Brasil
2. Universidade
Presbiteriana
Mackenzie-Brasil
3. Universidade de São
Paulo-Brasil

ra anglo-saxônica. A interpretação histórica e a análise do direito tornam explícita a necessidade de se reconhecer que a obrigatoriedade da ação penal pública no ordenamento jurídico brasileiro inexistente e que, portanto, diante de uma inevitável absorção de instrumentos e mecanismos de negociação ou não persecução penal, será crucial a adoção de parâmetros legais e normativos para a construção de uma discricionariedade regrada.

SUMMARY:

The purpose of this article is to outline a historical and comparative law of bargaining and negotiation in criminal matters, discussing the compulsory or discretionary nature of the exercise of public criminal action, as well as the advantages and disadvantages of a policy of non-prosecution. In order to face these objectives, it is necessary, based on the new characteristics of postmodern society and the new reading of penal dogma and criminal procedural law in the light of the Constitution of the Republic, that we demonstrate how the dogma of the obligation of public criminal action was historically constructed and how a regulated discretion was gradually built, legitimized, and accepted in Anglo-Saxon culture. Based on historical interpretation and analysis of comparative law, the article intends to make explicit the need to recognize that the obligation of public criminal action in the Brazilian legal system does not exist and that, therefore, faced with an inevitable absorption of instruments and mechanisms of negotiation or non-criminal prosecution, it will be crucial to adopt legal and normative parameters for the construction of a regulated discretion.

RESUMEN:

La presente ponencia tiene por objeto trazar un panorama histórico y de derecho comparado de la política de negociación en materia criminal, discutiendo la obligatoriedad o discrecionalidad del ejercicio de la acción penal pública, así como las ventajas y desventajas de una política de no persecución penal. Para enfrentar estos objetivos, a partir de las nuevas características de la sociedad posmoderna y de la nueva lectura de la dogmática penal y procesal penal a la luz de la Constitución de la República, se pretende demostrar cómo fue históricamente construido el dogma de la obligatoriedad de la acción penal pública y como una discrecionalidad

regulada fue, paulatinamente, siendo construida, legitimada y aceptada en la cultura anglosajona. La interpretación histórica y el análisis del derecho hacen explícita la necesidad de reconocer que la obligatoriedad de la acción penal pública en el ordenamiento jurídico brasileño no existe y que, por lo tanto, ante una inevitable absorción de instrumentos y mecanismos de negociación o no persecución penal, será crucial la adopción de parámetros legales y normativos para la construcción de una discrecionalidad regulada.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípio da Oportunidade; Política de Barganha; Não persecução penal.

KEYWORDS:

Principle of Opportunity; Bargaining Policy; *Nolle prosequi*.

PALABRAS CLAVE:

Princípio de la Oportunidad; Política de negociación; No persecución penal.

INTRODUÇÃO

1. A DISCRICIONARIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

O Direito é um fenômeno histórico, produto cultural da humanidade e, o direito penal, um verdadeiro raio-x da ética social, dos costumes e práticas, um retrato de um tempo-social.

É evidente a profunda transformação de valores que vem moldando essa era de transição denominada pós-modernidade, da revolução tecnológica e dos meios de comunicação.

O próprio Ministério Público, como instituição, mudou como a sociedade brasileira nos últimos 30 anos. Certo é, contudo, que o Ministério Público sofreu profunda revolução na tutela dos interesses difusos, mas teve uma alteração tímida na área criminal, predominando, ainda, o modelo de atuação forjado no contexto social da década de 1940.

Como instituição essencial na defesa do regime democrático e como verdadeiro agente de transformação social, o Ministério Público é - por missão constitucional - defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais e difusos indisponíveis, mas, como subproduto do tempo social pós-mo-

derno, deve ser uma instituição instrumental e não um fim em si.

Qual o direito penal e a política criminal desse tempo social? Qual Ministério Público foi projetado para a pós-modernidade e pelo modelo de Estado Social e Democrático de Direito?

A modernidade e a sociedade industrial projetavam segurança e um futuro certo e previsível e isso se tinha sentido em uma lógica cartesiana, sobretudo, nos períodos predominantemente não democráticos. Projetavam-se instituições estáveis, lentas, previsíveis, com riscos e decisões controláveis. Instituições com hierarquia clara e com atribuições mais condizentes com aquele tempo.

A pós-modernidade, a sociedade pós-industrial, líquida e tecnológica são retratos da sociedade da era dos riscos: o futuro incerto e aberto demanda constante interação social, aperfeiçoamentos e versatilidade própria de um mundo em constante mudança. Não à toa, democracia, pluralidade, construção de consensos e a dialética permanente são características desse tempo social e do modelo de Estado almejado pelo poder constituinte originário.

Nesse contexto, as instituições da modernidade dão lugar a indivíduos com conhecimento, altamente conectados: leveza, agilidade, economia de tempo, praticidade e simplicidade convivem com riscos incalculáveis e reivindicam uma reinvenção organizacional.

A doutrina contemporânea já reconhece uma realidade consolidada: há efetivamente diferentes modelos de política e dogmática penal e processual: novas e diferentes disfunções sociais demandaram novas e diferentes dogmáticas e mecanismos de persecução.

Eis a proposta do presente artigo: assumindo a ideia de que há um novo modelo de Direito Penal e Processo Penal de “segunda velocidade” orientado pelo modelo de negociação em sentido lato, pela busca da eficiência, pela agilidade na resposta à sociedade e pela diminuição da sensação de impunidade, pensar como deve se adaptar o Ministério Público brasileiro para uma atuação a caráter.

Para tanto, deverá ser enfrentada uma questão crucial: o Ministério Público está efetivamente pautado pela obrigatoriedade da ação penal?

É, pois, evidente que diante da mudança de política criminal cada vez mais pautada pela eficiência em detrimento da clássica dialética processual com considerável custo de tempo e recursos, a política de acordo e não-

-persecução passou a ser um caminho possível, viável e necessário em diversos países do mundo.

Ao regulamentar o art. 98, I, da Constituição Federal, a Lei n. 9.099/95 previu a composição civil (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89), como instrumentos de maior celeridade, informalidade e solução abreviada de casos considerados de pequeno e médio potencial ofensivo.

De outra parte, para crimes considerados de alto potencial ofensivo, a Lei n. 12.850/13 prevê o instituto da colaboração premiada no contexto de crimes perpetrados por organizações criminosas, com maior disciplina e segurança jurídica, emprestando ao instituto um caráter negocial que não existe nas primitivas fórmulas de delação premiada no direito brasileiro, a exemplo do que se vê das Leis n. 8.072/90 e 9.807/99.

Recentemente, ainda que não seja objeto do presente estudo, o art. 11 da Resolução n. 183 deu nova redação ao art. 18 da Resolução n. 181, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, prevendo o acordo de não persecução penal e a adoção do princípio da oportunidade.

Diante desse panorama, imperioso enfrentar alguns questionamentos: a) como se portará o Ministério Público brasileiro frente a esse novo modelo de Política Criminal?; b) assegurada a possibilidade de acordo penal para crimes de pequeno e alto potencial ofensivo, seria razoável e equânime obstar tal política de não persecução ou acordo em matéria penal para crimes de médio potencial ofensivo praticados sem violência ou grave ameaça por agentes primários? c) se essa política, como vem paulatinamente sendo praticada em todo Ocidente, tornar-se inevitável, não deveria o Ministério Público, como ator que age em nome alheio, discutir quais seriam seus limites materiais para evitar a proteção jurídica deficiente de bens relevantes para a sociedade?

Antes de enfrentar esses temas e outros desafios, é essencial compreender a origem histórica da política de não-persecução.

2. DIREITO COMPARADO: POLÍTICA DE BARGANHA E NÃO PERSECUÇÃO

2.1. Origens da discricionariedade do *dominus litis*

Por meio da leitura dos clássicos doutrinadores do Direito Proces-

sual Penal brasileiro, chega-se facilmente à conclusão de que a nossa tradição jurídica sempre guardou estrita fidelidade ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Ilustrativa a exposição conduzida por Galdino Siqueira, no sentido de que o Ministério Público deve observar os caracteres da ação penal pública, notadamente o de se tratar de instrumento *necessário*, “consequência imediata e inevitável do crime”. Pontuava o autor: “o direito de punir com a acção respectiva pertence á sociedade que delega seu exercício somente aos funcionarios do Ministério Público. Dahi decorre que estes funcionarios não têm a faculdade de dispor da acção pública, quer antes de intental-a, quer depois de pol-a em movimento” (SIQUEIRA, 1937, p. 71). Nos mesmos moldes, sob as bases do princípio da obrigatoriedade, Bento de Faria considerava a ação penal como *consequência necessária* da conduta criminal (FARIA, 1960, p. 117).

