

**IVAN CANDIDO DA SILVA DE FRANCO**

**O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL  
DE INICIATIVA PÚBLICA E OS MODOS DE SOLUÇÃO DO  
CONFLITO PENAL: proposta de compatibilização**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2023**

**IVAN CANDIDO DA SILVA DE FRANCO**

**O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL  
DE INICIATIVA PÚBLICA E OS MODOS DE SOLUÇÃO DO  
CONFLITO PENAL: proposta de compatibilização**

Versão Corrigida

Tese de Doutorado apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2023**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Franco, Ivan Candido da Silva de

O princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública e os modos de solução do conflito penal: proposta de compatibilização ; Ivan Candido da Silva de Franco ; orientador Marcos Alexandre Coelho Zilli -- São Paulo, 2023.  
391 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Princípio da obrigatoriedade. 2. Princípio da obrigatoriedade residual. 3. Justiça disputada. 4. Justiça consensual. 5. Ação penal. I. Zilli, Marcos Alexandre Coelho , orient. II. Título.

---

**Nome:** Ivan Candido da Silva de Franco

**Título:** *Princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública e os modos de solução do conflito penal: proposta de compatibilização*

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na Área de Concentração de Direito Processual para obtenção do Título de Doutor em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

**Banca examinadora**

Orientação: Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli

Professor(a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## RESUMO

FRANCO, Ivan Candido da Silva de. *O princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública e os modos de solução do conflito penal: proposta de compatibilização*. 2023. 391 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Temos conhecido relevantes mudanças nas formas de resolução do conflito penal. A principal modificação identificada foi a introdução e consolidação de mecanismos consensuais como alternativas à persecução penal conduzida pelo Estado, antes inteiramente baseada na disputa e na completa adjudicação perante o Poder Judiciário. A coexistência do consenso em um contexto em que, anteriormente, reinava apenas a lógica do conflito, gerou desafios de ordens teórica e prática. Desde que surgiram soluções consensuais, houve questionamento e tensionamento acerca do antes consagrado princípio da obrigatoriedade, que pautava as discussões acerca da ação penal em nosso país, redundando em diversas regras dele decorrentes. O diagnóstico acerca da mitigação da obrigatoriedade é preciso, pois identificou a insuficiência da obrigatoriedade, em sua acepção pura, para explicar um sistema processual em que se quebrou o monopólio da Justiça disputada. De outro lado, essa construção se mostrou insuficiente, pois não logrou compatibilizar, por meio de um conceito jurídico apropriado, a convivência das lógicas disputada e consensual em um mesmo ordenamento jurídico. Por isso questionamos: é possível ainda sustentar a existência do princípio da obrigatoriedade da ação penal no Brasil, ou haveria o princípio da oportunidade? A resposta a esse questionamento é a principal contribuição da proposta do conceito do *princípio da obrigatoriedade residual* da ação penal de iniciativa pública, que consiste em uma chave interpretativa que reconhece os ganhos da obrigatoriedade, mas a qualifica para abarcar novos significados. *Residual* aqui entendido em dois sentidos: tanto como *restante*, isto é, como aquilo a ser mobilizado após as (mandatórias) saídas consensuais, assim como na acepção figurada, de *âmbito*, significando a necessidade de sempre impulsionar adiante a persecução penal (em alguma das lógicas existentes). O caminho acadêmico percorrido até a proposição conceitual se inicia com aportes teóricos, em especial a distinção entre Justiças consensual e disputada, superando as tradicionais classificações de sistemas jurídicos. Ademais, tratamos também de experiências internacionais, de modo não exaustivo, com foco no papel da obrigatoriedade e das soluções encontradas em outros países, antes de realizarmos um mergulho vertical em nosso país, a partir da compreensão da introdução do consenso e das mudanças experimentadas. Por fim, após nova incursão sobre premissas teóricas, propomos não apenas o princípio da obrigatoriedade residual, como também oferecemos leituras sobre conceitos outros que orbitam a ação penal, para, ao final, realizar testes acerca da aplicação do conceito jurídico proposto na presente Tese.

**Palavras-chave:** Princípio da Obrigatoriedade; Princípio da Obrigatoriedade Residual; Justiça Disputada. Justiça Consensual; Ação Penal.

## ABSTRACT

FRANCO, Ivan Candido da Silva de. *The principle of residual mandatory prosecution of the criminal procedure and the different ways to solve a criminal conflict: a proposal of compatibilization*. 2023. 391 p. Thesis (Doctorate) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

In the last decades, there have been several relevant changes in the ways that criminal conflicts are solved. The main change identified was the introduction and consolidation of consensual and negotiated mechanisms as alternatives to the criminal prosecution carried on by the State, which used to be entirely based on disputes and on judicial adjudication. The coexistence of the consensus in a context where, previously, only the logic of conflict prevailed, has created both theoretical and practical challenges. Ever since consensual conflict solutions emerged, there has been questioning about the previously established principle of mandatory prosecution, which guided the discussions about the criminal procedure in Brazil, resulting in different regulations. The diagnosis of the mitigation of the mandatory prosecution is precise, since it identified the insufficiency of mandatoriness, to explain a procedural system in which the monopoly of dispute-based justice has been broken. On the other hand, this analysis has proved to be insufficient, since it did not manage to reconcile, by means of an adequate legal concept, the coexistence of both conflictive and consensual logics in the same legal framework. So, it must be asked: is it still possible to sustain the existence of the principle of mandatory prosecution in Brazil, or would there be a prosecutorial discretion? Answering this question is the main contribution of the proposal of the *principle of residual mandatory prosecution* of the criminal procedure, which is an interpretation that acknowledges the advantages of mandatory prosecution, but that also qualifies it to encompass new meanings. *Residual* is intended here in two different ways: first by something *remaining*, as something to be brought into play after the (mandatory) consensual solutions, and in a figurative sense, as the *essence*, meaning the necessity of always pushing forward the criminal prosecution (in one of the existing rationales). The academic path ranged until this conceptual proposition begins with theoretical inputs, especially regarding the distinction between consensual and contested justice, overcoming the traditional categories of legal systems. Furthermore, we also address (non-exhaustive) international experiences, focusing on the role of mandatory prosecution and the solutions found in other countries, before making a deep dive in our country, from the understanding of the introduction of consensus and of the changes experienced. Finally, after a new approach on theoretical assumptions, we propose not only the principle of residual mandatory prosecution, but also interpretations of other concepts that surround criminal procedure, to carry out tests about the application of the legal concept proposed in this thesis.

**Keywords:** Principle of Mandatory Prosecution; Principle of Residual Mandatory Prosecution; Contested Justice; Consensual Justice; Criminal Procedure.

## RIASSUNTO

FRANCO, Ivan Candido da Silva de. *Il principio dell'obbligatorietà residuale dell'azione penale e differenti modi di risoluzione del conflitto penale: proposta di compatibilità*. 2023. 391 p. Tesi (Dottoramento) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Abbiamo conosciuto cambiamenti rilevanti nelle modalità di risoluzione dei conflitti criminali. La principale modifica è stata l'introduzione e il consolidamento di meccanismi consensuali alternativi all'azione penale, che prima era interamente basata sul processo penale contenzioso. La coesistenza del consenso in un contesto in cui, in precedenza, regnava solo la logica del conflitto, ha generato problemi teoriche e pratiche. Da quando sono emerse soluzioni consensuali, ci sono state interrogazioni e tensioni sul principio dell'obbligatorietà, che ha guidato il dibattito sul procedimento penale in Brasile, determinando da esso diverse regole. La diagnosi circa l'attenuazione dell'obbligatorietà è corretta, in quanto ha individuato l'insufficienza a spiegare un sistema processuale in cui è stato infranto il monopolio della Giustizia contestata. Tale costruzione si è rivelata, d'altronde, insufficiente, in quanto non è riuscita a conciliare, attraverso una concezione giuridica adeguata, la coesistenza di logiche contestate e consensuali nello stesso ordinamento. Ecco perché ci chiediamo: è ancora possibile sostenere l'esistenza del principio dell'obbligatorietà in Brasile, o ci sarebbe il principio dell'opportunità? Ed è questo il contributo principale della proposta del *principio dell'obbligatorietà residuale* dell'azione penale: una chiave interpretativa che riconosce i guadagni dell'obbligatorietà, ma la qualifica ad abbracciare nuovi significati. Residuale qui inteso in due sensi: sia come *resto*, cioè come quello da mobilitare dopo le (obbligatorie) uscite consensuali, sia in senso figurato, di *core*, intendendo la necessità di portare sempre avanti l'azione penale (in due delle logiche esistenti). Il percorso accademico fino alla proposizione concettuale inizia con apporti teorici, in particolare la distinzione tra Giustizia consensuale e contestata, superando le tradizionali classificazioni degli ordinamenti giuridici. Inoltre, ci occupiamo anche di alcuni esperienze internazionali, soffermandoci sul ruolo dell'obbligatorietà e delle soluzioni riscontrate in altri Paesi, prima di fare uno studio approfondito in Brasile, dalla comprensione dell'introduzione del consenso e dei cambiamenti vissuti. Infine, dopo una nuova incursione nelle premesse teoriche, si propone non solo il principio dell'obbligatorietà residuale, ma si offrono letture anche su altri concetti che orbitano attorno all'azione penale, per, infine, effettuare verifiche sull'applicazione delle nozioni giuridiche proposta in questa tesi.

**Parole Chiave:** Principio dell'obbligatorietà. Principio dell'obbligatorietà Residuale. Giustizia Contestata. Giustizia Consensuale. Azione Penale.

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1.1 - Exame de justa causa na transação penal .....	328
Quadro 1.2 - Exame de critérios objetivos na transação penal.....	331
Quadro 1.3 - Exame de critérios subjetivos na transação penal .....	333
Quadro 2.1- Exame de justa causa na suspensão condicional do processo.....	335
Quadro 2.2 - Exame de critérios objetivos na suspensão condicional do processo .....	338
Quadro 2.3 - Exame de critérios subjetivos na suspensão condicional do processo .....	340
Quadro 3.1 - Exame de justa causa no acordo de imunidade processual .....	344
Quadro 3.2 - Exame de critérios objetivos no acordo de imunidade processual.....	347
Quadro 3.3 - Exame de critérios subjetivos no acordo de imunidade processual .....	350
Quadro 4.1 - Exame de justa causa no acordo de não persecução penal.....	352
Quadro 4.2 - Exame de critérios objetivos no acordo de não persecução penal .....	357
Quadro 4.3 - Exame de critérios subjetivos no acordo de não persecução penal.....	360



## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

Art. – Artigo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

ANPP – Acordo de Não Persecução Penal

CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CCR – Câmara de Coordenação e Revisão

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CPPI – Código de Processo Penal Italiano

CPPP – Código de Processo Penal Português

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DPA – Deferred Prosecution Agreements

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

LAI – Lei de Acesso à Informação

MP – Ministério Público

NPA – Non-Prosecution Agreement

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

PGR – Procuradoria-Geral da República

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

USP – Universidade de São Paulo

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	23
-----------------	----

## PARTE I

APORTES TEÓRICOS DOS MODOS DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA CRIMINAL E SUA EXPRESSÃO EM EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS .....	47
---	----

## CAPÍTULO 1

OS SISTEMAS PROCESSUAIS EM MOVIMENTO: ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS MODOS DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA CRIMINAL.....	49
1.1 NOTAS METODOLÓGICAS: A IMPORTÂNCIA DE (AINDA) CLASSIFICAR SISTEMAS PROCESSUAIS. INTRODUÇÃO DE CATEGORIAS QUE COMPATIBILIZAM OS DIFERENTES MODOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL.....	49
1.2 AS CATEGORIAS CLÁSSICAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS: UMA NECESSÁRIA SUPERACÃO .....	55
<b>1.2.1</b> <b>Sistemas inquisitivo x acusatório e o modelo misto</b> .....	56
<b>1.2.2</b> <b>Sistemas adversarial e inquisitorial</b> .....	61
<b>1.2.3</b> <b>Limites das categorias clássicas: a lógica estritamente da disputa</b> .....	64
1.3 OUTRAS LEITURAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	66
1.4 JUSTIÇA DISPUTADA X JUSTIÇA CONSENSUAL: A DISTINÇÃO CONTEMPORÂNEA FUNDAMENTAL .....	69
<b>1.4.1</b> <b>Justiça disputada</b> .....	70
<b>1.4.1.1</b> <b><i>Do julgamento completo do processo às simplificações procedimentais</i></b> .....	71
<b>1.4.1.2</b> <b><i>Principais características: interesses antagônicos disputados pelas partes em um processo</i></b> .....	73
<b>1.4.2</b> <b>Justiça consensual</b> .....	74
<b>1.4.2.1</b> <b><i>A maximização da busca pela eficiência e a adoção do consenso</i></b> .....	74
<b>1.4.2.2</b> <b><i>Principais características: interesses comuns acordados pelas partes</i></b> .....	76

1.4.2.3	<i>Críticas ao consenso em âmbito criminal</i> .....	80
1.4.2.3.1	Desequilíbrio entre os atores processuais: indevida prevalência do órgão acusatório.....	81
1.4.2.3.2	Enfraquecimento da busca pela verdade.....	83
1.4.2.3.3	Aumento da sanção criminal a inocentes.....	87
1.4.2.3.4	Ofensa a direitos fundamentais no âmbito do processo criminal.....	89
1.5	CONCLUSÕES PARCIAIS: OS SISTEMAS PROCESSUAIS E O ADVENTO DEFINITIVO DA CONSENSUALIDADE NO PROCESSO PENAL. MARCOS TEÓRICOS E A POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAR OS DIFERENTES MODOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL.....	90

## CAPÍTULO 2

### O CONSENSO E SEU IMPACTO NA SOLUÇÃO CRIMINAL EM EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS: UM OLHAR SOBRE A OBRIGATORIEDADE (OU OPORTUNIDADE) DA AÇÃO PENAL.....

2.1	NOTAS METODOLÓGICAS: JUSTIFICATIVAS E PREMISSAS METODOLÓGICAS PARA ANÁLISES DE EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS, ASPECTOS OBSERVADOS E ESCOLHA DOS PAÍSES.....	95
2.2	MODELO ESTADUNIDENSE.....	102
2.2.1	A gênese precoce da negociação em âmbito criminal.....	103
2.2.2	Os institutos de consenso e o princípio da oportunidade.....	106
2.2.3	Críticas ao modelo de barganha.....	114
2.3	MODELO ITALIANO.....	119
2.3.1	O surgimento do consensualismo em meio a amplas reformas legislativas.....	120
2.3.2	Introdução ao consenso no processo penal: o patteggiamento e demais institutos no contexto da obrigatoriedade.....	123
2.3.3	Críticas ao consenso em solo italiano.....	130
2.4	MODELO PORTUGUÊS.....	134
2.4.1	Introdução de elementos consensuais: o Código de Processo Penal Português.....	136
2.4.2	Institutos de consenso em Portugal: introdução de modificações no modelo antes unicamente disputado.....	139

2.4.3	<b>Críticas às soluções consensuais em matéria penal na realidade portuguesa e o questionamento à obrigatoriedade.....</b>	146
2.5	CONCLUSÕES PARCIAIS: SISTEMAS PROCESSUAIS ESTRANGEIROS E O IMPACTO DO CONSENSO NA ESTRUTURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL NAS EXPERIÊNCIAS ANALISADAS. OS PRINCÍPIOS DA OPORTUNIDADE E DA OBRIGATORIEDADE APLICADOS.....	151

## PARTE II

	<b>O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO .....</b>	157
--	--	-----

### CAPÍTULO 3

	<b>DO PROCESSO PENAL ESTRITAMENTE DISPUTADO À ABERTURA AO CONSENSO DO MODELO BRASILEIRO.....</b>	159
--	--	-----

3.1	NOTAS METODOLÓGICAS: DO CALDO CULTURAL DA OBRIGATORIEDADE À SUA RUPTURA. JUSTIFICATIVA DA ANÁLISE HISTÓRICO-NORMATIVA E TEÓRICA A PARTIR DO CPP DE 1941.....	160
3.2	O CALDO CULTURAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL .....	163
3.2.1	<b>Estruturação da persecução penal: o CPP de 1941.....</b>	164
3.2.1.1	<i>A obrigatoriedade imanente ao sistema de persecução penal inquisitiva e de matriz inquisitorial .....</i>	165
3.2.1.2	<i>A obrigatoriedade da ação penal gestada no modelo estritamente disputado de persecução penal.....</i>	168
3.2.2	<b>Interpretação doutrinária sobre a ação penal de iniciativa pública: o princípio da obrigatoriedade .....</b>	171
3.2.2.1	<i>Destrinchando o princípio da obrigatoriedade .....</i>	172
3.2.2.1.1	Conceituação da obrigatoriedade.....	173
3.2.2.1.2	Confusão conceitual com o princípio da legalidade. Uma necessária diferenciação.....	176
3.2.2.1.3	Regras decorrentes da obrigatoriedade.....	179
3.3	RUPTURAS NA TRADIÇÃO CULTURAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	185

3.3.1	<b>Mudanças na estruturação da persecução penal: o tensionamento da obrigatoriedade.....</b>	186
3.3.1.1	<i>Baixo impacto na obrigatoriedade oriundo da maior acusatoriedade e da manutenção da direção estatal da persecução penal.....</i>	186
3.3.1.2	<i>A obrigatoriedade tensionada: abertura de espaços de consenso no processo penal brasileiro.....</i>	195
3.3.1.2.1	Prenúncio no processo civil: Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas.....	196
3.3.1.2.2	Constituição de 1988 e a abertura ao consenso.....	197
3.3.1.2.3	Surgimento, consolidação e ampliação dos institutos de consenso.....	198
3.3.2	<b>Interpretação doutrinária sobre a ação penal de iniciativa pública: o princípio da obrigatoriedade em xeque.....</b>	200
3.3.2.1	<i>A mitigação da obrigatoriedade. Diagnóstico generalizado de insuficiência do princípio da obrigatoriedade da ação penal.....</i>	201
3.3.2.2	<i>O prematuro abandono da obrigatoriedade. Inadequação dos princípios da oportunidade e da discricionariedade.....</i>	206
3.4	<b>CONCLUSÕES PARCIAIS: A NOVA FEIÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. A CONSENSUALIDADE E A INTERPRETAÇÃO SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA.....</b>	211

## CAPÍTULO 4

	<b>A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: OS INSTITUTOS DOS ACORDOS PROCESSUAIS.....</b>	215
4.1	NOTAS METODOLÓGICAS: JUSTIFICATIVAS PARA A ANÁLISE LEGISLATIVA E DA FORMATAÇÃO DOS INSTITUTOS DE CONSENSO...	215
4.2	TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DA LEI Nº 9.099/1995.....	219
4.2.1	<b>Histórico: o processo legislativo.....</b>	220
4.2.1.1	<i>Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto de Lei.....</i>	221
4.2.1.2	<i>Princípio da obrigatoriedade enfraquecido.....</i>	222
4.2.1.3	<i>Afastamento de um modelo de consenso estadunidense.....</i>	224
4.2.2	<b>Funcionamento dos institutos.....</b>	225