Em sua conhecida essência, o aludido princípio impõe que, diante da notícia de fato criminoso e da reunião de elementos mínimos que confirmam justa causa à ação penal, desta o *dominus litis* não poderá dispor, fazendo-se imperiosa sua propositura.

Essa ausência de margem de discricionariedade em torno da propositura da ação penal sempre limitou, em maior ou menor grau, nos ordenamentos jurídicos que se formaram sob a influência da tradição romano-germânica, a concepção ou a expansão dos mecanismos de solução do processo penal pelo consenso das partes.

Em alguns sistemas particulares, o princípio da obrigatoriedade possui matriz constitucional, o que impede em absoluto que o legislador ordinário reconheça ao titular da ação poderes de *nolle prosequi*, os quais, na prática, podem se materializar como moeda de troca com o imputado, em busca de um acordo processual.

É justamente o caso da *Costituzionone della Repubblica Italiana*, que consagra em seu art. 112 a obrigatoriedade da ação penal, restringindo as possíveis formas de surgimento e de expansão dos espaços de consenso no processo penal local.

Os espaços de consenso no processo penal italiano não permitem a renúncia absoluta ao procedimento, ao contrário do que ocorre nos direitos norte-americano e inglês, que permitem que o *guilty plea* do acusado seja somado à decisão de *nolle prosequi* do *dominus litis* em relação

a parcela ou à totalidade da imputação, prolatando-se imediatamente a sentença condenatória. O direito italiano, em verdade, desenhou com os institutos do *giudizio abbreviato*, do *giudizio direttissimo* e do *patteggiamento* formas de rito abreviado, nos quais a confissão não implica renúncia total ao procedimento. Trata-se de simplificação procedimental (FERNANDES, 2005, p. 200-201).

Em outros sistemas, o princípio da obrigatoriedade não encontra amparo constitucional, apresentando-se como consectário de opções feitas pelo legislador ordinário ou, ainda, de construções doutrinárias. Nesse quadro esteve inserido o processo penal brasileiro. Nesse sentido, prevalece na doutrina nacional que o princípio da obrigatoriedade pode ser extraído não da Constituição Federal, mas de interpretação decorrente da leitura dos artigos 28, 42 e 576 do Código de Processo Penal Brasileiro (FERNANDES, 2010, p. 189).

Por isso, muito embora tradicionalmente filiado à obrigatoriedade da ação penal, o direito brasileiro não tem com ela um compromisso insuscetível de ruptura ou flexibilização.

De fato, a partir da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, houve considerável arrefecimento dos valores correlatos ao princípio ora tratado sem que, por ora, pudesse se cogitar vício de inconstitucionalidade material.

Ademais, como decorrência do enfraquecimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, emergiram mecanismos de solução consensual no processo penal pátrio. Ao se desenhar a discricionariedade regrada, por exemplo, em regulamentação ao exposto no art. 98, I, da Constituição Federal, conceberam-se os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Em síntese, poderes discricionários comportam maiores espaços de solução do processo pelo consenso, enquanto a rigidez da obrigatoriedade opera em sentido oposto.

Historicamente, a concessão de poderes discricionários ao *dominus litis* esteve sempre conectada ao surgimento de ferramentas típicas do processo penal negocial.

Diante disso, é crucial constatar as raízes históricas da discricionariedade do titular da ação penal em uma perspectiva de direito comparado, com foco nas raízes do *common law*, com o fim de se indicarem suas

origens e de que forma sua gradual construção permitiu o surgimento e a consagração da justiça penal negocial.

Essa leitura permitirá o reconhecimento do estágio atual em que se encontra direito brasileiro e construirá um ambiente propício para que se faça um prognóstico sobre os destinos prováveis do processo penal nacional.

2.2. Origens do acusador público no direito de tradição anglo-saxônica

Quem, em tempos modernos, lança olhares para processo penal anglo-americano, pode facilmente chegar à conclusão de que o princípio da oportunidade é herança que proveio das mais profundas raízes do *common law*. Trata-se de conclusão equivocada, que deve ser superada por meio de reconstrução histórica apta a expor o surgimento da figura do promotor de justiça naquela tradição jurídica e o desenvolvimento de seus poderes discricionários.

Em suas origens, o direito anglo-saxônico prestigiava a resolução do processo penal por meio de métodos irracionais, como as ordálias. Nesse sistema primitivo, que se sustentava sem abalos até meados do século XII, a figura de um acusador público era despicienda. Não havia qualquer ator processual similar ao moderno promotor de Justiça, hoje indispensável ao funcionamento de sistemas penais civilizados.

Mais além, o método irracional de cognição dos fatos subjacentes à ação penal – ou mesmo a inexistência de qualquer método de cognição fática – fazia do processo penal uma arena ocupada exclusivamente por amadores. A vítima decidia, diante da prática delitiva que lhe havia afetado, se buscaria ou não a responsabilização criminal do suposto autor dos fatos. O imputado, por sua vez, defendia-se com suas próprias mãos ou com sua própria sorte, sem auxílio técnico (MAITLAND; MONTAGUE, 1915, p. 47-50).

Nesse sistema, em que o Estado demonstrava pouco interesse na persecução penal, o princípio da obrigatoriedade era figura estranha. Isso começou a se modificar com o advento das reformas operadas por Henrique II na Inglaterra, notadamente por meio da edição do *Assize of Clarendon* de 1166.

Referido diploma instituiu as denominadas *Pleas of the Crown*,

formas de ação penal pública destinadas exclusivamente à persecução de crimes graves, tais como homicídio, roubo e estupro. Não se pode comprovar, mas apenas especular que, antes disso, havia no *common law* formas de ação penal pública.

O movimento iniciado por Henrique II de publicização da persecução penal foi impulsionado consideravelmente pelo IV Concílio de Latrão, que vedou os julgamentos por ordálias ou batalhas. A partir de então, ascendeu-se o julgamento pelo júri como a forma predominante de resolução do conflito penal nas origens do *common law* (GROOT, 1982, p. 1-24).

Porém, para decidir sobre um caso qualquer de maneira racional, o corpo de jurados precisava de meios de cognição aptos a promover em alguma medida a reconstrução dos fatos penalmente relevantes a serem julgados. Surgiram, assim, espaços para a profissionalização de órgãos de persecução penal incumbidos de preparar a causa e de apresentá-la em juízo.

Mesmo diante desse terreno aparentemente fértil para tanto, a concepção da figura do promotor de Justiça no *common law* não ocorreu automaticamente com a consagração do julgamento pelo júri.

Isso porque, a princípio, os jurados que compunham o *jury of presentment*¹ subordinavam-se a um critério de competência territorial rigoroso, que arquitetava um sistema de *autoinstrução* dos julgadores populares. Esse modelo produzia reflexos tanto sobre a titularidade da ação penal quanto sobre a sua obrigatoriedade.

Merece destaque, nesse ponto, o fato de que a atuação dos jurados era circunscrita por um *requisito de vizinhança*, que os permitia participar apenas de julgamentos de crimes praticados no interior de suas próprias comunidades. Presumia-se que ninguém melhor do que os cidadãos de um determinado distrito poderia conhecer seus moradores e apurar os fatos nele ocorridos.

Nesse contexto, prevalente no século XIV, jurados não possuíam mera faculdade, mas genuíno dever legal de apurar fatos criminosos que, no âmbito de seus respectivos territórios de atuação, chegassem ao seu conhecimento, sob pena de serem sancionados pela Coroa. Eram eles, nesse sentido, investigadores.

Coletados os elementos de convicção necessários à elucidação dos

fatos pelo jurado com atribuição, o *jury of presentment* deliberava de forma colegiada e emitia juízo sobre a culpa do averiguado que, diante de provas que o apontassem como autor do delito, era encaminhado ao *trial jury* para julgamento.

Por serem os detentores das provas que interessavam à causa, os membros do *jury of presentment* funcionavam simultaneamente como testemunhas de acusação - ou mesmo acusadores - e julgadores da fase de *judicium accusationis*.

Ocorre que, por volta do século XVI, o *requisito de vizinhança* que pautava a atuação dos jurados deixou de ser praticado, por causas não conhecidas pelos historiadores e estudiosos do sistema *common law*.

Até esse ponto, ressalte-se que a ação penal poderia ser iniciada de duas formas: primeiro, por meio de acusações formalizadas pela vítima, que até meados do século possuía discricionariedade para propor ou não a ação; segundo, por atuação dos integrantes do *jury of presentment* que, ao tomar conhecimento da prática de crimes no interior de suas comunidades, *obrigatoriamente* iniciavam investigações de ofício e as levavam às cortes (PEZZOTTI, 2018, p. 93).