4.2.2.1	<i>Transação penal</i> .....	226
4.2.2.2	<i>Suspensão condicional do processo</i> .....	228
4.3	ACORDO DE IMUNIDADE PROCESSUAL (NÃO DENÚNCIA) NA COLABORAÇÃO PREMIADA DA LEI Nº 12.850/2013 .....	230
4.3.1	<b>Histórico: o processo legislativo</b> .....	232
4.3.1.1	<i>Previsão original da hipótese de acordo de imunidade processual</i> .....	232
4.3.1.2	<i>Modificações com a Lei nº 13.964/2019</i> .....	236
4.3.2	<b>Funcionamento do instituto da imunidade processual (não denúncia)</b> .....	240
4.4	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DA LEI Nº 13.964/2019.....	244
4.4.1	<b>Histórico</b> .....	244
4.4.1.1	<i>Surgimento por um ator processual: o Ministério Público e a Resolução n. 181/2017/CNMP</i> .....	245
4.4.1.2	<i>Processo legislativo para a conversão em lei</i> .....	248
4.4.2	<b>Funcionamento do instituto do ANPP</b> .....	250
4.5	CONCLUSÕES PARCIAIS: OS INSTITUTOS DE CONSENSO E A MUDANÇA DE FEIÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL BRASILEIRO.....	253

### PARTE III

	<b>O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA: TEORIA E APLICAÇÃO</b> .....	257
--	--	-----

### CAPÍTULO 5

	<b>O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA: UMA PROPOSIÇÃO CONCEITUAL</b> .....	259
5.1	NOTAS METODOLÓGICAS: CHAVES TEÓRICAS PARA INTERPRETAR UM SISTEMA PROCESSUAL EM QUE CONVIVEM SOLUÇÕES DISPUTADA E CONSENSUAL .....	259
5.2	PREMISSAS TEÓRICAS.....	263
5.2.1	<b>Normas</b> .....	263
5.2.2	<b>Princípios</b> .....	264

5.2.2.1	<i>Precusores da distinção entre princípios e regras no debate internacional</i> .....	265
5.2.2.2	<i>O debate sobre princípios e regras trazido ao Brasil</i> .....	268
5.2.2.3	<i>Princípios e regras incorporados pela doutrina</i> .....	272
5.2.2.4	<i>Definição adotada para princípio</i> .....	274
5.2.2.4.1	Motivos para adoção deste conceito de princípio.....	274
5.2.2.4.2	Contornos conceituais da definição adotada de princípio.....	276
5.2.3	<b>Regras</b> .....	280
5.3	<b>CONTORNOS TEÓRICOS DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA</b> .....	282
5.3.1	<b>Definição conceitual: o princípio da obrigatoriedade residual</b> .....	283
5.3.1.1	<i>Significado da residualidade</i> .....	289
5.3.1.2	<i>Diferença entre a obrigatoriedade residual e a mitigação da obrigatoriedade</i> .....	291
5.3.2	<b>Significado da obrigatoriedade residual como um princípio da ação penal de iniciativa pública</b> .....	292
5.3.2.1	<i>Características que identificam a obrigatoriedade residual a um princípio</i> .....	293
5.3.2.2	<i>Consequências do princípio da obrigatoriedade residual. Impacto em regras da ação penal</i> .....	296
5.4	<b>DEFINIÇÕES ADOTADAS PARA OUTROS CONCEITOS APLICÁVEIS À AÇÃO PENAL</b> .....	299
5.4.1	<b>Legalidade: a estrita observação do previsto na lei em sentido formal</b> .....	300
5.4.2	<b>Oportunidade: liberdade do órgão acusatório em proceder à persecução penal</b> .....	304
5.4.3	<b>Discricionariedade: qualificação do agir não vinculado do membro do órgão acusatório</b> .....	307
5.5	<b>CONCLUSÕES PARCIAIS: O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL E A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE DISTINTOS MODOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL. PROPOSTA DE UM QUADRO TEÓRICO HARMÔNICO DE INTERPRETAÇÃO DA AÇÃO PENAL</b> .....	309

## CAPÍTULO 6

### A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL: UMA PROPOSTA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS MODOS DE DISPUTA E CONSENSO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL ..... 315

6.1	NOTAS METODOLÓGICAS: APLICAÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO PROPOSTO.....	315
6.2	INFERÊNCIAS GERAIS SOBRE MODOS DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA A PARTIR DAS LENTES DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL .....	319
6.2.1	<b>Justiça disputada.....</b>	319
6.2.2	<b>Justiça consensual .....</b>	321
6.2.2.1	<i>Consenso como antecedente necessário à disputa .....</i>	321
6.2.2.2	<b>Ausência de princípios alternativos aplicáveis à ação penal .....</b>	323
6.3	APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL AOS INSTITUTOS DE CONSENSO .....	325
6.3.1	<b>Transação penal .....</b>	325
6.3.1.1	<i>Justa causa na transação penal .....</i>	326
6.3.1.2	<i>Critérios objetivos na transação penal.....</i>	328
6.3.1.3	<i>Critérios subjetivos na transação penal.....</i>	331
6.3.2	<b>Suspensão condicional do processo .....</b>	333
6.3.2.1	<i>Justa causa na suspensão condicional do processo .....</i>	333
6.3.2.2	<i>Critérios objetivos na suspensão condicional do processo.....</i>	336
6.3.2.3	<i>Critérios subjetivos na suspensão condicional do processo .....</i>	338
6.3.3	<b>Acordo de imunidade processual na colaboração premiada .....</b>	341
6.3.3.1	<i>Justa causa no acordo de imunidade processual na colaboração premiada.....</i>	341
6.3.3.2	<i>Critérios objetivos no acordo de imunidade processual na colaboração premiada.....</i>	344
6.3.3.3	<i>Critérios subjetivos no acordo de imunidade processual na colaboração premiada.....</i>	347
6.3.4	<b>Acordo de não persecução penal .....</b>	350
6.3.4.1	<i>Justa causa no acordo de não persecução penal.....</i>	350



6.3.4.2	<i>Critérios objetivos no acordo de não persecução penal</i> .....	352
6.3.4.3	<i>Critérios subjetivos no acordo de não persecução penal</i> .....	357
6.4	APARENTES CONFLITOS ENTRE MECANISMOS CONSENSUAIS.....	360
6.5	A EXPANSÃO DO CONSENSO COMO UM DIAGNÓSTICO: O PROJETO DE LEI DO NOVO CPP E O IMPACTO NA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL....	362
6.6	CONCLUSÕES PARCIAIS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL QUANDO MOBILIZADOS OS INSTITUTOS DE CONSENSO.....	366
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	371
	<b>REFERÊNCIA</b> .....	379

## INTRODUÇÃO

Os sistemas processuais ao redor do mundo têm conhecido relevantes modificações nos últimos anos. O direito penal segue sendo uma forma comum de se realizar o controle de comportamentos desviantes, e seu ramo instrumental pode ser uma valiosa maneira de se acessar os rumos que os Estados têm tomado em tal arena.

Há um diagnóstico de expansão do Direito Penal moderno que já vem sendo (re)afirmado há tempos pela doutrina, principalmente com a festejada ideia de que a *sociedade do risco*<sup>1</sup> impulsionaria a resposta penal à multiplicidade de conflitos sociais gerados de tal contexto, no bojo de uma sociedade industrial. Avançam autores para apontar outros fatores – como as novas possibilidades tecnológicas e a forma como as interações humanas ocorrem em virtude disso, responsáveis pelo aumento do risco inerente à nossa sociedade moderna, além da consideração de distintos bens jurídicos, em regra mais difusos –, fazendo com que se aumente tanto a sensação de insegurança, quanto a tutela penal sobre mais condutas.<sup>2</sup> De uma perspectiva sociológica, é possível também relacionar o aumento da desigualdade social, e demais conflitos deflagrados na sociedade pós-moderna, como fatores para incremento de risco<sup>3</sup> e, portanto, de aumento de insegurança. Esses paradigmas de sociedade podem explicar os movimentos de ampliação que caracterizam o direito criminal hoje.

Nesse contexto ainda, e já se pensando especificamente no ramo processual, há comuns leituras que demonstram um movimento internacional de *simplificação* do processo penal, muitas vezes pautada pelo ideário da *eficiência*. O fenômeno de expansão de mecanismos de resolução não judicial (e mais célere) do conflito conheceu aumento em tempos mais recentes, notadamente desde a década de 1970.<sup>4</sup> A força que possuem as saídas que escapam da solução

<sup>1</sup> Para a origem do conceito, que hoje faz parte do léxico das análises na área, e é amplamente citado em trabalhos que buscam entender a forma como o Direito Penal se comporta enquanto ferramenta do Estado para o enfrentamento de comportamentos desviantes, ver BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 42-57.

<sup>2</sup> Como autor referência, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33-52. O autor aponta diversos fatores que contribuem para o fator de insegurança e, assim, justificam a mobilização (ainda maior) do aparato estatal em direção à repressão de delitos como uma resposta construída nesse contexto.

<sup>3</sup> Ver SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 23-37. Do ponto de vista sociológico, o autor aponta características da sociedade a que chama de pós-moderna que dificultam a categorização de uma teoria crítica para interpretá-la e, ao fazê-lo, descreve características importantes, sendo uma delas a da existência de um elevado risco (individual e coletivo), que se reflete nos comportamentos sociais.

<sup>4</sup> Ver: LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, Palo Alto, v. 4, p. 1-66, Sept. 2019. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3453576>. Acesso em: 2 out. 2022, p.7-9. Em especial, sobre o movimento de expansão desses mecanismos assemelhados ao *plea*

judicial é um fato, sendo passível de debates o sentido (ou a interpretação) que se dá a isso. E, mais importante para o nosso objeto: interessante notar que tais análises, como regra, pensam a realização da Justiça Criminal como uma *resposta conflitiva* aos desequilíbrios sociais que resultam na prática de crimes.

Nesse ponto, temos questão de fundo mais relevante para o objeto da presente Tese de Doutorado, que é o avanço da assim chamada *Justiça consensual*<sup>5</sup> no âmbito criminal. Se tal fenômeno era antes localizado em poucos países, notadamente naqueles de matriz de *common law*, e em especial a bastante difundida experiência estadunidense, hoje essas formas de resolução do conflito penal são comuns nos mais diversos países. Inclusive, em nações de tradição jurídica distinta, notadamente aquelas de matriz romano-germânica. Ou seja, se antes tínhamos um quadro em que os mecanismos consensuais apareciam como exceções, restritos que estavam a poucos ordenamentos jurídicos, em regra de uma determinada matriz jurídica que se acreditava mais porosa a tais expedientes, hoje identificamos um fenômeno generalizado do consenso no processo penal. Como vaticinou o festejado comparatista Mirjan Damaška: “[...] a única coisa que pode ser dita com certeza em meio a esta situação fluida é que o processo de

---

*bargaining*, com encerramento administrativo do conflito criminal, ver: “*In fact, of the 57 countries covered in our sample that have adopted at least one trial avoiding conviction mechanism, 46 had no trial-avoiding conviction mechanism formally acknowledged by statute or approved by a high court before 1970. Between 1970 and 1979, five countries adopted or formally recognized at least one type of trial-avoiding conviction mechanism for the first time; between 1980 and 1989, one country did; between 1990 and 1999, 15 countries did; between 2000 and 2009, 17 countries did; and between 2010 and 2018, eight countries did.*” (p. 9).

<sup>5</sup> Não se ignora a existência de classificações as mais diversas sobre características imanentes às diferentes formas de manifestações da Justiça Penal (ver, por exemplo, a interessante divisão proposta na qual há pelo menos duas formas de realização de Justiça que envolvem alguma forma de mecanismo não conflitivo. TULKENS, François; KERCHOVE, M. Van de. La Justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée. *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, Bruxelles, n. 5, p. 445-494, 1996. Para os fins do presente trabalho, importa entender o fenômeno da introdução paulatina de mecanismos de consenso no ordenamento jurídico brasileiro, certo que as diferentes características serão destacadas quando importantes para a análise, principalmente para a compreensão do fenômeno da ação penal de iniciativa pública. Daí porque adotaremos solução semelhante a Vinicius Vasconcellos (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.), quando conceituou tais manifestações genericamente como fenômenos da *barganha* no direito processual. Adotamos, assim, uma definição ampla do que seja a *Justiça consensual*, consistindo em gênero das diversas espécies de formas abreviadas de resolução de conflitos de natureza penal, sem a tramitação processual ordinária. Entre os autores que utilizam tal nomenclatura, fazemos menção a texto recente, que balizou a diferenciação teórica central para as ulteriores análises jurídicas, presente em: ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27-60. Há outras formas de classificação do fenômeno, sendo a mais relevante delas a de *Justiça Negocial*, conceituação essa presente em LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in) eficácia do regime de liberdade individual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 117-153, maio 2018.

adjucação total está em declínio em todo lugar”.<sup>6</sup> Essa mudança, profunda, causou impactos nos mais diferentes ordenamentos jurídicos. E sobre ela nos debruçamos com especial interesse.

Do ponto de vista dos trabalhos acadêmicos, há fartos estudos sobre categorias que descrevem os sistemas processuais ao redor do mundo em grandes grupos, com características próprias. Ainda que tenhamos aproximações,<sup>7</sup> as categorias têm a vantagem de apontar clivagens relevantes para a melhor compreensão das realidades encontradas. Nesse sentido, ainda há valia em olharmos para os ordenamentos jurídicos e os qualificarmos entre *common law* ou *civil law*, bem como recorrermos às oposições conhecidas e sedimentadas, notadamente as dicotomias entre sistemas acusatório e inquisitivo, bem como entre modelos adversarial e inquisitorial. Tais distinções importam também quando se faz um esforço para compreensão de sistemas jurídicos estrangeiros, sendo o etiquetamento prévio uma porta de entrada importante<sup>8</sup> para tratar de interpretar um dado sistema jurídico.

Ainda que reconheçamos a importância dessas tradicionais categorias de classificação dos sistemas processuais, devemos apontar uma limitação que carregam, a qual não é singela. Essas clivagens foram gestadas e até hoje são utilizadas tomando como base um paradigma de *processo penal do conflito*. Olhar para as categorias tradicionalmente consideradas é diferenciar distintas matrizes jurídicas, que informam características alternativas, tanto em termos de

<sup>6</sup> DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1018-1039, 2004, p. 1019, com tradução livre do trecho mencionado. Continua o consagrado autor: “*The symptoms of this trend are many. Criminal matters are often diverted from criminal courts altogether, or mutated downward to a type of lesser offence that allows summary processing. Where this is not possible, various devices are used that reward defendants who cooperate with authorities in their own conviction. But while the old mode of cooperation was for defendants to make damage admissions in the mere expectation of more lenient treatment, the novel model is for authorities to offer concessions to defendants in exchange for act of self-condemnation which permits avoidance of the full adjudicative process or at least its facilitation*”.

<sup>7</sup> Sobre a utilidade de ainda se diferenciar os sistemas processuais e as aproximações entre modelos conhecidos, ver ZILLI, Marcos. Transplantes, traduções e Cavalos de Troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da Operação Lava Jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos (org.). *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 93-132 (em especial p. 97-101.). Para um breve histórico dos debates de sistemas processuais e proposição de uma forma de se pensar o sistema acusatório democrático, ver LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim informativo IBRASPP*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 34-36, out. 2013. Para um histórico minucioso sobre as origens dos sistemas inquisitivo e acusatório, ver SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 842, p. 413-435, 2005.

<sup>8</sup> Maximo Langer, autoridade no tema de estudos comparados, ao tratar da distinção entre sistemas adversarial e inquisitorial, entende como fundamental a consideração de tais dicotomias para realizar a inicial incursão em ordenamentos jurídicos concretamente considerados (LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 14-17.). Veja-se, em particular: “*Even if specific analyses have to pay attention to local particularities and to social, economic, and political influences on the criminal process, it would be a mistake not to attend to these substantial global commonalities or differences. Using a metaphor taken from modern systems theory, one could say that the Anglo-American and civil law systems respectively share the same or a similar adversarial or inquisitorial program, even if this program co-exists with other legal and social programs in each particular jurisdiction*” (p. 17).

diferenciação dos papéis entre julgador e acusador, quanto da direção estatal dada à persecução penal, mas sempre no registro de uma lógica disputada. Da mesma forma como identificado quando da apresentação geral do papel do direito penal frente aos comportamentos delitivos, o pressuposto das abordagens nessas clivagens teóricas entre clássicas tradições jurídicas é o mesmo: um processo penal calcado no conflito entre posições antagônicas. E essa é a principal mudança que buscamos acessar com verticalidade ao longo do trabalho. A existência, e a necessidade de consideração nas abordagens teórico-acadêmicas, do *paradigma do consenso* em meio ao processo penal.

É precisamente por essa razão que, muito embora as clivagens tradicionais sejam brevemente apresentadas e mencionadas, não são elas as preferencialmente utilizadas para fins de compreensão da realidade posta. Para tanto, focaremos em dualidade distinta, justamente aquela que distingue as formas de realização de Justiça como *disputada* ou *consensual*, conforme enunciado em texto de Marcos Zilli.<sup>9</sup> Por meio dessa distinção, acessamos com maior precisão o modo como os ordenamentos jurídicos têm se comportado. Trata-se, assim, de um olhar voltado para o modo de solução do conflito de índole criminal. Antes de se focar nas características que conformam um dado sistema, centra-se a leitura no *como* o conflito penal é enfrentado pelo Estado. E com uma característica definidora para a precisão teórica buscada em um trabalho acadêmico: as diferentes soluções, com abordagens epistemicamente distintas, necessariamente convivem em um mesmo ordenamento jurídico. Esses (diferentes) modos de solução de conflito são, por definição, intercambiáveis, operando em momentos distintos e com funções diversas na persecução penal. Não são, assim, formatações excludentes.

As diferenças entre as duas formas<sup>10</sup> de realização de Justiça são bastante aparentes, mas seu detalhamento se faz relevante. No paradigma da Justiça disputada, mais associado ao modelo tradicional de processo penal, importa destacar a presença de um processo baseado no conflito, protagonizado por duas partes com interesses em regra antagônicos, o sujeito particular imputado e o Estado-acusador, que buscam o convencimento de um terceiro imparcial, o Estado-juiz. Nesse roteiro, há um iter calcado no contraditório e na ampla defesa, buscando-se o convencimento judicial com o norte da *verdade processual* – também denominada de verdade

---

<sup>9</sup> Ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27-60.

<sup>10</sup> Fazemos referência a apenas duas formas, propositalmente excluindo uma terceira, ainda incipiente, que é a Justiça Restaurativa. Essa possível terceira forma de se acessar o conflito penal possui baixa normatização formal no país, o que dificulta a incursão acadêmica nesse momento, razão pela qual apenas fazemos algumas menções a ela ao longo do trabalho.

real.<sup>11</sup> O interesse do Estado, por meio de tal expediente, é avaliar as condutas tidas como delitivas e, se o caso for, reconhecer a culpa de um dado sujeito imputado e aplicar as devidas sanções.

De outro lado, a Justiça consensual funciona com uma lógica totalmente diferente. As posições antagônicas são colocadas de lado, o que permite com que, nesses contextos específicos, as partes tenham alguma forma de composição para se chegar a uma solução acordada no âmbito penal. Com isso, o papel da instrução processual, em especial da produção de provas e da disputa de teses, é colocado de lado, o que acaba por ocorrer também com a busca pela verdade (ao menos numa concepção mais estrita, daquilo que, em regra, é buscado em um processo judicial). Por meio dos acordos processuais, as partes entram em consenso acerca da sanção a ser aplicada em função do crime e, apenas após esse momento, o caso é submetido para alguma forma de análise judicial. Mesmo tal expediente é distinto do que ocorre na lógica disputada: ao invés de julgar os fatos para eventual atribuição de culpa, há verificação das condições de legalidade dos termos do acordo para, após, realizar a mera homologação do quanto estabelecido.

Estamos tratando de perspectivas ideais e simplificadas acerca das duas formas de realização de Justiça, mas podemos avistar com facilidade as diferenças presentes entre elas. E, muito embora a forma consensual<sup>12</sup> encontre críticas e resistências<sup>13</sup>, foi ela não apenas adotada,

---

<sup>11</sup> A discussão acerca do alcance dos conceitos de verdade processual e verdade real é relevante e surgirá em alguns momentos ao longo do trabalho, notadamente em seu cotejamento com os diferentes modelos de sistemas processuais e, portanto, de realização de Justiça. Sobre a relação entre verdade e prova, com uma análise histórica das suas inter-relações e de espaços ainda não esgotados pela doutrina, seja na acepção conceitual ou na teleológica, ver FERRER BELTRAN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Tradução Valentina Caraveli. Bologna: Il Mulino, 2004. Sobre a dificuldade de se encontrar a verdade em meio a um processo, mesmo que ela seja considerada por este autor como um princípio processual, ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 30, p. 163-198, 1998, p. 195-198.

<sup>12</sup> Estamos nos utilizando da expressão *consensual* como aquela que exprime a generalidade dos acordos no âmbito processual penal. Para explanações mais detalhadas acerca de tal opção, ver Capítulo 1, em especial a Seção 1.4.2.2.

<sup>13</sup> As críticas são diversas e comuns, mesmo em ordenamentos jurídicos nos quais a realidade da negociação em matéria criminal é a regra. Nesse sentido, tratando do modelo estadunidense, e da forma como a generalizada barganha acaba por afastar as decisões tomadas de um ideal buscado de Justiça, em prejuízo dos sujeitos imputados, ver ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, Berkeley, v. 69, n. 3, p. 652-730, May 1981. No caso brasileiro, muitas das resistências se manifestaram desde a primeira aparição de institutos de consenso, ocorrida com os institutos aplicáveis à sistemática dos juizados especiais e aos crimes de média gravidade. Para alguns autores, a lógica da celeridade e da presença do consenso em tais delitos trouxe nova seleção de crimes na Justiça penal, com foco em condutas que antes não eram, em regra, absorvidas pelo processo penal (WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 233-269, mar./abr. 2004, p. 248-251). No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior fala de banalização do Direito Penal, ao se voltar a atenção da Justiça criminal a contravenções penais e delitos bagatelares (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 786-790.). Outras críticas se acumulam, no Brasil e fora dele, mas serão esmiuçadas na Seção 1.4.2.3.

como teve sua importância aumentada ao redor do globo. Mesmo sem uma aplicação totalizante, isto é, de exclusiva adoção para o enfrentamento de todo e qualquer caso, a sua mobilização é frequente como um modo de solução do conflito penal. Conforme dito, trata-se de lógica complementar àquela existente da disputa (ou conflito), e que se encontra cada vez mais presente em ordenamentos jurídicos diversos.

Aspecto que chama atenção em todo o contexto narrado é a forma como essas mudanças ao redor da consensualização do processo influenciaram as tradicionais categorias jurídicas de processo penal. Um modelo estritamente disputado dispunha de princípios e regras que dialogavam e conformavam bem uma dada realidade<sup>14</sup> na qual foram gestados. Com a mudança significativa de tal realidade, é natural se imaginar que algumas acepções pudessem ser repensadas. E esse é o ponto nevrálgico que pretendemos abordar com a presente Tese de Doutorado, consistente na forma como o avanço do consenso impactou as categorias jurídicas em processo penal, em especial no que atine à *ação penal*<sup>15</sup> (de iniciativa pública). A escolha pela ação penal se justifica por sua centralidade na compreensão sobre a forma como a persecução penal engendrada pelo Estado se justifica, sendo ela o elemento definidor para acessar a maneira como as mais graves das sanções são legitimadas e aplicadas. Dentro desse contexto, muitos ordenamentos jurídicos da tradição jurídica de *civil law* adotam como princípio processual<sup>16</sup> a *obligatoriedade da ação penal*.

---

<sup>14</sup> Quando nos referimos à realidade estudada, referimo-nos a uma abordagem que considere prioritariamente as normas jurídicas aplicáveis. Isso porque há questionamentos, de ordem criminológica, sobre a seletividade inerente às atividades estatais de investigação e processamento criminais. Fazemos referência a tais discussões nesse momento, em função da relevância da discussão, mas já registramos que trataremos neste trabalho de uma perspectiva normativa dos sistemas processuais. Sobre o aspecto criminológico, sublinhamos que, ainda que de forma não declarada, determinados estratos sociais ou étnicos podem ser alvos preferenciais do sistema de repressão estatal, fazendo com que o foco e os recursos da persecução penal se voltem mais especialmente para tais grupos (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 175-177.). Comumente se aponta a existência da “*cifra oculta*” dos possíveis delitos praticados, ante a ineficácia na resolução dos casos submetidos à investigação policial (CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69-71.). Há também considerações sobre a não instauração de procedimentos investigativos pela Autoridade Policial em face de crimes de pequena monta, o que pode ocorrer “[...] com assentimento público [...] existindo grande discricionariedade da autoridade policial ante o inevitável fato de que o elevado número de crimes noticiados não permite que sejam todos objeto de investigação e processo” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 186-187.).

<sup>15</sup> Por ser lapidar e consagrada em nossa literatura, adotamos a definição de ação penal feita por Afrânio Silva Jardim em livro dedicado especificamente à temática: “[...] a ação penal é um direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado, em face de uma determinada pretensão, lastreada em norma penal ou processual penal.” (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obligatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 34.).

<sup>16</sup> Existem outros princípios aplicáveis à processualística penal como um todo, mas nos detivemos a esse aspecto em específico, por entender que seria o central para interpretar as mudanças que têm sido experienciadas em nosso ordenamento jurídico e contribuir com uma tese jurídica em tal campo. Podemos mencionar a clássica divisão proposta por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que divide os princípios gerais do processo penal em três grandes grupos: ação (oficialidade e obligatoriedade), jurisdição (imparcialidade, juiz natural,

A obrigatoriedade pode ser brevemente definida como o estabelecimento de um *caráter mandatário* ao impulso da ação penal, representada pelo oferecimento da denúncia criminal pelo órgão acusatório, sempre que o seu representante tiver elementos de informação que apontem os suficientes indícios de materialidade e autoria delitivas. Tal princípio se desdobra em outras regras de relevo, sendo a principal delas aquela atinente à indisponibilidade da ação penal, que diz respeito à impossibilidade de o órgão acusatório desistir da ação penal regularmente instaurada. Como se pode imaginar, a importância desse princípio está em buscar garantir que a atuação do órgão acusatório respeite plenamente o quanto disposto nas leis aplicáveis, vez que, em contato com elementos que indiquem a justa causa<sup>17</sup> para a deflagração da ação penal, deve proceder ao oferecimento da denúncia.

Sua importância está, assim, em delimitar com rigidez o papel dos agentes de Estado, o que acaba por comunicar a forma como se enxerga a necessidade de se coibir condutas delitivas. Daí porque esse princípio enuncia características centrais para a compreensão do modelo que se adota para a persecução penal conduzida pelo Estado. Ademais, há oposição ao que se conhece como *princípio da oportunidade*, que faculta amplo espaço de liberdade de decisão ao membro do órgão acusatório acerca do rumo a ser dado à ação penal – bem como ao que se segue da persecução penal.

Dentro de uma lógica estritamente conflitiva, não havia maiores questionamentos à pertinência do princípio da obrigatoriedade no contexto de Estados com a organização em torno do papel mais vinculado da atuação dos membros do órgão acusatório. O que ocorre é que, com a introdução do consenso, esse princípio, em sua acepção originalmente formulada, passou a não mais ter a mesma aderência de outrora à realidade. Movimentos semelhantes são encontrados em diferentes países, fazendo com que o mergulho na experiência comparada seja de valia para a compreensão do fenômeno que busca ser apreendido. Daí porque estudaremos experiências estrangeiras para buscar entender de que forma a presença do consenso afeta a

---

indeclinabilidade e inércia da jurisdição) e processo (contraditório, verdade material e livre convencimento). (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 30, p. 163-198, 1998.). As classificações podem variar a depender do autor adotado, mas o que importa, no presente momento, é marcar que o foco do presente trabalho está centrado na ação penal (de iniciativa pública).

<sup>17</sup> Para fins deste trabalho, passando ao largo da grande discussão doutrinária existente em torno desse tema, se ela seria uma condição da ação ou não, e lastreado na sua disposição legal, justa causa é entendida de forma pragmática: “[...] do ponto de vista prático, basta concluir que, se não houver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, a ação penal não será viável, e a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada nos termos do disposto no art. 395, III, do CPP” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169.). Da redação do CPP, de dispositivo incluído pela Lei nº 11.719/2008, vale a transcrição: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”



análise jurídica sobre o modo de persecução penal, em especial sobre o papel (obrigatório ou não) a ser desempenhado pelo membro do órgão acusatório.

Mesmo num contexto de maiores aproximações que se notam entre modelos distintos, as particularidades dos estudos em torno de experiências estrangeiras, com base na literatura local, possibilitam importantes inferências. Com os objetivos<sup>18</sup> claros e delimitados, é possível extrair elementos comparativos importantes, isto é, em cotejo com a realidade brasileira. Nesse contexto, buscamos entender os listados aspectos do país considerado como o berço das soluções consensuais em processo penal, que são os Estados Unidos. Nesse ordenamento jurídico, podemos localizar uma maior liberdade nas mãos do órgão acusatório, a que se chama de *oportunidade* da ação penal. Além disso, buscamos compreender outros dois sistemas jurídicos (Itália e Portugal), de países de tradição romano-germânica em que se aplica a obrigatoriedade da ação penal e, assim mesmo, foram criadas soluções consensuais. Importa compreender como esses movimentos se desenharam e, desde logo, já traçar as pertinentes comparações com o cenário encontrado no Brasil.

Após esse esforço, e sabendo das influências estrangeiras, especialmente da prática estadunidense,<sup>19</sup> que permearam e ainda se fazem presentes em nossa vida jurídica, releva olharmos com verticalidade para a realidade brasileira. No país, o Ministério Público, único<sup>20</sup> titular da ação penal pública, possui o *poder-dever* de promover a persecução penal pública nos

---

<sup>18</sup> Há três principais grupos de funções ou objetivos que podem ser buscados em um estudo comparado, na concepção exposta por Kai Ambos, sendo eles: de amparo ao trabalho legislativo, de utilização pelo corpo do Sistema de Justiça para resolução de casos e problemas concretos, e de cunho técnico-científico (AMBOS, Kai. Estado e futuro do direito penal comparado. *Anatomia do crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, Lisboa, n. 6, p. 9-42, jul./dez. 2017, p. 19-23.). Ainda que não se trate de um estudo comparado com metodologia própria, mas de tópicos da presente tese com o fim de ilustrar experiências relevantes para a realização de inferências, principalmente em contato com o caso brasileiro, temos que a aproximação maior se dá com o derradeiro aspecto. Isso porque, a análise das experiências estrangeiras com apoio na literatura local pode colaborar com a realização das referidas inferências teórico-analíticas.

<sup>19</sup> Ver, nesse sentido, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020, p. 153-155. Em especial: “Contudo, as tendências internacionais apontam para um panorama mais abrangente, que engloba mecanismos negociais que vão além do escopo probatório, buscando não a produção de provas contra terceiros, mas a própria condenação do imputado que negocia o acordo. [...] Por certo, são crescentes as relações de influências recíprocas entre os modelos processuais estrangeiros, com a consolidação de fenômenos comumente denominados “transplantes” e “importações”. Nesse sentido, o exemplo estadunidense se destaca como fonte de “inspiração” a diversos operadores, por diversas razões de ordem política e utilitarista, o que fomenta o desvelamento de uma “americanização” do processo penal mundialmente.” (p. 155).

<sup>20</sup> Fenômeno esse que ocorre desde a Constituição de 1988. Interessante colocar em perspectiva histórica os poderes que hoje sabemos ser do Ministério Público. Como explica Ronaldo Porto Macedo Junior, “Vale notar que até bem pouco tempo (até a Constituição Federal de 1988) ainda cabia ao juiz criminal brasileiro o poder subsidiário de promover, ele também, a ação penal pública nas contravenções e outros crimes de menor gravidade (o chamado processo judicialiforme eliminado pela C.F. de 1988)” (MACEDO JR. Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.) *Uma introdução ao estudo da Justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 78.).

casos em que entender estarem configurados os suficientes indícios de autoria e de materialidade acerca de fato tido como criminoso. O sistema processual brasileiro detém outras características que o definem, como uma raiz inquisitiva em sua codificação processual, que vem sendo modificada com seguidas reformas legislativas, bem como um tradicional controle estatal do processo (afastando esse processo de uma prática de partes, ou adversarial). Entretanto, do ponto de vista da compreensão da característica do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, o predicado central para ser analisado está no caráter de, ao menos até o advento da Constituição de 1988, ser o sistema processual *estritamente conflitivo* (ou *disputado*).

Nesse momento, recorreremos novamente à dicotomia mais importante que trabalharemos no presente estudo, que é a dos modos de realização de Justiça criminal (disputado e consensual). Pelo modelo de sistema processual brasileiro consagrado a partir do Código de Processo Penal de 1941, é tranquilo afirmar que o modelo de persecução penal existente era *unicamente disputado*. O Estado possuía no processo a figura do Estado-acusador em contraposição com a do sujeito imputado-particular, mediado pelo Estado-juiz. No processo penal daí decorrente, o órgão estatal responsável pela acusação, encarnado pelo Ministério Público,<sup>21</sup> ocupava posição antagônica à do particular,<sup>22</sup> não havendo espaço para qualquer forma de acomodação alternativa e, munido dos suficientes elementos de informação que dessem conta dos indícios de autoria e materialidade delitivas, devia o membro do MP oferecer a pertinente denúncia criminal. Em outras palavras, havia um modelo pleno de obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

Essa obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública está calcada em disposições legais que determinam os efeitos descritos pela doutrina, além de ter origem em uma interpretação do texto constitucional. E o modelo estritamente disputado, que projetava o princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura, era importante elemento dessa característica

---

<sup>21</sup> A ação penal pública incondicionada é a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro (ver CP, art. 100), sendo o Ministério Público, constitucional titular da ação penal, o responsável por intentá-la, reunidas as condições para tanto. Daí porque o presente trabalho será focado nessa hipótese, ainda que existam modalidades outras, como as ações penais de iniciativa privada e de iniciativa pública condicionada à representação, bem como a ação penal privada subsidiária da pública.

<sup>22</sup> Apesar de haver debate em torno da questão, com alguns autores considerando o Ministério Público como imparcial, entendemos que o órgão estatal ocupa, geralmente, a posição de antagonismo ao particular no processo penal acusatório conflitivo. Nesse sentido, e em reforço da acusatoriedade de nosso modelo: “Conceber o Ministério Público como parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes ou, ao menos, tomar a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.).

que informava a nossa cultura processual.<sup>23</sup> Mesmo diante de sua relevância, a obrigatoriedade, na forma como originalmente compreendida, passa a ser modificada a partir do advento de uma nova Constituição Federal. Lei Maior essa que representou, ao mesmo tempo, uma consolidação do modelo de persecução penal estatal e uma abertura para ruptura com o paradigma estritamente conflitivo até então existente, ao passo que (i) manteve a estrutura que se tinha para justificar a interpretação quanto à obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, acrescentando em seu texto uma maior estruturação e autonomia funcional do órgão acusatório enquanto uma instituição de Estado, e, de outro lado, (ii) inaugurou uma previsão, com assento constitucional, que especificamente faculta a *transação penal* em meio ao processo criminal.

Sobre o primeiro aspecto, há setores da doutrina que enxergam dispositivos constitucionais<sup>24</sup> que amparam o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, o que faz sentido quando da interpretação do ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Entre os artigos comumente citados estão os arts. 5º, XXXV e LIX, e 129, I,<sup>25</sup> nos quais, embora não se tenha tido uma escolha redacional tão explícita como outras conhecidas na experiência comparada<sup>26</sup> ou mesmo nas leis nacionais de regência, permite a manutenção

<sup>23</sup> De forma ainda mais incisiva, Antônio Suxberger afirma que, mais do que um elemento cultural, já forte o suficiente quando se fala de institucionalidade, há um verdadeiro *dogma* na acepção de obrigatoriedade em seu sentido original (SUXBERGER Antônio Henrique. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de Justiça Criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, v. 34, p. 35-50, 2017, p. 39-40.). Referido autor propõe a superação da obrigatoriedade, que, em sua visão, sequer possui previsão normativa clara. Discordamos de tal visão, haja vista que propomos uma qualificação da obrigatoriedade.

<sup>24</sup> Nesse sentido, ver RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 239. Nereu Giacomolli oferece interpretação de que a obrigatoriedade (por muitos chamada de *legalidade*) estaria prevista de maneira implícita no texto constitucional: “Portanto, ainda que a norma constitucional não se refira expressamente ao princípio da legalidade na atuação do Ministério Público, de sua atribuição constitucional de defesa da ordem jurídica se infere a obrigatoriedade de provocar a atuação jurisdicional, deduzindo a pretensão acusatória nos delitos que se processam por ação penal pública ou nos que dependam de representação, satisfeitos os requisitos legais.” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 307.). Já Guilherme de Souza Nucci entende que a obrigatoriedade constituiria uma regra constitucional (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 99.). Iremos diferenciar, ao longo do trabalho, os conceitos de legalidade e obrigatoriedade, assim como a distinção entre princípios e regras (sendo a obrigatoriedade um princípio), mas optamos por fazer referência a esses textos desde logo para ilustrar a gama de ideias existentes em torno da matéria estudada.

<sup>25</sup> Para que não restem dúvidas, transcrevemos os dispositivos constitucionais, todos da redação originária do referido Texto: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;” e “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”.

<sup>26</sup> Vale o registro de que outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, fizeram isso, dando *status* constitucional ao princípio da obrigatoriedade (para detalhes, ver Seção 1.3.2). Isso, entretanto, não impediu o avanço de um

da consagrada interpretação do princípio da obrigatoriedade. De outro lado, e desenvolvendo a segunda característica, o Constituinte optou por prever de forma expressa a possibilidade da existência de uma forma particular de composição em âmbito criminal (CRFB, art. 98, I),<sup>27</sup> a *transação penal*. Ou seja, pavimentou-se o caminho para que as soluções consensuais, já presentes em outras searas do direito, fossem também incorporadas no meio criminal.