Com a queda do sistema de *self-informing juries*, graves problemas acometeram o funcionamento da persecução penal. Primordialmente, em casos de crimes sem vítimas ou de inércia destas, a ausência de um mecanismo oficial de persecução dificultava a responsabilização penal do autor da infração. Nem mesmo as indicações pontuais de acusadores pela Coroa para funcionarem em casos específicos, prática comum entre os séculos XIII e XV, supriam essa deficiência.

Além disso, com a superação do *requisito de vizinhança*, os jurados deixaram de ter conhecimento prévio sobre os fatos que iriam julgar, o que tornou necessária a concepção de uma nova figura processual com poderes para dar início à ação penal pública, sustentando a acusação em juízo e instruindo os julgadores.

Dois diplomas normativos sanaram esses problemas, conferindo aos *Justices of the Peace* poderes que os tornariam os primeiros promotores de Justiça do *common law* (LANGBEIN, 1973). Primeiramente, diante da notícia de que os *Justices of the Peace* - que tinham poderes de concessão de fiança em casos de prisão em flagrante - estavam a colocar em liberdade criminosos perigosos sem as devidas cautelas, a Coroa instituiu um

procedimento de controle pelo *Marian Bail Statute* (1554), formando as bases do que viria a ser a fase de *pretrial*.

Nesse contexto, antes de efetivamente libertar o averiguado, os *Justices of the Peace* deveriam colher suas declarações, bem como das vítimas e das testemunhas que o conduziram, visando ao esclarecimento dos fatos e de todas circunstâncias. De início, a ideia era principalmente a de fortalecer o controle da Coroa sobre os atos de concessão de fiança, formando-se um dossiê similar ao hoje conhecido auto de prisão em flagrante, o qual permitiria a aferição de eventual conduta faltosa do *Justice*.

Logo no ano subsequente, o *Marian Comittal Statute* (1555) estendeu esse procedimento instrutório para todo e qualquer crime noticiado aos *Justices*. A finalidade da instrução, àquela altura, não mais se limitava ao controle dos atos de concessão de fiança, buscando-se o concreto fornecimento de subsídios para o próprio julgamento da causa, suprimindo, assim, a lacuna instrutória deixada pela queda dos *self-informing juries*.

Além da instrução preliminar instituída, os *Justices* passaram a dispor de poderes para intimar vítimas e testemunhas, obrigando-as a comparecer às audiências de instrução e julgamento. No desempenho dessa tarefa, os *Justices of the Peace* analisariam quais vítimas e testemunhas poderiam efetivamente fornecer, em juízo, elementos de convicção capazes de provar o crime e a sua autoria. O desenho da estratégia acusatória para a ação penal, é de se notar, passou à gestão dessa peculiar autoridade estatal.

Para formalização, todas as oitivas feitas em cumprimento ao procedimento determinado pelos dois diplomas em testilha deveriam ser reduzidas a termo e autuadas, formando-se os autos das denominadas *pretrial dispositions*. John H. Langbein bem pontua que se pretendia *congelar a prova, de modo a mantê-la fresca para o julgamento* (LANGBEIN, 2003, p. 41-42).

Os elementos colhidos em fase de *pretrial* passaram a gozar de grande credibilidade, razão pela qual usualmente os *Justices of the Peace* se limitavam, em audiência, a ler o conteúdo dos autos para os jurados, com o fim de convencê-los.

Considerado esse ponto do desenvolvimento do processo penal no *common law*, já é possível encontrar diversos paralelos entre as atribuições dos *Justices of the Peace* e os promotores modernos: a) a existência de po-

deres para presidir procedimentos investigatórios; b) discricionariedade para traçar a estratégia a ser seguida pela acusação em juízo, selecionando testemunhas e vítimas a serem ouvidas; c) apresentação da tese acusatória e das provas que a embasam em juízo e oralmente, para formar o convencimento dos julgadores populares.

Por outro lado, a ação privada ainda era a regra. Assim como nos séculos anteriores, ordinariamente a própria vítima deveria sustentar a acusação em juízo, apresentando-se a atuação dos *Justices of the Peace* como meramente subsidiária. Em verdade, o *Marian Committal Statute* veio a fortalecer a ação penal privada, tornando a atuação da vítima, antes facultativa, obrigatória.

A ação penal apenas seria conduzida com exclusividade pelo *Justice* em caso da inexistência ou da indisponibilidade do acusador privado ou quando os elementos por ele trazidos não se mostrassem suficientes ao esclarecimento dos fatos (LANGBEIN, p. 96-97).

Resta claro, portanto, que a atuação do acusador público era subsidiária à da vítima e que, de qualquer forma, ofendido e *justice of the Peace* não dispunham de poderes discricionários que os permitissem optar pela não-persecução penal.

É preciso, pois, compreender como e por que esse contexto se alterou e em que medida os poderes discricionários do titular da ação penal surgiram e se expandiram no processo penal de raízes anglo-saxônicas, dando azo ao procedimento predominantemente negocial.

2.3. Discricionariedade do *dominus litis* no *common law*: surgimento e expansão

Quando os juízes de paz assumiram parcialmente a titularidade da ação penal no direito inglês, o desenho do sistema processual vigente não parecia deixar margem à concepção de ferramentas de solução do processo pelo consenso. A Coroa havia tomado diversas medidas para, na maior proporção possível, assegurar a concreta punição de autores de crimes, especialmente ao tornar obrigatória a ação penal privada e ao censurar posturas lenientes de alguns dos *Justices of the Peace* (PEZZOTTI, p. 99).

A prática criminal do *common law*, todavia, não tardou a evidenciar que a colaboração de coautores ou partícipes de crimes poderia ser meio

de obtenção de prova útil à persecução penal de criminosos considerados mais perigosos, tais como líderes de quadrilhas ou bandos.

Estudioso da história dos *Justices of the Peace*, John Howes Gleason destaca uma correspondência remetida pelo genitor de Nathaniel Bacon, Juiz de Paz do século XVI, ao seu filho. Do texto, extrai-se que Nathaniel havia acabado de assumir o posto de promotor de Justiça de Norfolk e já tinha sob seus cuidados um caso de grande interesse da Coroa. As recomendações tornam evidente que o *Justice of the Peace* deveria presidir de maneira proativa a persecução penal, buscando, inclusive, a colaboração de criminosos do baixo escalão (GLEASON, 1969, p. 97).

O problema é que, caso não dispusessem de poderes discricionários, pouco poderiam fazer os *Justices* para fomentar a colaboração desses coautores. É nesse cenário que poderes de *nolle prosequi* passaram a ser manejados pelos juízes de paz, ainda no século XVI.

No âmbito do denominado *Crown witness system*² - que precedeu os acordos de colaboração premiada que se expressam atualmente no direito anglo-americano pelo exercício do *plea bargaining* ou do *witness inducement agreement* - os juízes de paz ofereciam a infratores o benefício da não-persecução penal, em troca do testemunho deles contra criminosos de calibre superior.

De uma maneira geral, pode-se afirmar que, àquele tempo, o exercício de poderes discricionários pelo titular da ação penal era uma ideia ainda incipiente, pois não se admitiam disposições em torno da sentença em troca da colaboração do imputado. Também não havia barganha visando ao mero reconhecimento de culpa do investigado (*guilty plea*).

A colaboração premiada era, a propósito, a única hipótese em que os promotores poderiam lançar mão de decisão de *nolle prosequi*. Diferentemente do que ocorre nos tempos atuais, não se afigurava legítima a decisão de não-persecução para melhor gestão dos recursos postos à disposição dos titulares da ação penal, que hoje podem eleger prioridades, deixando, por exemplo, de processar crimes menos graves para buscar eficiência superior no combate a delitos mais graves.

A influência massiva que o direito penal e o direito processual penal britânicos exerceram sobre o direito norte-americano produziu claros reflexos: até o início do século XIX, os promotores norte-americanos possuíam poderes de *nolle prosequi* limitados aos casos em que o imputado

colaborador viesse a revelar coautores ou partícipes (MCCONVILLE; MIRSKY, 2005, p. 88).

Um longo caminho foi percorrido até que os poderes do promotor de justiça estadunidense alcançassem o estágio de ampla discricionariedade, abrangendo a faculdade de se dispor da persecução penal em relação a parcela da imputação ou mesmo de se arrefecer a intensidade do *jus puniendi*, independentemente da colaboração premiada.

Em um primeiro momento, poderes discricionários mais amplos foram incorporados espontaneamente por promotores norte-americanos no início do século XIX, em *Massachusetts*. Isso ocorreu porque determinados diplomas legais previam um sistema demasiadamente severo de sancionamento penal. A título de exemplo, as *liquor laws*, editadas para combater o comércio ilícito de álcool, privaram em absoluto os juízes da discricionariedade na dosimetria penal. A punição de delitos concretamente praticados, por isso, deixou de observar critérios de proporcionalidade, gerando distorções práticas.