E, dessa forma, diferentes leis, iniciadas em 1995 e tendo como último marco normativo relevante o ano de 2019, desenharam o atual quadro em matéria processual penal: soluções consensuais diversas convivendo com a persecução penal disputada ordinária. Isso, como seria de se esperar, impactou as leituras sobre o nosso sistema processual, em especial no que toca à obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. Isso porque, aquela enunciação aritmética, segundo a qual, presentes os suficientes elementos de informação indicando a existência de crime, seria mandatário o aviamento da denúncia criminal, passa a não mais corresponder à realidade. E é sobre essa mudança de feição de nosso ordenamento jurídico que nos focamos para compreender o impacto que a consensualidade trouxe.

Se, antes, a forma de se ler a realização de Justiça criminal no Brasil utilizava apenas as lentes do conflito, foi ela sobejamente modificada com a possibilidade de solução que englobe algum modo de composição. E isso criou dificuldades teóricas e práticas na interpretação jurídica. A partir da autorização constitucional expressa, o direito processual penal brasileiro abriu caminho para a convivência com espaços de consenso em meio ao modelo disputado vigente. Essas mudanças, que foram iniciadas de maneira mais restrita e foram ganhando mais corpo ao longo dos anos, e do enraizamento de uma lógica distinta no cenário nacional, merecem ser estudadas a fundo.

A primeira mudança, em termos de legislação ordinária com previsão de novos institutos jurídicos, foi materializada alguns anos depois da promulgação da Constituição, por meio da Lei nº 9.099/1995, ou “Lei dos Juizados Especiais”. Em nome da maior celeridade na resolução de crimes de menor potencial ofensivo, foi criado um *microsistema processual* com regras distintas das ordinariamente aplicadas e com a inclusão dos espaços de consenso. Como principais novidades de interesse para o presente trabalho, destacamos a existência da

---

modelo consensual na Itália, com disposições, de certa forma, mais agressivas do que aquelas existentes no caso brasileiro, como a concertação das partes sobre a pena a ser aplicada num dado processo (instituto conhecido como *patteggiamento*).

<sup>27</sup> Da redação original da Constituição: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...]”.

transação penal e da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995, arts. 76 e 89, respectivamente). Nesses dois casos, a persecução penal pela via do processo (judicial) conflitivo<sup>28</sup> é momentaneamente afastada para dar lugar à consensualidade na busca de solução. Na transação penal, há o acordo para crimes de menor potencial ofensivo,<sup>29</sup> entabulado antes do momento inaugural do processo ordinário, sendo que o aceite da oferta pelo sujeito imputado coloca fim à persecução penal. Já no caso da suspensão condicional do processo temos, para os delitos com pena mínima igual ou inferior a um ano, juntamente com o oferecimento da denúncia, a propositura de um acordo que, acaso aceite pelo particular, suspende o processo por um dado período, após o qual, cumpridas as condições impostas, é encerrado.

A referida legislação inaugura a admissão de práticas consensuais no âmbito do processo criminal, ao invés da adoção do até então único caminho conflitivo para a solução dos casos penais. Nota-se que, apesar de o Ministério Público ter somado às suas atribuições funcionais a possibilidade de oferecer propostas ao sujeito imputado (seja de transação penal, seja de suspensão condicional de processo), a mudança legislativa ocorreu de modo controlado e detalhadamente regrado, pois houve a previsão de novas formas de solução do conflito nos estritos limites da lei, e em situações específicas e delimitadas. É relevante ainda sublinhar que essas soluções de consenso são apresentadas e resolvidas perante o Poder Judiciário. Ou seja, são expedientes realizados pelo Ministério Público, com aceitação do sujeito imputado, que passam desde logo pelo crivo judicial, não havendo espaço para transações extrajudiciais elaboradas sem qualquer controle e fiscalização do órgão estatal julgador. Trata-se, então, de modificação de paradigma epistêmico do processo penal, ainda que, àquela altura, restrito a uma lei proposta a reger uma gama menor de crimes e contravenções penais.

Ainda maior mudança de paradigma é trazida pela Lei nº 12.850/2013 (“Lei das Organizações Criminosas”), com a introdução de uma forma de negócio jurídico processual<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Importante sublinhar o afastamento do estabelecimento de culpa pelo Estado como forma de se legitimar a imposição de sanções em âmbito criminal: “O processo penal consensual, com o princípio da discricionariedade regulada por lei, excepciona um princípio, até então absoluto, do processo penal, que é o *nulla poena sine iudicio*. A transação penal implica o cumprimento de pena de multa ou restritiva de direito, sem que haja um processo prévio” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 626.). Uma vez mais, fazemos questão de manter as referências em texto sobre a interpretação teórica acerca do fenômeno da consensualidade, mesmo que não tenhamos acordo sobre a nomenclatura (e seu significado). Nesse caso, temos a mobilização do conceito de discricionariedade mais uma vez sendo utilizado, o que, em nosso ver, não possui densidade teórica desejada.

<sup>29</sup> Crimes de menor potencial ofensivo, assim considerados conforme sua definição legal expressa (ver Lei nº 9.099/1995, arts. 60 e 61).

<sup>30</sup> A existência de alguma forma de delação premiada – que pode ser definida assim “[...] quando é incentivada pelo legislador, por meio de um prêmio concedido ao acusado delator na forma de benefícios processuais ou penais (redução da pena, perdão judicial, fixação de regime prisional mais brando, isenção de processo)” – não

que, ao mesmo tempo, aumentou a margem de atuação do órgão acusatório e expressamente afastou tais atos do imediato crivo judicial: esse é o caso da negociação de acordos de colaboração premiada. A legislação, inspirada num paradigma de maior eficiência do aparato estatal à repressão célere de crimes cometidos por organizações criminosas,<sup>31</sup> permitiu um amplo alcance às previsões de mecanismos negociais no âmbito da persecução penal. Se, antes, o modelo alternativo se restringia a crimes de menor potencial ofensivo ou outras infrações menos graves, o modelo consensual previsto pela Lei de Organizações Criminosas tem aplicação mais ampla, operando seus efeitos jurídico-processuais na investigação e processamento de uma maior gama de crimes, quando cometidos por organizações criminosas,<sup>32</sup> muitos deles considerados de alta gravidade<sup>33</sup> por nosso ordenamento jurídico.

---

é propriamente nova no Brasil, tendo sido introduzida pela Lei nº 8.072/1990, em seu art. 8º, parágrafo único (ver SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 191-205, jan./jun. 2011, p. 192.). O próprio autor faz um compêndio, no Apêndice de seu trabalho, das diversas legislações nacionais que previram institutos assemelhados, como, entre outras, as Leis de nº 9.034/1995 (art. 6º), nº 9.080/1995 (art. 25, § 2º), nº 9.613/1998 (art. 1º, § 5º), nº 9.807/1999 (art. 13). A grande diferença que observamos no presente instituto é a característica de negócio jurídico processual em que, para viabilizar esse meio de obtenção de prova, são dados grandes espaços de negociação para o membro do órgão acusatório com o sujeito imputado, podendo levar, inclusive, ao perdão judicial, acaso suas contribuições sejam reputadas como relevantes. Em mais precisas palavras: “A expressão colaborador foi sacramentada. A ela acrescentou-se referência à figura do réu. Buscou-se, assim, explicitar a condição especial de quem, ao mesmo tempo em que figura como alvo da persecução, presta efetiva colaboração para o deslinde dos fatos e identificação dos responsáveis. Por fim, indicou os resultados a serem alcançados com a colaboração, prevendo, ainda, a possibilidade de concessão do perdão judicial” (ZILLI, Marcos. Transplantes, traduções e Cavalos de Troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da Operação Lava Jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos (org.). *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 107.).

<sup>31</sup> Ver DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015, p. 9, 43 e 53.

<sup>32</sup> Ver art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013. Referida legislação foi modificada pela “Lei Anticrime” (Lei nº 13.964/2019), que procedimentalizou o instituto da colaboração premiada, embora não tenha modificado a essência do discutido no presente trabalho, que é o oferecimento de benefícios criminais premiais pelo Ministério Público após um procedimento de negociação (ou de *barganha*, em sentido estrito) em que o imputado oferece informações relevantes que permitam, em tese, obtenção de provas relevantes em desfavor de outros membros de uma dada organização criminosa. Acerca dos benefícios oferecidos pelo órgão acusatório, é de se registrar que existem expedientes heterodoxos e não previstos expressamente em lei oferecidos em determinados casos pelo MP, conforme apontado pela doutrina (por todos, ver ZILLI, Marcos. Transplantes, traduções e Cavalos de Troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da Operação Lava Jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos (org.). *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 119-123, e CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei n. 12.850/2013. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 255-274.). Apesar desses problemas práticos identificados em um instituto ainda novo, o mais relevante para o trabalho é a localização da colaboração premiada como um marco fundamental em nosso ordenamento jurídico penal, pela regulamentação de uma forma muito particular de negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova.

<sup>33</sup> Nos termos do art. 1º, §1º da Lei nº 12.850/2013, são abarcados pelo conceito de organização criminosa (e, por consequência, pelas demais disposições previstas na legislação) os crimes com pena máxima superior a 4 anos, ou que tenham caráter transnacional. Ainda que existam dificuldades metodológicas ou epistemológicas para a classificação dos delitos previstos em nosso ordenamento jurídico, utilizamo-nos aqui da divisão didática em três grupos feita por Scarance Fernandes (FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268,

Mais do que a ampliação significativa dos espaços de consenso para crimes mais graves, chama a atenção na Lei de Organizações Criminosas o caráter menos regulado do instituto, principalmente se comparado àqueles previstos na Lei dos Juizados Especiais. Inclusive pelas características de investigações envolvendo complexas organizações criminosas, não há clareza normativa sobre quais deveriam ser os critérios adotados pelos membros do órgão acusatório<sup>34</sup> para, diante dos fatos em tese criminosos, enveredar por um caminho de barganha e negociação ou seguir no processo conflitivo para buscar a sanção criminal por meio do processo judicial. Essas características particularizam a colaboração premiada como gênero, que é, ao mesmo tempo, um negócio jurídico-processual e um meio de obtenção de provas, voltado a auxiliar a atividade repressiva em um contexto (organização criminosa) no qual a solidariedade interna e a pouca porosidade às investigações seria a regra. Entretanto, este trabalho centrará esforços na compreensão de uma espécie específica de colaboração premiada, que guarda identidade com os demais institutos de consenso pelas suas características constitutivas, que é o acordo de imunidade processual (não denúncia), previsto no § 4º do art. 4 da Lei nº 12.850/2013.

Por meio desse acordo de imunidade processual na colaboração premiada, podemos verificar um instituto mais assemelhado com as hipóteses de consenso adotadas no país. Com hipóteses de incidência mais reguladas (principalmente após a reforma promovida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”), o Ministério Público passa a ter o *poder-dever* de atuar. Ou seja, quando o sujeito informa sobre infração que não era de conhecimento das Autoridades Públicas, não sendo ele o líder de uma dada organização criminosa, bem como tendo sido o primeiro a prestar a colaboração efetiva, há a necessidade de avaliação de tais requisitos por parte do MP para fins de oferecimento do benefício previsto em lei, que consiste no não oferecimento da denúncia (imunidade). A grande diferença está no fato de que o roteiro de negociação é necessariamente iniciado pelo sujeito particular, o qual pode se utilizar de tal expediente como uma autêntica estratégia de defesa. Após o acordo, há o controle judicial. Do

---

jan./fev. 2008, p. 231.), na qual se colocam em um extremo os crimes de bagatela (de menor potencial ofensivo, incluídos), e, em outro extremo, a criminalidade grave ou organizada e, entre eles, os crimes comuns.

<sup>34</sup> Gustavo Badaró problematiza alguns aspectos da atuação do Ministério Público em acordos de colaboração premiada, notadamente a ausência de critérios públicos sobre a forma de construção das hipóteses investigativa e acusatória e, conseqüentemente, a pouca clareza que os demais operadores têm sobre o porquê das escolhas realizadas na persecução penal: “Da forma como a colaboração premiada vem sendo praticada no Brasil, a escolha de se haverá essa colaboração e a de com quem esta se fará ocorre num campo de extrema discricionariedade, para não se dizer puro arbítrio do acusador. Não há uma pauta de critérios ou mesmo simples parâmetros de com quem o Ministério Público pode colaborar ou, em sentido contrário, em que hipóteses não se deve celebrar o acordo. Inexistem mecanismos eficientes de controle da escolha do colaborador e, muito menos, transparência das negociações. Não se justificam as escolhas de quem será e quem não será colaborador” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 142.).

ponto de vista dos representantes do órgão acusatório, há, novamente, uma vinculação rígida de atuação aos termos da lei.

Os espaços de consenso foram ainda mais ampliados após alguns anos da introdução dos acordos de colaboração premiada da Lei de Organizações Criminosas: surge o acordo de não persecução penal no Brasil, primeiramente por meio da Resolução nº 181/2017<sup>35</sup> do Conselho Nacional do Ministério Público e, posteriormente, agasalhada em seu conteúdo praticamente de forma integral, pela referida Lei Anticrime.

Com esse novo instituto, foi introduzida, para uma gama considerável de delitos (crimes com pena inferior a 4 anos, conforme o *caput* do art. 28-A do CPP), mais uma forma de acordo pré-processual com a possibilidade de resolução abreviada da contenda, após homologação judicial (CPP, art. 28-A, §§ 4º e 6º). Ou seja, foram criados mais mecanismos com o fim de afastar o processo penal disputado clássico. Necessário frisar também que, uma vez mais, foi dada pela lei a possibilidade de o órgão acusatório entabular um acordo para ver reconhecida a infração e propiciar uma sanção antecipada, abandonando o processamento regular do caso.

Certamente, essas novas formas de atuação do órgão acusatório exigem reflexão cuidadosa sobre como pensar o processo penal e seus princípios, construídos por uma lógica estritamente conflitiva. As modificações no quadro normativo que estrutura a persecução penal foram significativas, como resta claro da breve exposição feita, haja vista a transformação de um modelo em que a disputa era o único modo existente de resolução do conflito penal, para um outro em que são cada vez mais numerosas as saídas consensuais, que afastam a lógica do processo conflitivo. O questionamento geral a ser feito gira em torno de saber se essas mudanças, que alteraram o caráter da Justiça Criminal, foram acompanhadas de adequada reflexão acadêmica. E justamente nesse contexto que se propõe a problematização sobre uma construção doutrinária relevante referente à estruturação da persecução penal: ainda existe o *princípio da obrigatoriedade* da ação penal de iniciativa pública no ordenamento jurídico brasileiro?

Como resta evidente a esta altura, o modelo acadêmico da obrigatoriedade em sua acepção pura possuía uma força teórica explicativa satisfatória no modelo estritamente disputado. No atual cenário, entretanto, pertinentes questionamentos vêm sendo levantados, pois os institutos de consenso (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de imunidade processual na colaboração premiada e acordo de não persecução penal) vêm se avolumando e, com isso, o conceito contido no princípio da obrigatoriedade, em sua acepção

---

<sup>35</sup> O histórico acerca do surgimento do instituto e os questionamentos de ordem formal acerca da aplicabilidade da norma jurídica serão mais bem desenvolvidos em capítulo próprio, mais especificamente no Capítulo 4.



pura, perde a plenitude de sua capacidade explicativa. Como é possível se sustentar a inexorabilidade do oferecimento da denúncia (ou do prosseguimento do processo penal) em um cenário em que existem tantas outras formas distintas, e legalmente determinadas, de se colocar fim ao conflito penal? A forma de se resolver o conflito penal foi radicalmente modificada. Resta verificar se os debates acadêmicos acompanharam a questão de forma satisfatória.

O problema jurídico que propomos a (re)discussão no presente trabalho não é novo na academia. Pelo contrário, trata-se de indagação clássica, que não se restringe aos fóruns nacionais<sup>36</sup> e possui fundamental importância para se compreender o sistema processual penal que se pretende interpretar: afinal, a propositura da ação penal de iniciativa pública pelo órgão estatal legitimado, configuradas as hipóteses de caracterização do delito previstas em lei, é *sempre* obrigatória? Trata-se de pergunta estruturante e que se mostra central para qualquer pensador que pretenda interpretar dado ordenamento jurídico. Tais reflexões, à luz das significativas mudanças ocorridas em nosso ordenamento jurídico, não escaparam de nossos estudos acadêmicos. Principalmente a partir da Lei dos Juizados Especiais, foi difundida a ideia da mitigação da obrigatoriedade.

A *obrigatoriedade mitigada* representa leitura relevante da realidade que se apresentava. Seu maior mérito é reconhecer que a categoria do princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura não mais explicava o sistema processual brasileiro, cada vez mais modificado e com previsões normativas que não mais permitiam afirmar que, presentes os elementos de informação que indicassem um delito, seria mandatório o ajuizamento da ação penal. A paisagem normativa havia sido alterada, e essa percepção foi captada, vez que a obrigatoriedade não mais detinha a antiga capacidade explicativa, tendo seus efeitos sido mitigados pelos novos (e cada vez mais numerosos) institutos que viabilizavam o consenso. Houve a quebra de monopólio da Justiça disputada como forma única de resolução de conflito

---

<sup>36</sup> Para uma discussão interessante sobre vantagens e limites do princípio da obrigatoriedade (ou *legalidade*, conforme nomenclatura usada pelo texto, traduzido para espanhol) e do princípio da oportunidade, ver HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, p. 8-11, sept. 1988. Interessante notar que o texto é extraído de um simpósio de 1988 e, já naquela época, era uma questão buscar nos sistemas jurídicos alguma harmonia entre os diferentes princípios, que encarnavam vantagens e desvantagens. Mesmo sem cravar qual seria a forma preferível, acaba por levantar questões interessantes e que, mais de 30 anos depois, ainda são objeto de pesquisa: “*El principio de legalidad podría encuadrarse bajo las teorías penales absolutas. El principio de oportunidad, bajo las teorías relativas. El principio de legalidad defiende el automatismo, la igualdad y la justa expiación del hecho. El principio de oportunidad defiende la ponderación en el caso concreto, la consideración de las eventuales particularidades del caso y una inteligente orientación hacia las consecuencias, más predicamento. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que un sistema penal orientado exclusivamente en una dirección ‘moderna’, amenaza con sortear las clásicas barreras del Derecho Penal y convertirse en terrorismo de Estado.*” (p. 10).

de índole criminal. Esse aspecto positivo de diagnóstico não se nega. Entretanto, essa mesma leitura é, sob outra ótica, insuficiente.

Qualificamos a leitura da obrigatoriedade mitigada como insuficiente porque não compatibiliza a vertente consensual ao nosso sistema processual. Não deixa de considerar a consensualidade, mas, de forma insuficiente, acaba por reservar a ela um espaço distinto, como se as realidades do consenso e da disputa não se comunicassem. E uma das grandes características da presença de mecanismos de composição em matéria criminal é a sua convivência com as formas conflitivas de resolução do conflito. Portanto, ao apenas enunciar um diagnóstico de (necessário) tensionamento da obrigatoriedade em sua acepção pura, falta um passo fundamental ao conceito da obrigatoriedade mitigada: o de realizar a necessária compatibilização, teórica e prática, entre as realidades consensual e disputada. E é esse passo que o proposto conceito do *princípio da obrigatoriedade residual* da ação penal de iniciativa pública pretende fornecer, de forma a constituir a principal tese jurídica sustentada, como forma de contribuir com o conhecimento científico no campo do processo penal.

Para a compreensão do conceito jurídico proposto em toda a sua complexidade, com a densidade teórica exigida e com a posterior demonstração de sua aplicação, realizamos uma construção faseada, para explicar e justificar cada um de seus elementos constitutivos. O primeiro deles consiste em enfrentar a questão sobre a distinção entre princípios e regras para, após, qualificar a obrigatoriedade dentro de tais categorias jurídicas. O debate acerca de tal distinção entre normas jurídicas foi iniciado no contexto internacional e trazido há algumas décadas para o Brasil. Isso não significa haver algo próximo de um conceito adotado com generalidade em nosso país. Até por isso tomamos o cuidado de expor as diferentes visões existentes e, mais do que isso, de apontar quais são as vantagens e desvantagens analíticas que podemos encontrar em cada uma delas, principalmente quando consideramos o ganho analítico no contexto do processo penal.

Daí porque chegamos à adoção de uma definição com grau satisfatório de aceitação e aplicação em nossa literatura, além da sua imanente densidade teórica. Por esse motivo que nos baseamos na visão externada por Joaquim José Gomes Canotilho quando realiza essa diferenciação enunciando características mais marcantes dos princípios, sendo, em essência, aquelas normas jurídicas com (a) maior abstração, (b) fundamentalidade e (c) significativa influência em outras normas.<sup>37</sup> Assim, por meio da leitura que adotamos, os princípios possuem

---

<sup>37</sup> Utilizamos-nos do referencial teórico do consagrado autor (ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1162.) como visão prioritária, agregando alguns outros elementos vindos de outros teóricos, quando necessário, além de sistematização própria. A descrição

uma textura mais aberta, com enunciados que se aplicam de forma mais difusa, ao mesmo tempo que tais comandos possuem um aspecto de extrema relevância para a conformação de um dado sistema jurídico, relevância essa que se nota especialmente na capacidade de exercer influência sobre regras jurídicas que se aplicam em temática correlata. A *contrario sensu*, as regras possuem predicados distintos, sendo aquelas normas jurídicas com menor abstração, com efeitos de relevância mais restritos, assim como sem uma necessária influência em demais normas. Com tal visão, é possível interpretar a realidade de um dado ordenamento jurídico sob a ótica do processo, ramo instrumental e que necessita ser manejado com conceitos operativos.

Para além da distinção entre princípios e regras, importa a definição precisa do que seja a *obligatoriedade residual*. Em primeiro lugar, resta evidente que o conceito pretende preservar, ao menos em parte, o sentido da obrigatoriedade, na forma tradicionalmente definida. Isso implica um relevante resgate do consagrado conceito, o qual, embora tensionado ao longo dos últimos anos, possui um sentido relevante que, em nossa visão, merece ser preservado. De toda forma, o principal aspecto a ser destrinchado está na adjetivação proposta. Nesse sentido, utilizamos *residual* em dois de seus significados presentes na língua portuguesa: o primeiro deles, justamente aquele mais consagrado, tem sentido de “*que resta; restante*”, e, o segundo, representante do sentido figurado, significando “[...] o âmago ou o fundo de uma questão”.<sup>38</sup>

O primeiro significado de residualidade é o mais conhecido, explicitando justamente *aquilo que resta*. Ao tratarmos da processualística, referimo-nos ao fato de que o restante daquela obrigatoriedade classicamente definida ainda pode ser observada na persecução penal. Embora não tenhamos mais aquele caráter inexorável da obrigatoriedade de quando essa ideia foi gestada, seus efeitos ainda podem ser sentidos, acaso superada a lógica do consenso na resolução do conflito penal. Em termos mais práticos, é fato que a presença de elementos suficientes de informação não mais demanda, necessariamente, a mobilização do aparato estatal em sua feição conflitiva, representada pela formulação da denúncia para se iniciar a ação penal de iniciativa pública. Os institutos de consenso, em regra antecedentes, tomaram esse lugar. Todavia, superados os acordos processuais pertinentes, resta, ainda, a saída

---

minuciosa das opções teóricas será feita em detalhes no momento pertinente, no Capítulo 5. Para fins de registro, desde logo registramos as características originalmente enunciadas pelo autor português, que são: (i) elevado grau de abstração; (ii) menor determinabilidade; (iii) fundamentalidade; (iv) proximidade da ideia de direito; e (v) natureza jurídica de caráter normogenético.

<sup>38</sup> RESIDUAL. In: DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa online. São Paulo: Melhoramentos, c2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=res%C3%ADduo>. Acesso em: 19 jun. 2022. Por uma questão metodológica, fizemos a pesquisa para definições da palavra “resíduo”, pois “residual” é um adjetivo derivado da palavra (no substantivo).

disputada, simbolizada pelo oferecimento da denúncia criminal – e demais atos subsequentes na persecução penal.

Mais, sobre esse primeiro aspecto da adjetivação que vimos enunciando, *residual* resgata a importância daquilo que ainda existe da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. As hipóteses consensuais antecedentes devem ser enfrentadas e, para todos os fins, devem ser consideradas com primariedade em relação ao processo conflitivo. Em muitos casos, portanto, aquela obrigatoriedade em sua acepção pura jamais será mobilizada, justamente porque foi operada outra forma de resolução do conflito penal, lastreada na composição. Entretanto, acaso superada a lógica do consenso (o que pode ocorrer, inclusive, já na fase de execução), será necessariamente mobilizada a lógica da disputa, a qual é informada pelo signo da obrigatoriedade.

Já na segunda acepção sobre a residualidade, dispomos de um sentido morfológico menos evidente, mas nem por isso menos relevante para o conceito que se propõe. O sentido adotado é de *âmago* (ou fundo) da questão. E esse aspecto também é utilizado para caracterizar a obrigatoriedade com a sua nova roupagem. E esse predicado passa a ideia de que os efeitos da obrigatoriedade se manifestam nos demais momentos da persecução penal, sendo tais efeitos os de impulsionamento do processamento estatal. E aqui independe a modalidade em que isso será feito. Tratamos do próprio sentido de se colocar para a frente a resposta estatal ao conflito penal, sendo isso feito pela forma consensual, ou pela forma conflitiva. O que importa é o sentido, mandatório, de realizar esse impulsionamento, de se expressar que não cabe aos agentes de Estado simplesmente optar por fazer ou não tais atos de ofício, mas, sim, de seguir a lei e realizar a Justiça criminal, independentemente da forma prevista para cada um dos casos (e do momento considerado).

Por meio das premissas teóricas bem estabelecidas, conseguimos qualificar a obrigatoriedade residual como um princípio. Em apertado resumo, podemos verificar que tem ela um grau de generalidade alto, possui fundamentalidade na compreensão do sistema a que se aplica, assim como tem a característica de ver seus efeitos irradiados em demais regras. As primeiras duas características são apreendidas de plano, sendo de relevo reforçar a importância dessa última. Não apenas o princípio da obrigatoriedade residual influencia outras regras que compõem o nosso ordenamento jurídico, como é capaz de conferir uma interpretação una e compatível a nosso sistema processual penal. Não se fala mais em *princípios alternativos* para uma mesma persecução penal. Por meio do conceito unificador, o mesmo processo penal é interpretado com as mesmas lentes, ainda que se reconheça a diferença existente entre formas

distintas de realização de Justiça. Compatibiliza-se, assim, a leitura acerca do sistema processual em que convivem distintos modos de solução do conflito de índole criminal.

Sustentamos, assim, o reconhecimento da existência do *princípio da obrigatoriedade residual*, que implica o respeito à lógica do consenso como antecedente ao processo conflitivo, mas que, acaso superada, redundando na obrigatoriedade da propositura da ação penal – ou de sua não desistência, quando já iniciado o processo penal. Trata-se de visão que confere unidade sistêmica para o fenômeno da persecução penal realizada no país. Isso porque as soluções consensuais convivem com a via conflitiva nas mais diferentes fases do processo e do procedimento, razão pela qual uma apreensão teórica do fenômeno processual não pode ignorar tais fatos ou simplesmente tratá-los como meras exceções às vias conflitivas ordinárias.

A necessidade de se explicitar por meio de um conceito teórico essa intersecção é um ganho acadêmico de relevo. Por força de seguidas mudanças legislativas, o antes único caminho da persecução penal ganhou diversas bifurcações ao longo do trajeto, as quais implicam soluções distintas ao conflito penal, ainda que haja a marca comum da sanção: por meio da via conflitiva, há o estabelecimento de culpa pelo Estado após o regular processo penal baseado no contraditório, e, por meio da via consensual, há o acordo entre as partes, que não mais disputam o objeto do processo, não havendo, por isso, estabelecimento de culpa.

A defesa da existência do princípio da obrigatoriedade residual se mostra relevante por ter carga explicativa mais aderente à realidade do que os demais conceitos largamente utilizados pela doutrina, por vezes de forma indiscriminada, o que prejudica a mais precisa apreensão do objeto estudado. A proposição de princípios alternativos – tais como *discricionariedade regrada*, *oportunidade regulada*, entre outros – não consegue explicar satisfatoriamente a persecução penal como efetivamente ocorre. E isso justamente pelo fato de não harmonizar as duas formas de solução do conflito penal, tratando-as como duas realidades compartimentalizadas, que é justamente o contrário do que se verifica do espírito de tais mecanismos. Por essa razão ainda, e de forma a uniformizar conceitos e entendimentos também sobre outras definições que orbitam a ação penal, que padronizamos as definições adotadas para *legalidade* (ato decorrente diretamente da interpretação e aplicação da lei de regência), *oportunidade* (como o reverso da obrigatoriedade, sendo a característica de ordenamentos que não possuem o caráter mandatório da persecução penal) e *discricionariedade* (como a característica que informa a atuação do representante do Estado que atua com liberdade, sem vinculação com termos estritos previstos em lei).

Como se nota, a conceituação proposta tem como principal força possibilitar uma interpretação sistêmica da persecução penal no Brasil com maior aderência à realidade, ao invés

de insistirmos em interpretações que se mostraram frágeis em compatibilizar essas realidades que hoje se comunicam em nosso sistema processual penal. Mais do que isso, as lentes sugeridas têm o potencial de serem extrapoladas para a compreensão da forma como outros ordenamentos jurídico-criminais se estruturam, notadamente em vista da expansão dos caminhos consensuais que são experimentados em diversos outros países.

Para apresentar o caminho a ser adotado na presente Tese de Doutorado, apresentaremos a estrutura do trabalho. A problemática brevemente apresentada será desenvolvida em três partes, cada uma delas composta por dois capítulos, totalizando seis grandes tópicos, ao final. O tópico derradeiro de cada um dos Capítulos é dedicado à apresentação das conclusões parciais, de forma a sintetizar e organizar as principais inferências desenvolvidas. As divisões são feitas em função do tema, conforme se passa a apresentar, esquematicamente.

Após esta Introdução, abriremos a **Parte I**, que se dedica a apresentar os elementos teóricos caracterizadores dos sistemas processuais, assim como as análises das experiências estrangeiras. No Capítulo 1, tratamos das categorias para a compreensão dos sistemas processuais. Apresentamos as clivagens mais tradicionais, para demonstrar sua insuficiência para captar o fenômeno processual contemporâneo, muito por conta de se basearem em uma abordagem do processo com uma leitura restrita à sua faceta disputada. Em virtude disso, após apresentarmos outras leituras que buscaram fugir das tradicionais categorias, descrevemos em detalhes a clivagem adotada para a compreensão do fenômeno, que é aquela que apresenta os dois tipos de formas de realização de Justiça criminal: modalidades disputada e consensual. Assim, o desenvolvimento desse marco teórico, com foco na compreensão do seu impacto na análise do princípio da obrigatoriedade, é aprofundado. Foco maior nesses tópicos derradeiros é dado ao fenômeno da consensualidade, aspecto mais novo a figurar na persecução penal e com repercussões na obrigatoriedade, que, por isso, recebe maior detalhamento.

No Capítulo 2 da pesquisa será realizado um estudo não exaustivo de experiências internacionais de sistemas processuais penais. Para tanto, foram selecionados três países, um com tradição de *common law* e que é tido como o berço do consenso em matéria criminal (Estados Unidos), e outros dois de tradição jurídica de *civil law* e que, embora tivessem um sistema jurídico baseado no princípio da obrigatoriedade da ação penal, conheceram a chegada do consenso (Itália e Portugal). O foco será compreender de que forma o consenso impactou a estruturação da ação penal pública, permitindo-se, quando possível, o estabelecimento de comparações com o caso brasileiro. A clivagem teórica central para análise a ser adotada é a apresentada no Capítulo pretérito (modos de realização de Justiça disputado e consensual).

Apresentadas as bases teóricas utilizadas e verificadas distintas manifestações do fenômeno processual contemporâneo em experiências estrangeiras, abrimos a **Parte II** da presente Tese com uma leitura vertical sobre o sistema processual penal brasileiro. No Capítulo 3 será dado foco ao sistema processual penal brasileiro, e a forma como as suas características principais são percebidas. Fazemos uma contraposição entre dois momentos: o do caldo cultural original, que informa a percepção das características de nosso ordenamento jurídico, com o da ruptura dessa tradição jurídica. Para cada um dos momentos, realizamos uma análise da estrutura normativa e no que ela implicava em termos de aceção geral daquele sistema, além de fazermos uma incursão sobre a forma como a literatura interpretava os conceitos jurídicos aplicáveis à ação penal. Assim, apreendemos que o caldo cultural original lastreado pelo CPP de 1941 era baseado num paradigma estritamente disputado como modo de solução do conflito penal. Nesse contexto, o princípio da obrigatoriedade era plenamente aplicado, estruturando com grande aderência a forma de organização da persecução penal. Na sequência, após a promulgação da Constituição que previu expressamente a possibilidade de realização de acordos em âmbito criminal, nosso sistema processual conheceu relevantes rupturas, sendo a principal a quebra do monopólio do modo conflitivo. Assim, a literatura passou a tensionar o princípio da obrigatoriedade, de onde nasce o correto diagnóstico da obrigatoriedade mitigada. Entretanto, não se concebeu conceito capaz de compatibilizar as duas realidades que passaram a coexistir.

Após, no Capítulo 4, será feito um detalhado histórico das mudanças legislativas que foram ampliando as hipóteses de consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro. O foco é compreender a chegada de cada um dos institutos e a forma como eles impactaram na visão existente acerca do princípio da obrigatoriedade em sua aceção pura. Assim, são apresentados em detalhe a transação penal e a suspensão condicional do processo (Lei dos Juizados Especiais), o acordo de imunidade na colaboração premiada (Lei de Organizações Criminosas) e o acordo de não persecução penal (Lei Anticrime). Para tanto, são realizados históricos normativos, com apoio nas discussões congressuais que embasaram as modificações legislativas, além de leituras interpretativas, lastreadas na literatura e na jurisprudência.

Feito o apanhado das mudanças do sistema processual penal brasileiro, abrimos a **Parte III** e derradeira da presente Tese de Doutorado buscando apresentar o princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública. No Capítulo 5, abrimos diferenciando os dois principais tipos de normas jurídicas, que são princípios e regras. Resgatamos debates internacionais, sua chegada no Brasil e, ainda, sua aplicação ao processo penal para adotarmos uma conceituação de princípio a ser adotada para o presente trabalho.

Feito isso, temos condições de apresentar o princípio da obrigatoriedade residual, com suas principais características, capazes de explicar o (ainda) mandatário impulsionamento da persecução penal, mesmo que tal expediente possa variar em sua forma, isto é, pelo antecedente consensual ou, acaso superado, pelo conseqüente modo disputado. Esse caráter de residualidade é especialmente aprofundado, diferenciando-o, inclusive, da consagrada leitura acerca da mitigação da obrigatoriedade. Ao final, apresentamos as definições adotadas para três conceitos que orbitam a ação penal: legalidade, oportunidade e discricionariedade.

Por fim, no Capítulo 6, apresentamos a aplicação do desenvolvido princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública. Primeiramente, pelas inferências gerais acerca do quadro teórico desenvolvido, temos que o consenso pode ser compreendido como um antecedente à lógica disputada. Mais do que isso, os conceitos apresentados permitem uma interpretação harmônica e integrada entre os dois modos de realização de Justiça em âmbito criminal, não havendo que se falar em princípios alternativos. Após, passamos à aplicação prática do referido princípio, observando-se em detalhes os momentos em que os institutos de consenso são mobilizados e, a partir disso, destrinchando os critérios a serem observados, pelos agentes de Estado, por grupo de características (justa causa, critérios objetivos e critérios subjetivos), e a forma de serem aplicados. Por meio de tal expediente, conseguimos apresentar um roteiro de aplicação dos institutos à luz de uma lógica coerente trazida pelo princípio da obrigatoriedade residual, explicitando, em cada um dos casos, as conseqüências jurídicas extraídas. Ao final, como fecho, resolvemos aparentes conflitos entre os mecanismos de consenso e apresentamos a potencial expansão do consenso no país e seu impacto na obrigatoriedade residual.

Após, serão reunidos os principais achados da presente pesquisa, para fins de **Conclusão**.





**PARTE I**  
**APORTES TEÓRICOS DOS MODOS DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA**  
**CRIMINAL E SUA EXPRESSÃO EM EXPERIÊNCIAS**  
**ESTRANGEIRAS**



## **CAPÍTULO 1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS EM MOVIMENTO: ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS MODOS DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Estudos acadêmicos buscam organizar e classificar o conhecimento existente acerca dos sistemas processuais observados no mundo todo. Nada mais natural para essa atividade, vez que a categorização e a generalização realizadas são formas eficientes de acessar a forma como um dado ordenamento jurídico é estruturado. Esse exercício de observação é ainda mais importante em um momento no qual os sistemas apresentam mudanças e intercâmbios entre soluções jurídicas tomadas em distintas realidades, mundo afora.

É sobre esse aspecto que se dedicará este Capítulo inaugural desta Tese de Doutorado. Apresentaremos uma breve contextualização e a justificativa metodológica, antes de adentrarmos na exposição crítica acerca das dicotomias clássicas (sistemas acusatório e inquisitivo, bem como adversarial e inquisitorial). O expediente é classificado como *crítico* porque, embora relevantes, não são tais classificações capazes de explicar a forma de realização de justiça consensual, justamente porque foram tais categorias gestadas para explicar a lógica conflitiva de resolução do conflito criminal. Após, faremos referências a leituras alternativas que escapam dessas classificações tradicionais para, então, chegar à dicotomia de maior interesse para o trabalho, que ocorre entre as Justiças disputada e consensual. Foco especial é dado na forma consensual de resolução de conflitos, que é responsável pela mudança da feição de muitos modelos processuais observados, em especial no que toca ao tensionamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

### **1.1 NOTAS METODOLÓGICAS: A IMPORTÂNCIA DE (AINDA) CLASSIFICAR SISTEMAS PROCESSUAIS. INTRODUÇÃO DE CATEGORIAS QUE COMPATIBILIZAM OS DIFERENTES MODOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL**

Na presente Seção metodológica, apresentaremos, primeiramente, a justificativa de fundo, capaz de lastrear a relevância de ainda recorrermos a classificações e clivagens teóricas para a interpretação de sistemas processuais. Com isso, explicitamos os motivos de qualificações acadêmicas seguirem contribuindo para a compreensão de fenômenos processuais contemporâneos, permitindo as necessárias inferências em um trabalho como este, ainda que

proponhamos a superação das categorias clássicas para acessar o fenômeno da consensualidade em matéria criminal.