Para corrigi-las, especialmente nos casos de concursos de crimes, promotores de justiça deixavam de propor a ação em relação a parcela dos delitos praticados, exigindo do imputado a declaração de *guilty plea* quanto aos crimes remanescentes (FISHER, p. 13). Espontaneamente, portanto, promotores norte-americanos incorporaram poderes discricionários inéditos, compondo mecanismos de consenso destacados da colaboração premiada.

A prática foi acolhida por decisões da Suprema Corte de *Massachusetts*. Em *Commonwealth v. Massachusetts* (1806), materializou-se a decisão judicial que Goldstein aponta como o primeiro precedente a reconhecer de maneira ampla os poderes de *nolle prosequi* atribuídos a todo e qualquer promotor estadunidense, em contexto dissociado da colaboração premiada (GOLDSTEIN, 1981, p. 12).

O que se deve destacar dessa decisão é o caminho tortuoso de incorporação do princípio da oportunidade ao processo penal de *Massachusetts*, por meio de uma observação aparentemente equivocada da prática jurídica inglesa. Segundo Goldstein, o poder de não-persecução penal fora do contexto da colaboração premiada surgiu na Inglaterra timidamente ao final do século XVI, diante de ações penais de iniciativa privada.

Naquele tempo, em que a vítima se subordinava ao princípio da

obrigatoriedade consagrado pelo *Marian Committal*, proposta uma ação penal sem qualquer suporte probatório ou que pudesse ofender interesses estatais, o procurador-geral da Coroa poderia lançar mão da decisão de *nolle prosequi*. Quando da absorção do sistema jurídico do *common law* para os Estados Unidos e com o desaparecimento da ação penal privada, presumiu-se equivocadamente que todos os promotores de justiça teriam herdado esses poderes de não-persecução (GOLDSTEIN, p. 12).³

Desde então, distintas maneiras de expressão da faculdade de não-persecução penal do titular da ação no direito anglo-americano se desenvolveram, não sem resistência de outros atores do processo e do Poder Legislativo.

2.4. Expressões dos poderes discricionários e movimentos de resistência

Diversos fatores, somados, culminaram na consagração do *plea bargaining* e dos amplos poderes discricionários do promotor estadunidense, atingindo-se os primeiros picos notáveis de resolução do processo pelo manejo de ferramentas negociais ao final do século XIX e no início no século XX.

Entre as pioneiras práticas espontâneas de não-persecução penal conduzidas pelos *dominus litis* nos Estados Unidos e o atual regramento dos mecanismos de solução do processo penal pelo consenso, diferentes expressões da discricionariedade do titular da ação foram concebidas. Algumas caíram em desuso.

Em Massachusetts, conforme os estudos desenvolvidos por George Fisher, as primeiras técnicas empregadas pelos promotores se adequavam ao que hoje se denomina *horizontal charge bargaining*. Para dispor de margem de barganha diante do suposto autor dos fatos, o titular da ação, em caso de concurso de crimes, construía a persecução penal com múltiplas imputações. Após, em proposta comercial, oferecia o benefício de não-persecução penal sobre parcela das imputações, requerendo em troca o *guilty plea* do acusado sobre os crimes remanescentes. Limitada, essa técnica não permitia disposições diretamente sobre a pena a ser aplicada na sentença.

A propósito, diante de determinadas espécies delitivas, não existia discricionariedade judicial em torno do sancionamento. Nesses cenários,

a previsibilidade do resultado do processo penal com aplicação de decisões de *nolle prosequi* pelo promotor de justiça era absoluta, conseqüência do sufocamento da discricionariedade judicial, o que conferia segurança jurídica plena ao acordo das partes. Isso porque, como a pena para cada imputação era determinada, o acusador precisava com exatidão quais seriam as vantagens do acordo de não-persecução e a pena aplicada em eventual condenação pelos delitos remanescentes.

Técnica construída alguns anos depois, o *vertical charge bargaining* se desenvolve em torno de uma única imputação, na qual o titular da ação penal ignora deliberadamente aspectos fáticos que caracterizariam causa de aumento de pena ou circunstância qualificadora, como se não tivessem ocorrido. O consenso das partes, nessa situação, modifica os fatos que são levados a juízo (FISCHER, 2003, p. 117), ou seja, há *fact bargaining*.

O *vertical charge bargaining* tem, no Estado de Massachusetts, raízes práticas na década de 1840, em mais um movimento espontâneo de promotores de justiça rumo à expansão de seus poderes discricionários. Nos crimes capitais, os titulares da ação penal faziam concessões para evitar a pena de morte. Eram comuns os casos de imputação de crime culposo – *manslaughter*⁴ – diante de prática de homicídio doloso. Este delito era sempre sancionado com a morte, enquanto aquele comportava pena máxima de prisão por 20 (vinte) anos.

Em *Commonwealth v. Tuck* (1848), a Suprema Corte local referendou essas práticas, pontuando que, se o *dominus litis* tem poderes dispositivos sobre a integralidade da imputação, naturalmente poderá dispor de apenas uma parcela substantiva desta (PEZZOTTI, p. 118).

Desenhadas essas técnicas, os acordos entre as partes do processo penal alcançaram índices consideráveis em *Massachusetts* em 1849, resolvendo aproximadamente 35% dos casos.

A partir de então, movimentos de contenção da discricionariedade do *dominus litis* começaram a surgir. No plano legislativo, as *liquor laws* foram reformadas em 1852, exigindo anuência judicial para que a decisão de não-persecução penal produzisse efeitos em acordo com o imputado. Entre 1890 e 1910, diversas cortes estaduais deixaram de validar acordos feitos pelo acusador sem aquiescência judicial, destacando-se a decisão da Suprema Corte de Rhode Island em 1897, que pontuou a inexistência de dispositivos legais que conferissem qualquer amparo à solução do pro-

cesso penal pelo consenso das partes, não podendo este funcionar como sucedâneo de sentença judicial.⁵

O movimento de resistência legislativa à solução do processo penal pelo consenso contou, como se vê, com a adesão do Poder Judiciário, gerando impactos significativos sobre os percentuais de acordo na segunda metade do século XIX. Enquanto, em 1849, 20 (vinte) dentre 56 (cinquenta e seis casos) envolvendo as *liquor laws* foram resolvidos com *charge bargaining*, em 1853, depois da reforma legislativa recebida com apoio judicial, apenas 03 (três) casos foram solucionados por acordo - nenhum deles com uso de *charge bargaining*, mas por *guilty plea* (PEZZOTTI, p. 120).

Os atos de contenção da tendência expansão dos poderes discricionários dos promotores de justiça nesses momentos históricos tornaram claro que a solução do processo penal pelo consenso só encontra terreno fértil em ambiente processual no qual todos os atores do sistema de justiça cooperam pelo seu desenvolvimento.

O *charge bargaining* horizontal praticamente desapareceu nas *liquor laws*, mas sobreviveram, em menores proporções, o *vertical charge bargaining* nos crimes capitais e uma nova modalidade de acordo concebida pelos promotores para contornar as novas restrições – o *on-file plea bargaining*.

Muito embora a capacidade criativa dos promotores norte-americanos e o apreço ministerial pela solução do processo pelo consenso tenham proporcionado à prática jurídica local o impulso inicial necessário para o surgimento dos acordos processuais, estes apenas se consolidaram depois que a magistratura a eles aderiu, superando as ressalvas outrora apresentadas.

Em um segundo momento, juízes passaram a fazer uso dos seus poderes discricionários sobre a sentença⁶ para barganhar com os acusados, pela criação de um ambiente implícito de *barganha* ou mesmo pela negociação direta com o acusado.

O ambiente implícito de barganha foi exposto em números por Fisher (p. 113-114). Ilustrativamente, o autor apontou que em *Middlesex*, entre 1880 e 1900, autores de crimes de furto mediante violação de domicílio que eram condenados depois do regular curso processual ficavam sujeitos a penas duas vezes maiores do que as aplicadas aos imputados

que aderiam ao *guilty plea*, em média.

Ao se construir um padrão de julgamento com penas mais rígidas para os que optavam pelo exercício do direito ao julgamento, conferindo-se um tratamento mais leniente àqueles que se declaravam culpados, o juiz de determinada comarca formulava aos jurisdicionados uma proposta implícita e genérica de acordo – o imputado que optasse pelo *guilty plea* receberia benefícios de ordem penal em comparação àqueles que exigem o regular curso processual.

Não são necessárias grandes reflexões para perceber que o envolvimento do julgador nessa espécie de *barganha* prejudicava não apenas a sua imparcialidade, mas o ideal de justa dosimetria da pena. A sanção a ser concretamente aplicada ao sentenciado que optou pelo ordinário curso processual não guardava relação de proporcionalidade com a gravidade do fato, decorrendo, de maneira injusta, de uma escolha de caráter processual no exercício de direitos de defesa.⁷

A mera recusa ao reconhecimento de culpa sujeitava o imputado, assim, a uma *perspectiva* do julgador de tratá-lo com maior severidade, já no início do processo. Nesse ambiente de contaminação psicológica do juiz, todo o *fair trial* era exposto a perigo e punições excessivas se apresentavam no horizonte.