Como é sabido, os sistemas processuais comportam diferentes classificações e formas de serem observados. Isso depende diretamente da lente que se utiliza para fazer os estudos e as inferências. No presente Capítulo, dedicaremos as Seções seguintes para destrinchar algumas de suas características distintivas, como uma forma de contribuir com a base teórica que será utilizada na presente Tese de Doutorado. Em especial, destrincharemos com detalhe a dicotomia de maior relevo, qual seja, aquela entre os modos de solução do conflito penal consensual e disputado.

Como premissa, temos que os sistemas processuais dos diferentes Estados Nacionais que podem ser observados são estruturados para responder a uma dada política criminal. Interessante, por isso, mencionar uma vez mais a construção teórica já sedimentada acerca da expansão do direito penal e de seu significado para a sua presença na tutela de cada vez mais condutas. Fala-se principalmente da noção de sociedade do risco, e do *direito penal do risco*, expressão que assume o significado de preservação antecipada de bens jurídicos universais.<sup>39</sup> Esse entendimento redundou na franca expansão das condutas agasalhadas pelo direito penal, que passou a tutelar bens jurídicos supraindividuais, fenômeno esse encontrado em diferentes partes do globo, o que demonstra uma preocupação maior pela proteção de bens que ultrapassam a esfera do indivíduo, como o meio ambiente e a ordem econômica e financeira.<sup>40</sup>

E justamente em um cenário de expansão do direito criminal que importa observar o seu aspecto instrumental com especial cuidado, isto é, o Direito Processual Penal. Isso porque, num cenário de busca por eficiência e de hipertrofia de bens jurídicos tutelados pelo ramo mais extremo do direito, o “*negócio penal processual*”<sup>41</sup> surge com mais força. Seja para o término precoce do processo, seja para garantir procedimentos mais céleres e com menos garantias, seja

---

<sup>39</sup> Ver, em especial para a relação do fenômeno da sociedade contemporânea com o papel do Direito Penal, PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN Adán. (coord.). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla: La Mancha. 2003, p. 268-272.

<sup>40</sup> Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais*. 3. ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33-52.

<sup>41</sup> Conforme feliz definição de SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016, p. 383-384. Veja-se relevante trecho: “O negócio processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito. Sem prejuízo de outras variantes que serão abordadas mais adiante, o negócio processual penal está presente tanto nas soluções despenalizadoras (transação e suspensão condicional do processo), como na colaboração, quando o investigado ou o acusado ou o sentenciado confessa e aponta outros fatos e autores, recebendo pena menor (colaboração premiada), como na antecipação de pena, quando o investigado ou o acusado declara a sua culpa e recebe uma pena menor (barganha), evitando, em tese, o caminho longo do processo criminal” (p. 384).

ainda para que a colaboração com os agentes de Justiça redundem em prêmios, o ramo instrumental penal é mobilizado para contribuir à vazão do cada vez maior número de demandas deste sistema.

Por essa razão, compreender o modo como se formam os sistemas processuais, e a quais características respondem, importa. Ainda importa, mesmo com as críticas frequentemente recebidas pela categorização dos sistemas processuais.<sup>42</sup> Faremos, também, críticas às clivagens tradicionais, mas nem por isso desprezamos a sua relevância como ponto de partida de estudos acadêmicos. E isso com foco no debate processual, que congrega a construção de categorias para explicitar (e interpretar) as opções jurídicas de cada um dos sistemas existentes,<sup>43</sup> de acordo com os caminhos tomados pelos distintos ordenamentos. A exposição de modelos teóricos sobre sistemas processuais não ignora as críticas<sup>44</sup> existentes quanto à dificuldade de se realizar tais classificações em um cenário de marcado intercâmbio entre sistemas e da cada vez maior dificuldade em se localizar um modelo próximo de algo *puro*. Sobre os intercâmbios, é fato que

---

<sup>42</sup> Por todos, ver LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 11-42, 2015. O autor não apenas critica as divisões mais consagradas em termos de qualificação dos sistemas processuais, como afirma que a insistência em sua utilização acaba por limitar novos estudos comparados, que poderiam surgir com outros motes. Nesse sentido, e possivelmente em consonância com as ideias do autor, propomos uma apreciação crítica das clivagens tradicionais, que demanda a mobilização de outras categorias para captar o fenômeno processual com mais precisão e completude.

<sup>43</sup> Ver, sobre a forma de se categorizar o sistema processual penal, MACHADO, Bruno Amaral. A diferenciação interna do subsistema jurídico penal: história, organizações e trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre n. 52, p. 81-113, 2014, p. 105-108. Referido autor faz uma análise das diferentes instâncias da sociedade como sistemas e, nesse sentido, o sistema processual penal seria um deles. Interessante observar a forma como se vê as opções jurídicas, que servem de guia para justificar a exposição de classificações, com foco em determinadas características que dão a tônica de como um ordenamento jurídico deve se comportar. Veja-se trecho nesse sentido: “As reformas nem sempre superam as tradições anteriores. Razoável o argumento que identifica hibridismos e soluções ecléticas entre os modelos, que acabam funcionando como tipos ideais [...]. A análise revela, também, diferentes graus de diferenciação funcional entre organizações que participam da comunicação jurídica. Nesse contexto, mostra-se um processo no qual podem-se entrever trajetórias, ainda em curso, de reconfiguração das que reconfiguram diferenças entre investigar/acusar/julgar. E remete à discussão sobre a validade das opções jurídicas, organizacionais e políticas.” (p. 107).

<sup>44</sup> Por todos, vale verificar o trabalho realizado por Teresa Armenta Deu, que possui obra de referência sobre a classificação de sistemas processuais. Ver ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 19-21. Embora com ponderações acerca das dificuldades narradas e de críticas existentes, a autora, feitas as ressalvas, ainda entende a ver valor nesse tipo de empreitada acadêmica. Em especial: “*Difícilmente encontraremos hoy en día un modelo acusatorio, adversativo o inquisitivo puro, como tampoco un modelo mixto realmente homologable. El importante número de derechos y garantías y por ende de combinaciones posibles dibuja un abanico tan amplio de sistemas resultantes que hay que referirse a los citados mínimos propios de un proceso justo, partiendo inexorablemente de una conclusión previa: salvado el repetido elenco de mínimos, la valoración del resultado dependerá esencialmente del juego de pesos y contrapesos, del equilibrio, en resumen, de los principios y derechos elegidos.* [...] *En esa dirección, una última cuestión debe ser evitada a toda costa, que el cúmulo de distorsiones derivado del error, la ignorancia o el análisis interesado acarree la pérdida de significado de unas categorías que han servido a lo largo de la historia de faro de las garantías procesales. Consecuencia, que conviene no olvidar, también puede originarse por el hecho de atribuirles más de lo que significan, diluyendo sus notas definitorias y dejando de resultar reconocibles, despertando demasiadas esperanzas lo que suele conducir a la frustración.*” (p. 21).

existem e são cada vez mais intensos em uma sociedade global conectada, de forma que devemos esperar maiores intersecções entre modelos que antes tiveram desenvolvimento apartado.

Isso tampouco implica olhar para os fenômenos históricos como se respondessem a uma evolução em linha lógica e linear.<sup>45</sup> Significa buscar captar as complexidades sobre sua gênese e, principalmente, sobre suas contemporâneas manifestações, em regra complexas e sujeitas às referidas diferentes influências. Esse quadro descrito é indicativo da relevância de compreendermos esquemas gerais de feições dos sistemas processuais, para analisarmos de que forma os fenômenos criminais que são observados se desenvolvem, pela lente de seu aspecto instrumental. Por esse motivo, voltar o olhar para as clássicas clivagens processuais identificadas pela literatura (tradições acusatória e inquisitiva, bem como inquisitorial e adversarial) possui o condão de auxiliar no entendimento de como os ordenamentos jurídicos se conformaram, e quais são suas características distintivas. Esse é um papel que as categorias clássicas conseguem desempenhar. Entretanto, esse ferramental teórico possui limitações relevantes, que passamos a expor.

As classificações clássicas são uma porta de entrada importante para a compreensão de um dado ordenamento jurídico, pelos motivos já expostos. Porém, elas guardam uma limitação severa, principalmente à luz do objeto prioritário desta Tese: as clivagens são focadas em uma realidade do conflito (disputa). Com isso, uma parcela (cada vez mais) relevante da nossa realidade processual é preterida por chaves de análise que foram gestadas para explicar outra formação de solução criminal. O modo de solução que engloba alguma forma de consenso, em suas muitas variedades, funciona sob uma lógica distinta e que, pelo que se nota, não é contemplada pelas dicotomias entre tradições acusatória e inquisitiva, ou mesmo entre sistemas adversariais ou inquisitoriais. É preciso ir além nas leituras sistemáticas.

Há festejados autores que procuram escapar dessas dicotomias, de forma a compreender de outro modo os sistemas processuais. Vamos apresentar brevemente algumas leituras

---

<sup>45</sup> Por uma crítica a leituras históricas lineares, que categorizam sistemas processuais de forma estanque e evolutiva, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O "Sistema Acusatório" do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-204, jul. /dez. 2015, p. 189-190. Referido autor tece diversas críticas à compartimentalização dos sistemas processuais em muitas categorias. Ainda sobre a análise de aspectos históricos de sistemas processuais e elementos de suas modificações para auxiliar na interpretação dos modelos, utilizamos de expediente semelhante ao realizado por autoridade no assunto, Teresa Armenta Deu, que possui obra de referência sobre a classificação de sistemas processuais. Ver ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 19. Nesse sentido, não tratamos de "evolução" histórica no sentido de um caminho linear e evolutivo (ou de *aprimoramento*), mas, sim, de mudanças conhecidas nos diferentes períodos históricos, que resultam nos sistemas hoje conhecidos.

relevantes, que se focam em outros aspectos e que podem gerar inferências importantes na interpretação jurídica do fenômeno processual, notadamente na divisão de tradições jurídicas pelas lentes do papel desempenhado pelo Estado, ou mesmo nas diferentes maneiras de se realizar a Justiça criminal.<sup>46</sup> Ainda assim, a sistematização mais pertinente para a compreensão do fenômeno contemporâneo e que permite acessarmos com mais qualidade o nosso objeto de estudo é aquela que separa as formas de realização de Justiça entre *consensual* e *disputada*.<sup>47</sup> Por meio dessa clivagem teórica, temos uma separação coerente que contempla as duas formas prioritárias de solução do conflito penal.

Tratamos da dicotomia entre Justiças disputada e consensual, uma relevante distinção que separa duas abordagens bastante distintas de realização de Justiça, isto é, aquela lastreada no conflito e no confronto, geralmente resolvida por um processo estruturado em que interesses opostos são contrapostos, e outra, lastreada em alguma forma de entendimento, na qual os sujeitos envolvidos renunciam ao confronto para chegarem a um acordo acerca da solução do conflito. Esse marco teórico nos aproxima do fenômeno contemporâneo, no qual a velocidade e a eficiência, associadas à necessidade de resposta estatal ao conflito penal, são variáveis de relevo. Muito por isso, o objeto preferencial deste trabalho está em compreender aspectos específicos neste mundo aberto pelos novos modos de realização de Justiça penal, com o foco no impacto que o consenso trouxe ao processo.

Além disso, essa clivagem teórica traz outra vantagem fundamental do ponto de vista da estruturação de um *sistema* de processo penal. E, uma vez mais, auxiliamo-nos de definições morfológicas para alcançarmos inferências acadêmicas. Isso porque, sistema pode ser entendido tanto no sentido de agrupamento, como também de algo que confere alguma forma de unidade a um dado conjunto.<sup>48</sup> No primeiro sentido, o sistema processual é compreendido como aquele que congrega características marcantes dos ordenamentos jurídicos, vindo daí o sentido de

<sup>46</sup> Fazemos referências às leituras de Damaška (Ver DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.), além de Tulkens e Kerchove (TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La Justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée. *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, Bruxelles, n. 5, p. 445-494, 1996.).

<sup>47</sup> Sobre essa distinção, ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27-60. Para a definição precisa acerca do conceito de consenso adotado, o qual é entendido como o gênero das diferentes formas de acordo possíveis em âmbito criminal, ver Seção 1.4.2.2.

<sup>48</sup> Definições retiradas do Dicionário Michaelis online: “3. Corpo de normas ou regras, inter-relacionadas numa concatenação lógica e, pelo menos, verossímil, aplicadas a uma determinada área. 4. Disposição de um conjunto de elementos, organizada de forma a viabilizar mais facilmente seu estudo e compreensão.”. SISTEMA. In: DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa online. São Paulo: Melhoramentos, c2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sistema/>. Acesso em: 2 out. 2022.



*grupo*, que o distancia de outros conjuntos. Além disso, sistema também alberga o significado de *unidade*, o que implica uma tentativa de se dar um sentido comum a um dado conjunto. E é justamente isso que a dicotomia utilizada comporta, pois, diferentemente das acepções clássicas, não é ela excludente. A forma de resolução consensual não implica a exclusão daquela disputada, nem a presença de espaços de conflito exclui a existência de resolução acordada. Trata-se de diferentes modos de solução, os quais necessariamente convivem nos distintos ordenamentos jurídicos. Há uma relação de coexistência, certo que, nesse cenário, o papel da academia pode ser compreendido como o de harmonizar e compatibilizar os conceitos teóricos pertinentes.

Com o desenvolvimento dessa ideia, será possível realizar conclusões mais densas acerca dos sistemas processuais em movimento. E, com isso, conseguir interpretar com mais precisão a forma como as mudanças legislativas, que os mais diferentes ordenamentos enfrentaram, impactaram os seus modos de solucionar o conflito penal. E, no que toca à pergunta central de pesquisa, entender de que forma a ação penal foi tocada, isto é, como a chegada do consenso impacta o caráter (*obrigatório* ou não) de se realizar a persecução penal. Com esse objetivo em vista que será percorrido o caminho teórico neste Capítulo inaugural desta Tese.

Apresentadas as principais justificativas para o estudo das classificações dos sistemas processuais, passaremos à exposição da organização das Seções que integram o presente Capítulo. Faremos esse itinerário começando pelas formas clássicas, das confrontações mais conhecidas: sistemas acusatório e inquisitivo (e modelo misto), seguido de sistemas inquisitorial e adversarial. Após essa etapa, exporemos ainda outras formas de classificação e interpretação dos sistemas processuais em distintas abordagens, com outras chaves teóricas, para compreensão do mesmo fenômeno. Com essa breve apresentação, desenvolveremos a necessidade de superação de tais clivagens para fins de acessar o objeto de estudo da presente Tese, que é a compreensão dos princípios e regras aplicáveis à ação penal de iniciativa pública no contexto da chegada do consenso ao âmbito criminal.

Feito isso, entraremos na dicotomia que mais importa na presente Tese, que é a contemporânea diferenciação entre as Justiças disputada e consensual. Chamamos de *dicotomia* por serem duas formas distintas de se resolver o conflito penal, mas, diferentemente de outras clivagens, não são elas excludentes uma da outra. Sua relevância maior está justamente nessa possibilidade de coexistência entre modos de solução distintos em um mesmo ordenamento jurídico, trazendo uma ideia de autêntica unidade a um dado sistema jurídico. Com isso, e com maior foco e detalhamento no fenômeno da consensualidade, trazemos aspectos teóricos (com

definições adotadas) e inferências acadêmicas sobre o tema, o que contribui para o posterior aprofundamento do surgimento dos acordos no processo penal, seja em experiências estrangeiras (Capítulo 2 desta Parte I), seja no caso brasileiro (Partes II e III deste trabalho).

## 1.2 AS CATEGORIAS CLÁSSICAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS: UMA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO

As categorias clássicas de classificação de sistemas processuais possuem sua inegável importância. São elas capazes de enunciar características essenciais de formações jurídicas e, assim, auxiliar na interpretação das mais diferentes formações jurídicas conhecidas. Daí porque ainda nos utilizamos de categorias de análise como a oposição entre os sistemas acusatório e inquisitivo (ou inquisitório),<sup>49</sup> e uma terceira categoria criada que é nomeada de modelo misto, assim como da oposição entre as tradições adversarial e inquisitorial (não adversarial).

Ainda que sejam relevantes, são essas abordagens tradicionais limitadas. E isso ocorre pelo fato de considerarem apenas uma lógica disputada de solução do conflito penal, ignorando outros modos de resolução. Em virtude disso, as clivagens descritas são capazes de explicar um aspecto bastante relevante de um dado sistema processual, mas falham em compreendê-lo de uma forma total, vez que não contemplam a dimensão do consenso. E num contexto em que as modalidades consensuais ganham cada vez mais importância, senão centralidade, nos diferentes ordenamentos jurídicos mundo afora, as dicotomias tradicionais acabam perdendo aderência à realidade e, portanto, força explicativa. Com isso em vista, a presente Tese reconhece a importância das clivagens tradicionais, razão pela qual optamos por enunciar algumas das principais características, de modo esquemático, todavia, não deixamos de apontar essa relevante insuficiência, a qual gera a necessidade de sua superação.

---

<sup>49</sup> As expressões *inquisitorial* e *inquisitivo/inquisitório* são bastante semelhantes em suas grafias, embora tenham significados conceituais teóricos (semânticos) bastante distintos. Para minorar a confusão gerada, utilizaremos no corpo do texto apenas a expressão *inquisitiva* para se referir ao modelo que se contrapõe ao acusatório, embora seja inescapável que citações diretas possam conter a outra expressão (*inquisitorial*) utilizada pelos autores. Problemática semelhante foi identificada por Kai Ambos, o que, supomos, talvez seja agravado por uma questão morfológica da língua inglesa, de se utilizar de uma única expressão (“*inquisitorial*”) para conceitos distintos. Veja-se: “*While in the adversarial system this search for the (procedural) truth lies, if at all, in the hand of the parties and therefore their conflict is at the center of the proceedings (‘two cases approach’), in an ‘inquisitorial’ system it is the responsibility of the State agencies in charge of criminal prosecution (‘one case approach’). In this sense, the civil law model can be more accurately described as ‘judge led’ (instruktorisch) or – following Damaška’s more structural approach – ‘hierarchical’, while the common law model is adversarial – prosecution and defences being ‘adversaries’ - or ‘coordinated’.*” (AMBOS, Kai. *International Criminal Procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? International Criminal Law Review*, Cambridge, n. 3, p. 1-37, 2003, p. 4.).

Tendo isso em vista, iniciaremos com a breve incursão sobre as categorias clássicas para, após, aprofundar a necessidade de sua lateralidade em um contexto no qual um aspecto desconsiderado, o modo consensual de solução do conflito penal, ganha cada vez mais relevância.

### 1.2.1 Sistemas inquisitivo x acusatório e o modelo misto

Sobre a primeira das dicotomias (sistemas inquisitivo x acusatório), é de se ressaltar que a acusatoriedade é frequentemente vinculada a um processo penal justo e democrático<sup>50</sup> e, o modelo processual inquisitivo, associado ao atraso.<sup>51</sup> Trata-se de abordagem simplista e que pode ser desmistificada, como faremos nessas breves linhas.