Quando partes, em posição de igualdade, conduzem negociações processuais com autonomia, um prognóstico de sentença tende a ser exposto por análise técnica do *dominus litis* e do defensor que assiste o acusado. Dessa maneira, faz-se uma estimativa, em torno da qual se desenvolvem as negociações. Se a análise comparativa entre a possível futura sentença e os termos da proposta de acordo apresentada é feita pelo julgador, não há mais mera estimativa de sentença condenatória, mas ameaça de condenação.

Não por outro motivo, casos concretos nos quais magistrados procederam a explícito *sentence bargaining* com os imputados acarretaram censura das cortes superiores (FISHER, p. 131).

De toda forma, notam-se duas marcas nesse primeiro movimento de aceitação pela magistratura estadunidense dos acordos processuais – a percepção de que a justiça consensual pode proporcionar benefícios ao funcionamento do processo penal e o desejo de conduzir e controlar diretamente as negociações e o resultado do acordo, o que

conferiu destaque à prática implícita e explícita de *sentence bargaining* pelos juízes.

Todavia, sentindo-se expostos à censura das cortes superiores, juízes criminais, em um segundo movimento de aceitação da justiça penal negociada, devolveram às partes o controle sobre as negociações que visavam à constituição dos acordos processuais. Preservaram, paralelamente, seus poderes sobre a sentença. Essa prática foi descrita por um comitê do Poder Legislativo de Massachusetts em 1923, apontando que *dominus litis* e *defensor* do imputado firmavam um acordo que previa a imputação criminal e a sanção a ser aplicada, seguindo-se com homologação judicial (PEZZOTTI, p. 123).

A composição de interesses e a distribuição equilibrada de poderes entre os atores do processo na solução deste por meio do consenso ocorreu, nesses moldes, pela garantia de que as negociações estariam livres de intervenção judicial; a validade do acordo, condicionada à homologação do juiz.

Com esses termos, os poderes discricionários dos promotores de justiça norte-americanos se revestiram de grande amplitude ao longo do século XX, abrangendo a possibilidade de *nolle prosequi* em *charge bargaining* e de *sentence bargaining*. No último caso, os ajustes das partes relativos à pena e à execução penal se expressam como recomendações ao julgador, que somente se vinculará a elas se concordar em homologá-las.

Pode-se dizer que, nesse momento, depois de mais de um século de desenvolvimento dos mecanismos de solução do processo penal pelo consenso das partes, já existia uma cultura dos atores processuais pela admissão e pela preservação da justiça negociada. Solidificados esses novos ideais, recentes movimentos visando à constrição dos *plea agreements* foram rejeitados pela prática processual, de modo que os percentuais de acordo cresceram continuamente até atingir o patamar atual de 94% de todos os casos submetidos à persecução penal (WYNBRANDT, 2016, p. 545-563).

Seria possível construir um paralelo histórico do ordenamento jurídico nacional que, a despeito de não ter tradição de uma política de negociação, foi, paulatinamente abandonando a ideia de obrigatoriedade da ação penal pública?

3. MODELO DEMOCRÁTICO DE 88: A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 Obrigatoriedade e oportunidade nos principais ordenamentos estrangeiros

Na tradição anglo-americana a discricionariedade da ação penal pública foi objeto de uma construção pautada na tradição histórica.

Nas sociedades pós-industriais, na era da pós-modernidade e da dogmática penal cada vez mais orientada para e pelas consequências, a ideia de transparência e eficiência cada vez mais tem pautado, nos países ocidentais de tradição *civil law*, uma política criminal orientada pelas consequências: vive-se agora, tanto na Europa Ocidental, quanto na América latina, uma dogmática penal híbrida, em que a dogmática de inspiração clássica convive com a política de barganha, em que a tradicional obrigatoriedade da ação penal pública dá espaço a um agir seletivo e discricionário do Estado.

A França, por exemplo, apresenta um modelo dissonante dos seus vizinhos do continente europeu, já que, ainda com fortes resquícios do inquisitorialismo, consagra o Juizado de Instrução, permitindo ao Ministério Público proceder ao arquivamento do caso por critérios de oportunidade e conveniência do *parquet* que, todavia, vê-se obrigado a levar, até o seu natural desfecho, a ação penal proposta (FELÍCIO, 2011).

Nesse sentido, recorda Cabral, que, lá, as primeiras manifestações de regulações de conflitos, de forma extrajudicial, também surgiram de modo desordenado e sem grande uniformidade, pautadas pela diminuição da estigmatização penal e preocupação simultânea na busca de um processo mais eficiente à vítima (CABRAL, 2018, p. 26).

As primeiras experiências também não surgiram da lei, mas da iniciativa de juízes e promotores que se conscientizaram da incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga de trabalho.

Em virtude da prática recorrente, a realização dos acordos foi institucionalizada por meio da Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992, dando azo à aprovação da Lei n. 92-2, que promoveu verdadeira reforma no procedimento penal francês, incorporando a mediação penal (ETXEBERRIA GURIDI, 2009, p. 181).

O Direito Penal alemão – maior responsável, em termos de influên-

cia, pelo sistema penal brasileiro - a regra da obrigatoriedade da ação penal, permitiu, ao longo das últimas décadas, a mitigação da compulsoriedade em infrações reputadas bagatelares.

Permite-se, também, a suspensão do processo, contra injunções e regras de conduta em crimes de média potencialidade ofensiva. Jardim sintetiza que “as exceções ao princípio da obrigatoriedade começaram com a ideia de não punir futilidades e se ampliam a situações outras que não encontram resposta na lei penal material em razão de sua menor importância” (JARDIM, 2001, p. 77).

No entanto, a rigor, os acordos consensuais surgiram na prática forense sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação (VASCONCELLOS; MOELLER, 2018).

Conforme escólio de Rauxloh, na época em que Langbein fez seus estudos na Alemanha, já era recorrente a prática de acordos informais, o que se estabeleceu em larga escala em meados dos anos 1970 (RAUXLOH, 2011, p. 298). Contudo, Peters afirma que “não pode se descartar a possibilidade de ela existir desde que houve processo penal” (PETERS, 2011, p. 7).

Embora existam motivos para questionamentos, pode-se dizer que o desvelamento da ocorrência de acordos informais se deu em 1982 com a publicação de um artigo anônimo, momento em que se iniciou o intenso debate doutrinário acerca desse fenômeno (SWENSON, 1995, p. 375).

Trata-se de fenômeno sem precedentes no debate jurídico mundial, ao passo que a barganha paulatinamente tornou-se rotina no direito germânico (VASCONCELLOS; MOELLER, 2018).

Em 1997, uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça (BGH) fixou pela primeira vez importantes diretrizes para a legalidade dos acordos (LANGBEIN, John H. *The Origins of Public Prosecution at Common Law*. In: *The American Journal of Legal History*. Vol. XVII, N. 4, Oxford, outubro de 1973). Posteriormente, em 2005, uma nova decisão do plenário do BGH ratificou tais pressupostos, atestando seu não cumprimento na prática judiciária e ressaltando, especialmente, a vedação de renúncia ao recurso, visto que sua realização impede o acesso dos casos aos tribunais superiores. Por fim, tal pronunciamento do judiciário solicitou a

atuação urgente do legislativo, de modo a introduzir nova legislação no ordenamento germânico para finalmente regular legalmente a realização dos acordos” (BGH, *Beschluß* vom 3. 3. 2005 – GSSt 1/04, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1440).

Foi assim, ressaltam Vasconcellos e Moeller, que em maio de 2009 surgiu a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, que adicionou um parágrafo (§ 257c) ao Código de Processo Penal alemão (StPO), regulando a realização de barganhas de modo semelhante ao determinado pelo BGH nas referidas decisões paradigmáticas.

A regulamentação foi criticada em razão do excessivo poder discricionário fornecido aos julgadores para incentivar o acordo, além de parte da doutrina germânica se mostra cética à concretização dos limites impostos pela nova legislação, ao passo que, se a barganha surgiu de modo informal, não há que se acreditar em uma possível (e repentina) vinculação da atuação dos atores do sistema criminal às previsões legais (VASCONCELLOS; MOELLER, 2018).

De qualquer sorte, em recente manifestação de julgamento datado de março de 2013, o Tribunal Federal Constitucional alemão (BVerfG) analisou a constitucionalidade da nova legislação de 2009 acerca dos acordos no processo penal, visto que, se atendidas na prática, as limitações previstas respeitariam as garantias essenciais aos acusados e as premissas do processo penal germânico, além de alguns requisitos para a legalidade da barganha foram ressaltados: a confissão precisaria necessariamente ser verificada por provas complementares, de modo que, por si só, não pode fundamentar um veredicto condenatório; o acusado deve ser avisado de seus direitos e das consequências do acordo; e as negociações devem ser descritas publicamente e registradas nos autos do processo.

Na Espanha, por sua vez, prevê-se um procedimento abreviado, em que se elimina, diante da anuência das partes, a fase probatória, passando-se de imediato à prolação da sentença. Porém, não há nenhum instituto que excepcione o princípio da obrigatoriedade, que, aliás, tem *status* constitucional (FELÍCIO, 2017).

Na Itália, como já assinalado, o princípio da obrigatoriedade também tem *status* constitucional⁸, não existindo até mesmo a ação penal de iniciativa privada, sendo que a querela italiana não tem simetria com a queixa-crime prevista no Brasil, pois se trata de uma condição de proce-

dibilidade análoga à nossa representação, embora com ampla disponibilidade para o ofendido. De qualquer modo, o Código de Processo Penal de 1988 consagrou novos procedimentos, dentre eles, o *patteggiamento*, pelo qual se evita o processo penal clássico, mediante sujeição do imputado a uma pena de, no máximo, dois anos de prisão (FELÍCIO, 2017).

Em Portugal, o Código de Processo Penal de 1987 permitiu ao Ministério Público arquivar, unilateralmente, procedimentos investigatórios relativos a crimes punidos com pena não superior a 06 (seis) meses (desde que preenchidos os requisitos legais); além de prever a suspensão de processo para crimes punidos com pena de prisão de até 03 (três) anos (FELÍCIO, 2017).

Como se vê, países com nenhuma tradição de negociação passaram a adotar, ainda que de forma implícita, a política de barganha e não perseguição penal.

3.2 Obrigatoriedade e oportunidade no ordenamento jurídico nacional

Na transição do estado de natureza para o Estado de Direito, o Estado avocou a administração da justiça, vedando ao particular a realização de um suposto direito com as próprias mãos: há, pois, Justiça Pública para evitar a desmedida e irracional justiça privada.

No Brasil, as Ordenações Filipinas vigoraram até a promulgação do primeiro Código de Processo Criminal.⁹ Este diploma legal aboliu o sistema inquisitivo e implantou um sistema híbrido em que o processo podia ser instaurado por provocação ou de ofício pelo magistrado: tratava-se do procedimento judicialiforme que, logicamente, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, embora estivesse previsto no Código de Processo Penal de 1941.¹⁰

No que se refere à obrigatoriedade da ação penal, estava prevista expressamente nos artigos 37 e 74 do Código de Processo Criminal do Império. E, as alterações sofridas com o advento da Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841 e seu regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, confirmavam, para a doutrina (CAMPOS, 2018), essa obrigatoriedade no art. 222 do regulamento.¹¹

Posteriormente, outras modificações ocorreram, a Lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n. 4.824/1871, criando o inquérito policial, o que possibilitou uma melhor separação da função

da polícia judiciária da atividade jurisdicional dos magistrados e extinguiu a possibilidade do juiz *ex officio* dar início à persecução penal. Com isso, observa-se que esta lei estabeleceu normas que fortaleciam o sistema acusatório, afastando-se do sistema misto.

Essa lei, aliás, expressamente disciplinava a obrigatoriedade da ação penal, na medida em que previa no art. 15, §5º, a possibilidade de os magistrados aplicarem multas aos promotores nos casos em que a denúncia não fosse oferecida tempestivamente (JARDIM, 2001, p. 93-94).

Com o advento da primeira Constituição Republicana, em 1891, foi conferido aos Estados da Federação competência para legislar sobre matéria processual penal. Alguns deles preferiram manter a aplicação do Código de Processo Criminal da Primeira Instância de 1832, como o Estado de São Paulo (JARDIM, 2001, p. 95-99).

No entanto, a maioria optou por promulgar seu próprio Código de Processo Penal e, neste sentido, vale dizer que a maior parte estabelecia de forma expressa a obrigatoriedade do exercício da ação penal. Dentre os Códigos estaduais que previam expressamente a obrigatoriedade, pode-se citar o do Distrito Federal¹², de Minas Gerais¹³, do Rio Grande do Sul¹⁴ e da Bahia¹⁵.

Justamente por tais heranças históricas, a doutrina sempre compreendeu que o monopólio da vingança pública fez com que o Estado passasse a ter o dever de punir no combate à criminalidade.

Neste contexto, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não seria uma opção arbitrária do legislador. Ao contrário, estaria “inserido dentro de um contexto democrático, no qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo” (JARDIM, 2001, p. 12).

É importante observar, por outro lado, que a parte final do art. 129, I, da Constituição Federal, ao utilizar a expressão *na forma da lei*, deixa claro que a obrigatoriedade não decorre direta e expressamente de regra constitucional, cabendo à lei determinar os limites e as hipóteses para o exercício do direito de ação (DEMERCIAN; TORRES, 2018).

Como bem observa Mazzilli, quando o Ministério Público formula ou deixa de formular a acusação penal, está exercendo parcela de soberania estatal, isto é, o estado pelo seu órgão competente e constitucionalmente investido decide se irá ou não exercer o *jus puniendi*: “Por essa razão, não se evidencia, na hipótese, nenhuma ofensa à regra inserta no

art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário qualquer ofensa ou ameaça de lesão a direito” (MAZZILLI, 1998, p. 167).

É possível, segundo Demercian e Torres, identificar pelo menos três grandes correntes de pensamento:

- a) há quem defenda a adoção de um sistema baseado estritamente na obrigatoriedade;
- b) em sentido diametralmente oposto, estão os idealizadores de uma suposta nova era no direito processual, preconizando a imperiosa necessidade de se adotar um método mais flexível e ágil para a solução dos litígios, que estaria baseado, precisamente, na adoção do princípio da oportunidade;
- c) por fim, há quem defenda a coexistência e conciliação dos dois métodos anteriores. Não se pode negar que o cânone da obrigatoriedade é um dos suportes essenciais do chamado Estado de Direito, e tem por escopo colocar a Justiça Criminal a salvo de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio (DEMERCIAN; TORRES, 2018).

O princípio da obrigatoriedade, segundo Nucci, implicaria “não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo” (NUCCI, 2000, p. 47-48).

Pacelli, por sua vez, afirma que a obrigatoriedade se refere à vinculação do Ministério Público em formar seu convencimento acerca dos fatos investigados. Para ele,

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, [...] desde que satisfeitas as condições da ação penal (p. 114-115).

Não obstante esses respeitáveis entendimentos, em 03 de outubro de 1941, voltando a unificar os diplomas e normas processuais, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 3.689, sendo certo que no Código de Processo Penal atual não há qualquer disposição expressa acerca da obrigatoriedade da ação penal.

A maioria maciça da doutrina e da jurisprudência, até pela cultura histórica de uma tradição *civil law*, reconhece e sustenta a vigência do

princípio da obrigatoriedade, apontando o art. 24 do Código como fundamento, e reforçam este entendimento destacando que o não oferecimento da denúncia pelo *parquet* é submetido ao controle judicial, conforme dispõe o art. 28, do mesmo diploma legal.

Para Tourinho Filho, o princípio da obrigatoriedade é o que melhor atende aos interesses do Estado: “dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social)” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 333).

Frederico Marques, de igual modo, afirma que “no Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado ‘princípio da ação penal obrigatória’” (MARQUES, 1997, p. 310). Neste contexto, afirma concordar com o posicionamento de Custódio da Silveira, o qual sustenta que no mesmo art. 28 do CPP, no qual está previsto o controle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal, também há certa mitigação ao mesmo princípio. Isso porque considera não haver regra legal que determine quais seriam as *razões invocadas* pelo órgão ministerial e, com isso, defende que de acordo com o termo expresso no referido artigo, não há nada que impeça que sejam invocados “motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do *parquet*” (MARQUES, p. 312).

É de se avaliar, aliás, no contexto de um procedimento acusatório, se a aplicação do art. 28 do CPP pelo Magistrado não implicaria a perda de sua imparcialidade para o julgamento da causa. Mas fato é que o Procurador-Geral dará a última palavra, avaliando a conveniência e oportunidade no processamento do feito, podendo ratificar um juízo discricionário do membro do Ministério Público de primeira instância.

Defender a obrigatoriedade da ação penal pública se coadunava com o modelo de processo de inspiração clássica e iluminista. A pós-modernidade, no entanto, tem demandado, por critérios de eficiência e utilidade, novos parâmetros.

Prova disso é a incorporação de mecanismos típicos do sistema anglo-saxônico para conferir mais racionalidade ao sistema: súmulas vinculantes (EC n. 45/04), precedentes vinculantes (art. 927 do CPC), os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 e, mais recentemente, a co-

laboração premiada.