Iniciaremos a exposição com o sistema inquisitivo, cuja origem tem suas raízes no contexto do domínio europeu pela Igreja Católica, em que o direito canônico foi adaptado para uma persecução penal de matriz oficial.<sup>52</sup> Sobre o processo em si, pode-se dizer que foi criado um modelo de persecução penal no qual a verdade estava no inquirido, cabendo ao julgador (*inquisidor*) dele a extrair. Em virtude de tais características, o réu era um mero objeto, o qual poderia abreviar o processo por meio da confissão (que externava a verdade já conhecida).<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Vale o registro de que Aury Lopes Júnior compartilha de tal diagnóstico acerca da acusatoriedade ser mais vinculada com aspectos democráticos. Avança o autor, sugerindo o abandono das categorias de sistemas processuais, de forma a que debates acadêmicos se pautem em outra métrica, qual seja, a eficácia das garantias constitucionais previstas. Ver: LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim informativo IBRASPP*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 34-36, out. 2013, p. 34. Propomos a superação das categorias, mas por outras razões, sendo a principal delas a de se lastrearem em uma lógica estritamente disputada de solução do conflito penal.

<sup>51</sup> Veja-se: “Um movimento com tais características confere ao rótulo “acusatório” uma espécie de certificação de qualidade do processo penal democrático e justo. Cuida-se, assim, de uma meta desejável; a única em sociedades contemporâneas civilizadas. Postas as questões neste patamar, o processo acusatório se torna um slogan político.” (ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 38.). Em sentido semelhante, e ampliando o diagnóstico para os benefícios políticos da “autodeclaração”, tanto como acusatório quanto adversarial, em um contexto de reformas processuais, ver ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 122.

<sup>52</sup> Trata-se, mais especificamente, de origem histórica que remete ao período do papado de Inocêncio III (entrando no século XIII), quando a persecução penal poderia ser provocada por qualquer sorte de denúncia que chegasse ao conhecimento daqueles responsáveis pelo processo, os quais diligenciavam em busca da verdade material em torno dos fatos. Ver AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 55-56.

<sup>53</sup> Ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, 2009, p. 104-105. Em especial: “Se o inquirido resistisse, merecidamente poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se – como se usava – os métodos de perquirição. A verdade estava dada ex ante e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, para o consumo geral, vitorioso era o

Esse modelo tem nas suas raízes a associação com a tortura como um método de se proceder na persecução penal. Evidentemente, tal característica é digna de menção, pois esse era um expediente que passou a ser aceito, notadamente quando os hereges passaram a ser objeto da inquirição. Ainda, é de se mencionar o caráter público<sup>54</sup> assumido pelo direito criminal de matriz inquisitiva, certo que o Estado concentra (em uma mesma figura) os papéis de acusar e de julgar.<sup>55</sup> Do desenrolar de tal processo histórico, há gêneses de outros aspectos de origem inquisitiva e que podem ser observados (com distintos formatos) em ordenamentos contemporâneos, notadamente alguma ideia de igualdade, busca por verdade material, assim como reconhecimento de direitos de defesa.<sup>56</sup>

Do sobrevoos em torno das origens históricas e trazendo a discussão para debates contemporâneos, temos que uma característica marcante do modelo inquisitivo é a busca pela *verdade*<sup>57</sup> como um objetivo central do processo. A forma como isso se materializa no contexto do processo geralmente se lastreia em uma confusão do órgão público responsável pela acusação e pelo julgamento do sujeito imputado. Embora se considere a busca pela verdade, os direitos efetivos de se exercer a defesa em tal contexto podem se afastar da plenitude.

O predicado mais marcante de tais sistemas, pelo que se nota, é a ausência de separação clara entre as funções de acusar e julgar, tendo o magistrado, em regra, mais poderes instrutórios e possibilidades de, por sua própria conta, buscar os elementos de prova necessários para se

---

inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.” (p. 105).

<sup>54</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 23-26. Em elucidativo resumo: “*Resumiendo, el proceso inquisitivo se desarrolla unido a la aparición del Estado y a la necesidad de fortalecer la seguridad jurídica y la eficacia de la justicia penal, donde la pena no satisfará intereses particulares de venganza sino disuasorios o en su caso de rehabilitación, resultando determinante en todo caso no dejar a la discrecionalidad privada el ejercicio de la querrela y con ella de la persecución de los delitos.*” (p. 24).

<sup>55</sup> Embora a característica de tomar para o próprio Estado o controle da persecução penal possa parecer trivial com as lentes da atualidade, isso era significativo num contexto de dispersão do poder estatal, típico de sua gênese – Idade Média, na Europa, muito antes da consolidação dos Estados Nacionais como hoje os conhecemos.

<sup>56</sup> Para a compilação completa de características assim consideradas “bem-vistas” oriundas do sistema inquisitivo, ver AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 64-65. Referido autor busca, ao longo de seu trabalho, desmistificar a associação deste sistema com características negativas. Mesmo com relação à condenável tortura, explana o autor que, muito embora seja associada com esse sistema, pode ser vista em modelos acusatórios: “[...] los procesos inquisitivo y acusatorio existían simultáneamente, lo cual generaba puntos de contacto e influencias recíprocas que hacían surgir formas procesales mixtas. E lo explica que la tortura no fuera aplicada exclusivamente al proceso inquisitivo, sino que también fuera utilizada en el proceso acusatorio, como por ejemplo, en el proceso basado en la reforma jurídica de Worms (1498), así como en los posteriores procesos penales – si bien de facto – de los regímenes totalitarios como el régimen nacionalsocialista.” (p. 62).

<sup>57</sup> Essa expressão causa algum tipo de polissemia, mas, no contexto da definição geral sobre essa forma de organização da persecução penal, significa aquilo que se considera como provado por meio do processo. Em determinado período histórico, a *verdade* foi associada com algo pré-concebido e apenas confirmado por meio do processo, conforme já mencionado.

apurar o ocorrido e se chegar à verdade.<sup>58</sup> O magistrado, com a faculdade de proceder de ofício no trato de matérias de prova, torna-se figura predominante. Pode-se, ainda, questionar a limitação do contraditório,<sup>59</sup> pois às partes não é dado um papel central na instrução processual, assim como a parcialidade do magistrado,<sup>60</sup> que concentra a produção probatória e o julgamento.

De outro lado, temos o sistema acusatório, que encontra suas origens na Antiguidade, quando tanto os gregos quanto os romanos desenvolveram seus sistemas jurídicos, que guardavam características que hoje se associam a tal modelo. Em ambos os casos a acusação era realizada de forma privada, certo que, apenas após essa iniciativa inaugural, havia envolvimento de outros órgãos para realizar o julgamento da questão criminal (tribunais, em regra formados por cidadãos), que se pautava naquilo produzido pelos envolvidos em torno do processo.<sup>61</sup>

Em uma linha histórica, vale mencionar que, na Idade Média, ainda são localizados exemplos relevantes de sistemas com características originárias do sistema acusatório. E que apenas na Modernidade que apareceram manifestações que associamos com os predicados hoje identificados com a acusatoriedade: uma persecução penal com caráter público, em que o órgão acusatório (Ministério Público) é fortalecido, para não apenas fiscalizar a atuação da Polícia como também se responsabilizar pela acusação, implicando a separação entre os órgãos de Estado responsáveis por acusar e julgar.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Ver GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015, p. 162-164.

<sup>59</sup> Ver MACHADO, Bruno Amaral. A diferenciação interna do subsistema jurídico penal: história, organizações e trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 52, p. 81-113, 2014, p. 106.

<sup>60</sup> Ver ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 21-23. Em especial: “El sistema inquisitivo, por su parte, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador. El objetivo, en este último caso, es garantizar la persecución de los delitos aun a costa de sacrificar en esa configuración primigenia la imparcialidad.” (p. 22).

<sup>61</sup> Ver AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 50-53. O processo penal na Grécia Antiga, denominado de acusatório puro, era efetivamente privado também nas demais etapas: “El proceso penal se caracterizaba por su carácter plenamente privado – por cuanto la iniciación, el enjuiciamiento, y las partes del proceso eran ajenos a la intervención pública –, lo cual explica que la sentencia fuese considerada como expresión directa de la soberanía popular, y que la justicia ateniense fuese considerada como un ejemplo de absoluta democratización de la justicia.” (p. 51). O autor avança para explicar que a iniciativa privada era efetivamente um traço marcante nas duas realidades, mas na Grécia o processo era mais marcadamente privado, enquanto, na realidade romana, havia formas de envolvimento de agentes de Estado quando o assunto tivesse um maior interesse público, notadamente naqueles casos de alta traição.

<sup>62</sup> Ver AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 65-66. O autor destaca, na Idade Média, o Direito Germânico como

Sobre as características centrais desse modelo, podemos destacar primeiramente a existência de uma separação clara entre os órgãos acusador e julgador. Com isso, há uma dicotomia com relação ao paradigma inquisitivo, em que há confusão entre esses órgãos ou, ainda, entre as funções desempenhadas em comum por eles. Trata-se do aspecto da divisão *tripartite*<sup>63</sup> do processo, com o sujeito imputado, o Estado-acusador e o Estado-julgador, com uma clara divisão de função entre os representantes dos órgãos públicos.<sup>64</sup>

A separação entre tais funções não é simples modificação burocrática. Trata-se de elemento essencial para a justeza do processo e para que sejam atingidos valores atrelados, como o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.<sup>65</sup> Isso porque o magistrado detém um papel passivo, restrito ao julgamento do processo trazido à tutela estatal por outro membro do Estado, que é o representante do Ministério Público. A gestão da prova é feita em meio ao processo, baseado na participação das partes, privilegiando-se o contraditório.<sup>66</sup> Por meio da existência de tais comandos, pode ser atingido o respeito às garantias do sujeito imputado em um processo criminal.<sup>67</sup>

---

aquele que melhor apresenta as características identificadas, ainda de feição privatista, e, já na Modernidade, aponta como marco inaugural de grande relevância o Código de Processo Penal da Prússia de 1846, dando contornos mais próximos ao que conhecemos.

<sup>63</sup> Ver: ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 21-23. Em especial: “El sistema acusatorio se caracteriza por exigir una configuración tripartita del proceso, con un acusador, un acusado y un tribunal imparcial que juzga y cuyo objetivo es garantizar la imparcialidad, aunque pueda peligrar la persecución o al menos quedar sometida a variaciones por efecto del ejercicio de la discrecionalidad.” (p. 21-22).

<sup>64</sup> Sobre as características definidoras em um sistema acusatório, ver ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar 2021, p. 224-226. Sobre a ausência de mistura entre os agentes públicos em uma persecução penal: “A investigação envolve um complexo de ações dirigidas à apuração da notícia criminis. É evidente o interesse do acusador nos resultados da investigação, o que torna natural o seu envolvimento naquela fase. [...] De qualquer modo, não se concebe, em um modelo acusatório, a atividade investigatória judicial. Não cabe ao juiz a busca por fontes de prova na tentativa de aclarar a notícia de suposto ilícito, o questionamento sobre o plano de investigação ou avaliações sobre as estratégias investigatórias. Quando assim procede, vincula-se à energia dirigida à construção de uma possível tese acusatória a qual será chamado a decidir. O ativismo judicial na investigação distorce os papéis dos sujeitos processuais em um roteiro acusatório.” (p. 225).

<sup>65</sup> Como bem sumariza Gustavo Badaró: “O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. E, além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da presunção de inocência, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida a sentença condenatória irrevogável” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 80).

<sup>66</sup> Ver MACHADO, Bruno Amaral. A diferenciação interna do subsistema jurídico penal: história, organizações e trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 52, p. 81-113, 2014, p. 106.

<sup>67</sup> Nas palavras de Guilherme Nucci: “Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109).

Assim, tem-se a divisão mais coerente entre as atribuições de cada parte no processo e há decisiva contribuição para a manutenção da imparcialidade do julgador,<sup>68</sup> que não se contamina com o contato com a produção de provas. E o afastamento de qualquer prática que possa levar ao seu indevido exercício de um múnus acusatório seria a forma para não macular sua figura com parcialidade.<sup>69</sup> Concretamente, significa dizer que o magistrado não possui ações de ofício no sentido de busca de elementos de prova, possuindo como função a valoração livre dessas provas – que são produzidas nesse contexto de contraditório e de maior igualdade entre as partes.<sup>70</sup>

É digna de menção, ainda, o que a literatura reconhece como uma terceira tendência nos modelos, quando contrapostas as características presentes nas matrizes inquisitiva e acusatória, que é o *modelo misto*. Embora tenhamos reservas com relação à própria existência de um terceiro modelo,<sup>71</sup> e mesmo de sua utilidade para fins teóricos, aponta-se sua origem histórica na Revolução Francesa. Mais especificamente, fazemos referência ao momento em que a figura do juiz inquisidor foi (parcialmente) substituída: a investigação seguiu a cargo de um membro da magistratura, enquanto a acusação para o processo penal judicializado propriamente dito ficava com o membro do órgão acusatório.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Ver ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 123-124.

<sup>69</sup> Ver BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O sistema acusatório e o arquivamento do inquérito Policial. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 120-121. Em especial: “No sistema acusatório, é necessário que a acusação seja sustentada por um órgão distinto do que a vai julgar. Nessa linha, antes de deflagrada a ação penal, a inércia do juiz em relação à persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva.” (p. 121).

<sup>70</sup> Ver ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 21-23.

<sup>71</sup> Em sentido semelhante ao qual nos posicionamos sobre a matéria, ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: \_\_\_\_\_. (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 14-18. Em especial: “O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto só formalmente podemos considerá-lo com o um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.” (p. 17-18).

<sup>72</sup> Ver ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar. 2021, p. 223. Em especial: “As suas raízes remontam ao modelo francês pós-revolucionário em que a fase investigatória ficava a cargo do juge d’instruction. A apuração da notícia criminis por um juiz seria, portanto, o traço de permanência inquisitória já que a acusação seria exercida por órgão distinto. O juiz de instrução é, por assim dizer, o herdeiro do juiz inquisidor. Tanto um quanto o outro buscam provas, com o diferencial de que o primeiro não se vale da tortura, mas sim dos sistemas de investigação forense.” (p. 223). Ainda sobre as origens, é de se registrar que o documento histórico que possivelmente simbolize as origens do modelo misto é o Código Napoleônico, por

Do ponto de vista das características desse modelo que se convencionou chamar de misto, como é intuitivo da própria nomenclatura adotada, há uma mistura de traços próprios de cada um dos grandes sistemas apresentados anteriormente. Nesse sentido, o embrenhado de características distintivas se apresentaria da seguinte forma: a fase de investigação possui uma feição mais inquisitiva, sem a presença de garantias e contraditório, e a fase judicial uma roupagem mais próxima da acusatória, com possibilidade de ampla defesa e demais garantias que são associadas a esse sistema processual.<sup>73</sup>

Crítica frequente que aparece quando da consideração dos sistemas mistos é que eles não se orientam segundo uma norma fundante mais bem acabada, como se pode identificar nos dois tipos de sistemas anteriormente apresentados. Ou seja, faltaria a eles um princípio unificador, razão pela qual haveria de sempre prevalecer alguma das duas características marcantes: inquisitiva ou acusatória.<sup>74</sup>

### 1.2.2 Sistemas adversarial x inquisitorial

Uma segunda dimensão clássica das qualificações dos sistemas processuais está na oposição entre inquisitorial e adversarial. No primeiro, identificado com o modo de resolução de conflito continental, há a figura forte do magistrado e da resolução dos conflitos por meio de imposição estatal, do julgamento das demandas e de maior valor à busca pela verdade. De outro, identificado com a tradição anglo-saxã, há maior espaço para a liberdade de atuação das partes, que, em igualdade de armas em um confronto, devem chegar a uma solução jurídica aceitável, por meio do processo justo. Trata-se de diferentes culturas processuais de resolução de conflitos.<sup>75</sup>

---

meio do qual se estabeleceu uma fase preliminar inquisitiva, seguida de uma instrução processual mais próxima do que chamamos de realidade acusatória (ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, 2009, p. 110.).

<sup>73</sup> Ver ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar. 2021, p. 223.

<sup>74</sup> Ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 30, p. 163-198, 1998, p. 166-167. Em especial: “[...] como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.” (p. 167).

<sup>75</sup> Ver LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 3-4. Em especial: “*The adversarial and the inquisitorial systems can be understood not only as two different ways to distribute powers and responsibilities between various legal actors—the decision-maker (judge and/or jury), the prosecutor, and the defense—but also as two different procedural cultures and*



O modelo inquisitorial (não adversarial) possui como característica fundante o maior controle estatal do processo, com a figura do julgador com um papel central na produção de elementos de provas, redundando na solução do conflito por meio do julgamento.<sup>76</sup> É inseparável de presente modelo inquisitorial (não adversarial) a figura do magistrado, que assume um papel muito mais central para a operacionalização do modelo, principalmente se comparado à lógica adversarial.<sup>77</sup>

Há um valor atribuído à descoberta da *verdade*<sup>78</sup> por meio do processo, o que seria uma característica relevante para que ele seja considerado justo. Com isso, fica marcada a

---

*thus, two different sets of basic understandings of how criminal cases should be tried and prosecuted. The major difference between the procedural cultures for the purposes of this Article is that, whereas the adversarial system conceives criminal procedure as governing a dispute between two parties (prosecution and defense) before a passive decision-maker (the judge and/or the jury), the inquisitorial system conceives criminal procedure as an official investigation, done by one or more impartial officials of the state, in order to determine the truth.” (p. 4).*

<sup>76</sup> Conforme define Franklin Strier, “*Specific features of the inquisitorial system include state-controlled procedure, a scientific paradigm for truth-seeking, no juries but a career judiciary (trained specifically for the bench rather than the American model of selecting judges from the ranks of practicing attorneys), reliance on official documentation, adjudication as a vehicle for the enforcement of state policies, and activist judges who will intervene to ensure a solution bases on the merits of the case. The state also plays an activist role regarding social and civic matters*”. (STRIER, Franklin. *Reconstructing Justice: an agenda for trial reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 211.). Definições e contraposições dos sistemas que claramente bebem do seminal texto de Damaška, a ser mencionado no presente trabalho, na Seção 1.3 (ver DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.).

<sup>77</sup> ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27-60, p. 43-47. Em especial: “A assunção do juiz ao posto de sujeito responsável pelo controle da marcha processual, característica central do processo não adversarial, fixa uma dinâmica substancialmente diferente. A passividade cede espaço para o ativismo o qual, por sua vez, assume diferentes graus. Em circunstâncias mais extremas, o juiz se envolve na fase preliminar, não só dirigindo o procedimento de investigação, mas também emprestando efetiva colaboração para a descoberta e para a revelação dos fatos. [...] Há, por outro lado, formatações menos radicais em que se assegura ao juiz um maior envolvimento na produção probatória, sem que isto implique supressão da atividade reservada às partes. Nesse passo, as iniciativas instrutórias do juiz são mais controladas e, em alguns casos, exercidas em caráter complementar.” (p. 45).