Do conceito de obrigatoriedade é que são extraídas, justificadamente, as variadas formas de controle sobre a atuação dos órgãos do Ministério Público. Ressalve-se, contudo, que a lei pode estabelecer critérios mais flexíveis para o exercício do jus puniendi Estatal, baseado no consenso, no acordo entre o imputado e o *dominus litis*, sempre sob o controle judicial (DEMERCIAN; TORRES, 2018).

O ordenamento nacional, ressalvadas as hipóteses prescritas pela Lei n. 9.099 e as formas de colaboração premiada, não contempla solução de controvérsias pelo consenso (ressalvadas as recentes Resoluções n. 181 e n. 183, do CNMP). O Ministério Público, portanto, não pode desistir da ação (em sentido estrito – CPP, artigos 24 e 42, assim como do recurso - CPP, art. 576), o que não impede, naturalmente, que proponha a absolvição, de acordo com o seu livre convencimento (expressão da independência funcional).

No âmbito da Lei n. 9.099/95, no que pese a redação dos arts. 77 e 89 indicando que a transação (art. 76) é preliminar ao ajuizamento da denúncia e o *sursis* processual, posterior ao seu oferecimento, já se consolidou na jurisprudência uma interpretação de que a preclusão dos benefícios somente ocorre após a prolação da sentença penal condenatória (STJ). Em outras palavras, trata-se de exegese bem distinta do texto legal que permite, em outras palavras, a desistência da ação ou a mitigação da obrigatoriedade.

O próprio STF, ademais, no julgamento da ADIN n. 1719-9, com relatoria do Min. Joaquim Barbosa, por votação unânime, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para, sem redução de texto e dando interpretação conforme a Constituição, excluir, com eficácia *ex tunc*, da norma constante do art. 90 da Lei n. 9099/95, sentido impeça a aplicação de normas de direito penal, com conteúdo mais favorável ao réu, aos processos penais com instrução já iniciada à época da vigência desse diploma legislativo.

Em outras palavras, a regra do art. 24 não torna obrigatório o exercício da ação penal. Como bem salientado pelo próprio STF, “o Ministério Público, sob pena de abuso no exercício da prerrogativa extraordinária de acusar, não pode ser constrangido, diante da insuficiência dos elementos probatórios existentes, a denunciar pessoa contra quem não haja qualquer

prova segura e idônea de haver cometido determinada infração penal” (HC 71429, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, J: 25/10/1994, DJ: 25-08-1995).

Em síntese, o sistema brasileiro tem encampado a consensualidade no direito penal, que pode redundar na redução das sanções ou, no extremo, na própria concessão do perdão. Essa consensualidade, em qualquer caso, sempre estará condicionada à apreciação judicial.¹⁶

No mesmo sentido, não há que se falar em dever de agir, inexistindo a obrigatoriedade no exercício da ação, quando ausentes as condições necessárias ao seu exercício. Exemplo disso é o incremento na própria dogmática penal de institutos como *risco permitido*, *lesividade material*, *adequação social*, dentre outros, para se aferir se materialmente se justifica ou não processar ou condenar alguém que tenha praticado uma conduta formalmente prevista como proibida no texto legal.

Em outras palavras, o próprio fundamento do direito de punir, com a ideia de relativização do caráter absoluto das penas e adoção de teorias relativas pautadas pela prevenção, passou a orientar um novo modo de pensar a dogmática penal, como se infere nas escolas funcionalistas.

Não somente as ciências penais, mas principalmente elas, viram-se expostas nesses últimos anos a fortes pressões de legitimação e mudança. Antes mesmo do início da década de 1970, já se delineavam novas tendências na sociedade da República Federal da Alemanha (HASSEMER, 1993·p. 27-28).

O próprio Ministério Público, como titular da ação penal e personagem importante do sistema de justiça criminal não ficaria imune a isso, razão pela qual a instituição em todo o mundo passou a repensar o formalismo dogmático da modernidade, incrementando concepções materiais que implicam refletir sobre a justificativa material, racional e eficiente do conceito de crime atrelado à ideia de prevenção.

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

Nesse esteio, Silvério Júnior, *ex vi*, sustenta que após a Constituição de 1988, que reformulou e ampliou as funções do Ministério Público,

assim como consagrou o princípio da independência funcional de seus membros, não há como estarem os membros do *parquet* obrigados ao oferecimento da denúncia (FERNANDES, 1999, p. 87-97).

Gazoto, de outra parte, afirma que o escopo da Constituição ao atribuir a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, não foi meramente instrumental, mas sim finalístico: “é necessária a interposição de um órgão independente, com poderes de filtragem no mecanismo punitivo, objetivando a efetiva produção de resultados” (GAZOTO, 2003, p. 15).

E, nesse sentido, segundo ele, seria preciso reconhecer que membros do *parquet*, não são agentes administrativos, mas sim agentes políticos, os quais devem avaliar o interesse e a utilidade da promoção da ação penal pública, devendo esta ser promovida quando, efetivamente, atinja o interesse público de forma eficiente (GAZOTO, 2003, p. 112-116).

É relevante repisar que o direito de exigir legitimamente o provimento jurisdicional está condicionado a certos requisitos, sem os quais não é possível o seu regular exercício. Estes requisitos a que está submetido são as chamadas *condições da ação*, a saber: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir, a legitimidade *ad causam* e a justa causa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 258).

Haverá interesse de agir quando somente através da prestação jurisdicional possa ser possível a satisfação da pretensão deduzida, isto é, apenas deve-se buscar a via judicial quando for efetivamente necessário, viável e útil.

Nesse aspecto, inexistindo justa causa e interesse deve-se concluir pelo não oferecimento da denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito por falta de *interesse-utilidade* de agir.

Cumpra ainda ressaltar, que de acordo com o disposto no art. 395, inciso III, do CPP, o juiz rejeitará a denúncia quando *faltar justa causa para o exercício da ação penal*.

Essa decisão de falta de utilidade ou justa causa foi adotada pelo legislador no tocante às infrações de menor potencial ofensivo e no tocante à colaboração premiada.

Como o modelo brasileiro inaugurado pelo art. 98, I, CF, regulamentado pela Lei n. 9.099/95, passa, nesse momento histórico, pela transformação de institutos muito mais afeitos à ideia de não persecução penal,

resta saber se um modelo de não persecução que está sendo autorizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público encontraria resistência no Poder Judiciário pela falta de previsão expressa em lei.

Ao que parece, não obstante a tradição e o pensamento histórico e majoritário da doutrina nacional, a Constituição Federal e, nem tampouco o Código de Processo Penal, adotaram a obrigatoriedade da ação penal o que se concilia com a ideia de adoção de uma política de não persecução penal e, em sendo assim, será crucial no Ministério Público brasileiro a discussão dos limites para essa política para que a instituição, a pretexto de ser mais eficiente e célere, não viole a princípio da proporcionalidade sob a ótica da proteção jurídica insuficiente.

4. CONCLUSÕES

1. Nas sociedades pós-industriais, na era da pós-modernidade e da dogmática penal cada vez mais orientada para e pelas consequências, a ideia de transparência e eficiência cada vez mais tem pautado, nos países ocidentais de tradição *civil law*, uma política criminal orientada pelas consequências.

2. Vivencia-se agora, tanto na Europa Ocidental, quanto na América latina, uma dogmática penal híbrida, em que a dogmática de inspiração clássica convive com a política de barganha, em que a tradicional obrigatoriedade da ação penal pública dá espaço a um agir seletivo e discricionário do Estado.

3. Enquanto os ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxônica concederam poderes discricionários ao titular da ação depois de uma lenta e gradual construção cultural, nos países de tradição continental poderes similares foram concebidos e reconhecidos sem prévia maturação e de maneira repentina.

4. Historicamente, a solução do processo penal pela política de consenso só encontra terreno fértil em ambiente processual no qual todos os atores do sistema de justiça cooperam pelo seu desenvolvimento.

5. No cenário jurídico global atual, a solução do processo penal pelo consenso das partes e pelo exercício de poderes discricionários do Ministério Público é um fenômeno que se mostra comum tanto aos Estados de tradição jurídica romano-germânica, quanto àqueles que ostentam raízes anglo-saxônicas.

6. Determinados ordenamentos jurídicos dispensam fidelidade constitucional à obrigatoriedade da ação penal pública. Nesses casos, resta evidente que a concepção de ferramentas de solução do processo penal pelo consenso das partes, por iniciativa do legislador ordinário, sofre limitações, pois a opção de não-persecução não pode ser manejada pelo Ministério Público em atividade de barganha com a parte adversa.

7. O direito processual penal brasileiro manteve-se tradicionalmente vinculado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, restringindo as possibilidades de reconhecimento de poderes discricionários ao *dominus litis*.

8. Contudo, inexistente mandamento constitucional que ampare o princípio da obrigatoriedade da ação penal no Brasil, tratando-se este de produto de construções doutrinárias erigidas a partir de modelos postos pelo legislador ordinário.

9. Em verdade, foi a própria Constituição Federal de 1988 que inaugurou o movimento, desde então crescente, de arrefecimento do princípio da obrigatoriedade, pela previsão da possibilidade de transação entre as partes em matéria criminal.

10. Sem prejuízo da existência de uma clara tendência de acolhimento da Justiça penal negocial no direito pátrio, certo é que, com exceção de pontos específicos da legislação vigente, a solução de controvérsias penais pelo acordo das partes ainda não foi acolhida de maneira genérica no processo penal brasileiro, que permanece ainda distante de uma ampla aceitação de ferramentas similares ao *plea bargaining*.

11. Não obstante a recente regulamentação pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a abertura de espaços de consenso no direito brasileiro, contudo, não deve ocorrer indiscriminadamente, devendo o Ministério Público se estruturar para criar limites materiais e uma política de atuação minimamente uniforme que, simultaneamente, impeça excessos e a proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. Revista dos Tribunais, 1973.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos**

princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal.** Saraiva, 1987.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, Tomo I.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; Souza, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. In: **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP.** Salvador: Juspodivum, 1 ed, 2018.

CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. **Obrigatoriedade da ação penal e Ministério Público.** Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627. Acesso em 2 jun. 2018.

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral. Campinas: LZN, 2002, v. II.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social.** Rio de Janeiro: Forense. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves, 2005.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A Indisponibilidade da Ação Penal: enfoque anterior e em face da Lei nº. 9.099/9.** Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público/ DF, v.5, n.9, 1997, p.65-84.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; Souza, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coordenadores e outros). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP.** Salvador: Juspodivum, 1 ed, 2018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; TORRES, Tiago Caruso. **A Constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 12 n. 2 (2017). Disponível em http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/347. Acesso em 18 nov. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário: um contributo para a reforma do Direito Penal Económico e

Social Português. In PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. El Modelo francés de mediación penal. In: **La mediación penal para adultos. Una realidade em los ordenamientos jurídicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. 2º edição atualizada. Vol. I. Rio de Janeiro: Record, 1960.

FELDENS, Luciano. **Deveres de Proteção Penal na Perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça, v. 01, 2007.

FELÍCIO, Carlos Eduardo. **Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2987, 5 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19923>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Revista dos Tribunais, 2002. p.457.

FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRIEDMAN, Lawrence; PERCIVAL, Robert. **Roots of Justice: crime and punishment in Alameda County, California, 1870-1910**. Chapel Hill: University of North Carolina, 1981.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v. I, Tomo I.

GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões**. Disponível no site: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/resolucoes/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>, Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **O Ministério Público: organização, atribuições e regime**

jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público.** São Paulo: Manole, 2003. GLEASON, John Howes. *The Justices of the Peace in England: 1558-1640.* Oxford: Clarendon Press, 1969.

GOLDSTEIN, Abraham Samuel. **The Passive Judiciary: prosecutorial discretion and the guilty plea.** Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROOT, Roger D. **The Jury of Presentment Before** 1215. In: *American Journal of Legal History.* Vol. XXVI, *Oxford*, p. 1-24.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal.** Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Tradução: André Luís Callegari, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LANGBEIN, John H. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. **The Origins of Public Prosecution at Common Law.** In: *The American Journal of Legal History.* Vol. XVII, N. 4, Oxford, outubro de 1973.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LANGER, Máximo. **From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis in criminal procedures,** in *Wordl Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial.* Durham: Carolina Academic Press, 2010.

MAITLAND, Frederic William; MONTAGUE, Francis C. **A Sketch of English Legal History.** New York: G. P. Putnam's Sons, 1915.

MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. **Jury Trials and Plea Bargaining.** Oxford: Hart, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. I, Campinas: Bookseller, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 1975.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal, Parte General**. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2004, Tomo I.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MOARES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 1 edição, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Política Criminal pós-88: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (Coords.). **Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. Malheiros, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Breves Apontamentos sobre o Funcionalismo Penal**. Disponível em <<http://guaiba.ulbra.tche.br/direito/penal/artigos/FUNCIONALISMO.PENAL.ROXIN.doc>>, Acesso em 24 jun.2018.

PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, Universitätsverlag, Göttingen, 2011.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Raízes Histórico-Comparadas do Acor-**

do de Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: o papel das partes. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RAUXLOH, Regina. **Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle.** Fordham International Law Journal, n. 34, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação Penal Pública: princípio da oportunidade regrada.** São Paulo: Atlas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, n° 98, junho/2005.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Opinio Delicti.** Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal.** 2^a ed. São Paulo: Magalhães, 1937.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP.** Salvador: Juspodivum, 1 ed, 2018.

SWENSON, Thomas, **The German «Plea Bargaining» Debate,** Pace International Law Review, vol. 7, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. 1. 29^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

UNITED STATES. **Supreme Court of Rhode Island.** State v. Conway. 20 R.I. 270 R.I. 1897.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; MOELLER, URIEL. **Acordos no processo penal alemão: da informalidade à regulamentação normativa.** Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volume 49, Issue 147, 2016,

pp. 13-33, disponível, em https://ac.els-cdn.com/S0041863318300899/1-s2.0-S0041863318300899-main.pdf?_tid=8c478049-95b9-4ce4-99ce-ed-d989e7ad69&acdnt=1542656734_042e4ea5796ac5a7655387f-22d01a540, Acesso em 18 nov. 2018.

WYNBRANDT, Katie. **From False Evidence Ploy to False Guilty Plea: an unjustified path to securing convictions.** *The Yale Law Journal*, New Haven, nov-2016, Vol. 126, N. 2.

'Notas de fim'

1 O Jury of Presentment, posteriormente sucedido pelo Grand Jury, constituía-se como o órgão judicial competente para apreciar os elementos de convicção capazes de dar suporte à acusação, proferindo juízo de admissibilidade da ação penal. Existindo justa causa à ação, o caso era submetido ao trial jury para julgamento. Para maiores esclarecimentos sobre a complexa dinâmica que, entre os séculos XIII e XVIII, culminou na construção do promotor de Justiça do common law: PEZZOTTI, p. 87-102.

2 Anote-se que a colaboração premiada possui raízes mais remotas do que o Crown witness system no common law. Porém, como os institutos que antecederam o Crown witness não contavam com o exercício de poderes discricionários pelos titulares da ação penal, tratar deles neste ensaio seria impertinente.

3 Da mesma forma, Fischer (2003, p. 156) anota que o poder de nolle prosequi fora do contexto de colaboração só existia no direito inglês nas mãos do Attorney-General e que a sua generalização, contemplando todos os promotores de Justiça, foi inicialmente uma exclusividade do ordenamento estadunidense.

4 O conceito de manslaughter não é tão preciso doutrinariamente. Há necessidade de se socorrer de cada diploma normativo criminalizador específico para se compreender exatamente do que se trata. Em meados do século XV, o termo era utilizado aparentemente apenas para designar o homicídio culposo. A partir do século XVIII, passou-se a distinguir voluntary manslaughter de involuntary manslaughter. Este termo designava o homicídio culposo; aquele, o homicídio com circunstâncias privilegiadoras (v. GARNER, 2014, p. 1.108).

5 UNITED STATES. Supreme Court of Rhode Island. *State v. Conway*. 20 R.I. 270 R.I. 1897.

6 Registre-se que apenas excepcionalmente nos Estados Unidos os diplomas penais previam um sistema inflexível de sancionamento, anulando a discricionariedade judicial. Era o caso das liquor laws. A regra, contudo, sempre foi a da relativa determinação da pena, preservando-se a discricionariedade do julgador na dosimetria.

7 . Além disso, os acordos implícitos eram desprovidos de qualquer segurança jurídica (cf. FRIEDMAN; PERCIVAL, 1981, p. 181).

8 Com efeito, dispõe o art. 112 da Constituição Italiana que: "Il pubblico ministero há l'obbligo di esercitare l'azione penale."

9 Lei de 29 de novembro de 1832.

10 "A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial".

11 Art. 222. Nos casos em que ao Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a acusação, e todos os termos do processo, nos quaes, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido

12 Arts. 3º e 22, do Decreto-Lei nº 16.751/1924

13 Arts. 26 e 29, do Decreto nº 9.640/1930

14 Art.100, da Lei nº 24/1898

15 Arts. 1.779 e 1.787, da Lei nº 1.121/ 1915

16 Neste sentido, vide as Leis nº 8.072/1990, nº 9.807/1999, nº 9.080/1995, nº 8.137/1990, Lei nº 9.613/1998, nº 11.343/2006, nº 12.850/2013, além da MP nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência. Esse acordo, mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei nº 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal, acarretando a extinção da punibilidade.