<sup>78</sup> Não é tarefa simples a definição epistemológica do que seja a verdade. Daí porque, trabalhamos com uma noção mais aceita do termo, partindo da premissa de que a verdade é algo auferível do mundo real e pode ser buscada por meio de mecanismos processuais. Para uma explanação de premissas e conclusões acerca de verdade, fazemos referência a artigo bastante didático de Michele Taruffo, que, mesmo se baseando na realidade italiana do processo civil, traz relevantes contribuições para reflexões sobre essa problemática e auxilia nos importantes limites a serem colocados sobre a possibilidade de se ter alguma sorte de verdade consensual. Ver: TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 634-657, 2014, p. 635-643. Em trecho elucidativo de tais indagações: “A razão fundamental disto consiste no fato de que mesmo quando as partes tenham tido a plena possibilidade de articular e de desenvolver todas as suas defesas, isso não implica de nenhum modo que o processo consiga automaticamente estabelecer a verdade dos fatos relevantes para a decisão. Por um lado, na verdade, é bem possível que as defesas das partes não tenham sido adequadas ao alcance deste escopo; por outro lado é notório e não faltam à consideração confirmações históricas, que as partes não têm a priori nenhum interesse na averiguação da verdade. Foi antes observado que os advogados recorrem à sua habilidade profissional propriamente para evitar que se descubra a verdade, e que não é de nenhum modo certo que o choque entre as partes conduza à verdade. Não por acaso se diz que no processo inteiramente confiado à iniciativa das partes a

característica da busca pela verdade por meio do processo, não sendo suficientes mecanismos procedimentais de equilíbrio de forças (paridade de armas) para que se alcance a buscada justeza em um processo. O valor do justo possivelmente se vincule mais ao resultado do processo (estabelecimento de verdade para justificar a sanção) do que pela forma como se chega a ela (característica mais marcante da lógica adversarial).

De outro lado, temos o sistema adversarial, que tem sua gênese associada ao modelo inglês do século XII.<sup>79</sup> Em apertada síntese, podemos qualificar o modelo adversarial como aquele de maior autonomia das partes, por meio da qual há liberdade em transigir e moldar com maior facilidade o processo aos interesses daqueles que estão litigando.<sup>80</sup> No caso do processo penal, há, de um lado, o Estado, representado por seu órgão acusatório, e, de outro, o particular, representado por seu defensor e que deve se defender das imputações realizadas ao longo da marcha processual. Mais do que isso, o próprio dever de impulsioná-la,<sup>81</sup> no sentido de produção de elementos de prova, tanto para a acusação quanto para a defesa, é relegado majoritariamente às próprias partes.

O magistrado, em tal modelo, não tem um papel de centralidade na dinâmica processual. Pelo contrário, detém um papel mais passivo, de mediação de um confronto<sup>82</sup> que,

---

verdade se torna um objetivo impossível de alcançar, ou permanece irrelevante em relação à finalidade preeminente que é aquela de resolver de qualquer modo a controvérsia” (p. 643).

<sup>79</sup> Ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, 2009, p. 106-107. Vale o registro, que pode ser notado do próprio título do artigo mencionado, que usamos uma classificação distinta daquela utilizada pelo autor. Para ele, acusatório e adversarial teriam sentidos sinônimos, o que, como resta claro a esta altura da exposição, não é uma posição da qual compartilhamos. De toda forma, seu texto ilustra com concisão a gênese do que qualificamos como sistema adversarial, daí porque vale menção expressa de trecho que descreve as origens deste processo histórico: “O julgamento, nesta dimensão, dava-se, normalmente, em locais públicos e, do ponto de vista político, foi uma opção e manobra genial de Henrique II. Afinal, se o povo condenasse, era a resposta do rei; se o povo absolvesse, era a resposta do rei e, assim, estava ele sempre do lado aparentemente correto. Não é de estranhar aparecerem aforismos como *The king can do no wrong*. Deste modo, as regras de processo (ou do como se deveria proceder) eram gerais e geravam um sistema comum (*Common Law*), ao passo que o direito material era local e expresso muito mais (como sempre foi) pelos costumes que pelas leis. Eis porque, no *Common Law*, remedies precede rights.” (p. 107). É nesse contexto, inclusive, que se localiza a criação do *trial by jury*, em que havia um julgamento no qual os cidadãos julgavam e estabeleciam o direito material, ao passo que o representante da Coroa enunciava o direito processual, sendo tal sistema de regras de proceder conhecido como sistema comum (ou *Common Law*, como nos referimos até hoje).

<sup>80</sup> Em feliz e sintética definição de Franklin Strier, “*Specific features of the adversary system include party-controlled procedures, a dialectic paradigm for truth-seeking, decision making by jurors, reliance on oral testimony, adjudication by party conflict resolution, parties’ right to waive procedural requirements by mutual agreement, emphasis on procedure over substantive result, and a traditionally passive, neutral judge concerned only with the integrity of the process. Philosophically, the state is reactive and laissez-faire about social and civic matters. That is to say, the procedure is intended as a resolution of the parties’ dispute, as defined and limited by them, with no additional or alternative state agenda.*” (ver STRIER, Franklin. *Reconstructing Justice: an agenda for trial reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 210.).

<sup>81</sup> Ver ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 26.

<sup>82</sup> Ver ZILLI, Marcos A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe

em realidade, é travado com primazia entre as partes do processo. E é justamente da garantia de tal dinâmica, que proporcione uma contenda equilibrada entre o Estado acusador e o particular, que deriva a noção de “*fair trial*”, algo substantivamente ligado ao processo penal<sup>83</sup> e que, em última instância, confere a ele a sua legitimidade.<sup>84</sup>

Em última análise, a lógica do contraditório e do confronto entre as partes é o aspecto a ser privilegiado na lógica adversarial. Com isso, a busca da verdade é relativizada, vez que se aceita como “verdade plausível”<sup>85</sup> aquela a que se chega mediante um processo realizado dentro dos parâmetros de livre e equilibrada contenda entre as partes.

### 1.2.3 Limites das categorias clássicas: a lógica estritamente da disputa

Como se nota da breve menção ao histórico dessas clivagens tradicionais, assim como da enunciação de suas principais características, temos grandes agrupamentos que se afastam das discussões contemporâneas que propomos na presente Tese de Doutorado. As clivagens tradicionais possuem imensa relevância, sendo uma porta de entrada valiosa para se acessar comportamentos básicos dos ordenamentos jurídicos concretamente considerados. Ainda

---

Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 43-47. Em especial, sobre o papel que cabe ao magistrado na contenda de raiz adversarial: “Segundo a ideologia adversarial, o contínuo embate de versões potencializa a obtenção de elementos de prova que são disponibilizados ao julgador, aumentando, por consequência, as chances de decisões mais justas e aderentes à realidade. Tais benefícios, prosseguem os seus adeptos, não seriam atingidos caso a instrução fosse unilateralmente orientada. Assim, na estrutura adversarial do processo, o juiz, como sujeito processual alheio a disputa, nela não intervém a não ser para assegurar o equilíbrio da própria contenda. Iniciativas probatórias de sua parte trazem riscos da supervalorização do resultado da prova com a qual colaborou diretamente e de subvalorização – ou até mesmo desconsideração – das provas incorporadas pelas partes.” (p. 45).

<sup>83</sup> Nesse sentido, e com definição da dinâmica em uma realidade adversarial, ver KIRCHENGAST, Tyrone. Mixed and hybrid systems of justice and the development of the adversarial paradigm: European law, inquisitorial processes and the development of community justice in the common law States. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 75, p. 513-536, 2019, p. 516-518. Em especial: “*The trial is therefore seen to be constituted by a prescribed set of pre and post-trial processes that determine the means by which defendants are held to account for their wrongdoing. The independence of parties and of the judge in particular is key. Adversarial justice is not court-led. [...] While the policing of the initial incident, arrest, charge, committal, arraignment, and then sentencing and punishment of the accused are indeed separate from the trial in a procedural sense, they are closely connected to the trial in a substantive sense, and constitute the notion of the ‘fair trial’ upon which adversarial justice is founded.*” (p. 517).

<sup>84</sup> Ver STRIER, Franklin. *Reconstructing Justice: an agenda for trial reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 214. Em especial: “*In order for a procedure to legitimate adversary systems verdicts, it must be perceived as fair – each side must have an equal chance of winning. Where the parties are unequal, as in criminal cases, it is believed fair to handicap the state as the litigant with superior resources in order to balance the advantages. That is why the prosecution must prove its case beyond a reasonable doubt even if this reduces the symmetry of procedural rights.*” (p. 214).

<sup>85</sup> Trecho traduzido livremente de: “[...] *el abandono de la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal, es decir, la satisfacción procedente de aceptar como verdad plausible el resultado de la confrontación entre la aportación y práctica de la prueba por las partes [...]*” (ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 130).

assim, resta claro que se trata de descrever a lógica da solução criminal dentro do registro da disputa.

Nas origens históricas, que remontam por vezes há muitos séculos, a lógica predominante para se tratar dos comportamentos desviantes era lastreada em algum tipo de disputa. Os sistemas processuais, como regra, não eram porosos a formas de composição, a algum tipo de alternativa ao processo criminal de adjudicação. Isso faz todo o sentido histórico e é relevante que existam categorias que captem esses movimentos e consigam organizar o conhecimento para que possamos melhor compreender a realidade. Porém, essa realidade mudou e, com ela, devemos também modificar a abordagem acadêmica acerca de tais fatos.

O consenso é hoje um modo de solução do conflito penal relevante em muitos sistemas processuais, sendo certo que uma matriz teórica que pretenda compreender a realidade contemporânea não pode se furtar em considerar essa variável. A compreensão sobre a ação penal de iniciativa pública não pode prescindir de uma análise detida sobre formas outras que, legalmente autorizadas, evitam a solução do conflito penal pelo modo clássico. Havendo algum tipo de composição, não há a mobilização do aparelho estatal para o confronto a ser inaugurado por meio da adjudicação do processo criminal.

E é por essa razão que tratamos de superar as dicotomias tradicionais. Por saber que isso impacta decisivamente na compreensão da obrigatoriedade da ação penal em um dado sistema jurídico. As discussões em torno do caráter mandatório ou não da persecução penal já se revestiam de complexidade. Mais ainda nesse momento, em que uma plêiade de soluções de consenso podem ser mobilizadas. E essa variável deve ser considerada com centralidade para que possamos interpretar com completude a forma como os sistemas processuais se organizam. E isso será feito quando compatibilizarmos a interpretação jurídica acerca das duas formas (co)existentes de solução do conflito penal: consensual e disputada.

Vale registrar, por fim, que superar não significa abandonar ou deixar de reconhecer os ganhos analíticos das categorias tradicionais. Até porque, fazemos referências a tais categorias clássicas ao longo do trabalho, quando pertinente, para desnudar um ou outro aspecto para a compreensão de um sistema processual. Mas, buscamos também outras lentes que melhor informem o objeto de pesquisa em torno de suas variáveis mais relevantes. Isto é, que consigam alcançar a complexidade dos modos de persecução penal hoje existentes, e que, portanto, não estejam engessadas numa visão que contempla apenas a sua forma conflitiva.

Nas próximas Seções, exporemos formas de leituras alternativas às classificações tradicionais, que podem contribuir com algumas inferências e, após, entramos nas categorias que melhor exprimem o que observamos na realidade jurídico-processual.

### 1.3 Outras leituras dos sistemas processuais

Para além das dicotomias tradicionais, há outras formas relevantes de observarmos os sistemas processuais. O objetivo da apresentação de tais tipologias neste trabalho não é o de necessariamente adotar qualquer uma delas para qualificar algum sistema processual concretamente considerado (seja o brasileiro, seja algum dos que abordamos no Capítulo 2). Mas, a partir de suas descrições, demonstraremos que características diversas podem conviver (e efetivamente convivem) nos sistemas existentes. Modelos teóricos importam para refletirmos sobre o sistema processual concretamente considerado, da forma como temos feito.

Em vista disso, desenvolveremos nas linhas abaixo algumas interpretações relevantes, que buscam situar o papel do Estado e o modo de realização de Justiça segundo olhares distintos. Notadamente, apresentaremos uma primeira forma de interpretação lastreada no tipo de papel desempenhado pelo próprio Estado, o que se reflete na forma como se organiza o sistema de persecução penal e justifica as clivagens encontradas nas diferentes experiências históricas. Em seguida, trataremos de quatro diferentes formas de se encarar a realização de Justiça, com base no papel dos sujeitos e abordagens possíveis (e distintas) frente a potenciais crimes.

Nessa conhecida classificação sobre o papel do Estado em torno da persecução penal, o festejado estudo de Mirjam Damaška opta por um caminho de agregar as características mais marcantes dos *Estados* responsáveis pela persecução penal para, assim, descrever os traços sobressalentes que influem na forma como o conflito penal é solucionado, seja por meio do “procedimento baseado na solução do conflito” ou do “procedimento baseado na implementação de políticas”.<sup>86</sup>

Dentro da dicotomia proposta pelo acadêmico, há o processo de característica marcante de solução de conflito ocorrido em torno do “*Estado reativo*”, que possui como prioridade a resolução da contenda entre as partes envolvidas, o que significaria, em grandes linhas, a entrega a elas tanto da condução do processo quanto da escolha da sanção adequada aplicada ao caso concreto, havendo preocupação central com a solução do conflito penal existente e, principalmente, da *forma* pela qual se chegou ao dado resultado.<sup>87</sup> Há uma perspectiva mais

---

<sup>86</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 97-180. As tipologias foram livremente traduzidas de “*The conflict-solving type of proceedings*”, “*The policy-implementing type of proceeding*”.

<sup>87</sup> *Ibid.* O conceito foi traduzido livremente de “*reactive state*”. Nas palavras do autor, acerca das características mais definidoras de tal forma de se proceder à persecução penal nessa forma de Estado: “*As with all law in the reactive state, regulation of the legal process is largely a problem of identifying the implicit terms of a model contract. The lawgivers must imagine how potential litigants would reasonably and fairly have agreed to behave*

aberta à determinação própria dos sujeitos quando em contato com a Justiça, o que implica maior autonomia no trato de tais questões.

De outro lado, haveria o assim qualificado de “*Estado ativo*”, vinculado a procedimentos identificados com implementação de políticas, que se notabiliza por intentar a imposição de seus objetivos por meio do processo e, assim, teria maior resistência a soluções ditadas pelas partes envolvidas, aí consideradas as consensuais. Nesses casos, muito importaria a *substância* do que se decide no dado caso, sendo o conteúdo da solução do conflito mais importante do que a forma pela qual se chega nela.<sup>88</sup> Ainda, o tipo de regulação oriunda do Estado tende a ser mais rígida, havendo menos espaço para que os sujeitos sejam mais livres para determinação própria quando em contato com o sistema de Justiça.

Trata-se de modelo teórico, com a existência de muitas outras características de cada um dos tipos de Estado,<sup>89</sup> e que tem como mérito propiciar alguma segmentação e apresentar características que, apesar das aproximações entre sistemas de persecução penal, ainda podem ser notadas. Aplicando a tipologia muito brevemente descrita, é fato que o sistema brasileiro, assim como o dos países de tradição europeia continental, aproxima-se do Estado ativo, enquanto os países da *common law*, nos quais o consenso ocupa há mais tempo um relevante espaço, estão mais próximos do Estado reativo. Importa pensarmos em todas as clivagens propostas, mas também nas cada vez maiores aproximações que notamos entre os sistemas jurídicos, que auxiliam na melhor compreensão do processo penal concretamente estruturado.

Passando para a segunda forma de leitura a ser analisada neste tópico, fazemos referência à tipologia desenvolvida por Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove, que ajuda a entender o fenômeno das formas de Justiça Penal, pois a posiciona em quatro grandes modelos

---

*in the event of a future lawsuit. [...] As I have pointed out, the ideology of reactive governments favors the conversion of law into rights personal to citizens. And because citizens are sovereign in determining their interest, including their chance of success in litigation, they are in principle free to renounce rights accorded them in the legal process.”* (p. 98-99).

<sup>88</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986. A tipologia foi livremente traduzida de “*activist state*”. Segundo o autor, no que mais importa sobre tal Estado: “*Much as the conflict-solving model gravitates toward procedural legitimation but stops short of purely procedural justice, so the policy-implementing process, while preferring substantive legitimations, stops short of justifying its decisions solely in terms of accurate results. But sacrifice of substantive accuracy for the sake of procedural regularity remains a somewhat embarrassing anomaly; it smacks of the formalism so alien to the ideology of the activist state, and so, in most instances, procedural regulation remains pliable.*” (p. 152).

<sup>89</sup> Foi feita uma sumária seleção das características mais relevantes sobre os sistemas processuais que dialogam com o objetivo da presente pesquisa. Para a descrição completa da complexa tipologia proposta pelo autor, com diversas sutilezas e características atinentes aos sistemas processuais que podem melhor ser identificados com cada uma das categorias propostas, ver DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

de Justiça: impositiva, participativa, consensual e negociada.<sup>90</sup> Ainda que os modelos adotados possivelmente não se apliquem com perfeição a ordenamentos jurídicos concretamente existentes, interessa uma breve incursão sobre suas características para marcar suas diferenças e observar as possíveis intersecções em sistemas penais. Mais do que isso, as características levantadas fazem pensar sobre a variedade de modelos consensuais que podem ser adotados.

Em um muito apertado esforço de síntese acerca das ideias propostas pelos autores, podemos dizer que a *Justiça impositiva* seria aquela identificada com um Estado mais forte, com um processo de ordem exclusivamente pública, sem necessidade de consentimento, com posição da parte mais associada com o objeto do processo do que como sujeito dele. Na *Justiça participativa* há um abandono de uma persecução unicamente estatal e unilateral, com possibilidade de participação maior de agentes privados no processo. Já na *Justiça consensual*, há papel ainda mais acentuado de vítima e autor da infração, com possibilidades de consentimento para estabelecimento de decisões relevantes dentro do processo, como procedimento ou pena. Por fim, na *Justiça negociada*, há ainda mais poder destinado aos particulares que, em contato com o Estado, podem chegar a estabelecer concessões recíprocas em meio à persecução penal, aproximando a situação à de um contrato.<sup>91</sup>

Apesar de realizadas essas classificações em distintos modelos, com características diferentes entre cada um deles, fato é que a justiça penal em modelos concretos acaba sendo de uma mistura, ou uma “*justiça híbrida*” ou “*justiça plural*”. Nas palavras dos próprios teóricos, “[...] a hibridização da justiça penal é o resultado de enxertos sucessivos”.<sup>92</sup> Ou seja, determinadas características identificadoras de mais de uma tipologia de cada uma das *Justiças* descritas pode ser encontrada nos modelos concretamente existentes. Essa conclusão, embora pareça trivial, é digna de ser sublinhada, pois resta claro que é possível e previsível a existência

<sup>90</sup> Embora tenham estudado detidamente o processo penal belga, a tipologia teórica é relevante para pensarmos em qualificações atinentes aos diferentes modos de solução no âmbito criminal. Ver TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La Justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée. *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, Bruxelles, n. 5, p. 445-494, 1996.

<sup>91</sup> Ver TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La Justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée. *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, Bruxelles, n. 5, p. 445-494, 1996, p. 449-481.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 492, tradução nossa. Do original temos os termos “*justice hybride*” e “*justice plurielle*”, bem como o trecho “*L’hybridation de la justice pénale résulte de greffes successives*”. Sobre as conclusões dos autores acerca da hibridização e dos efeitos que isso pode causar na interpretação: “*En ce sens, l’imposition exclusivement autoritaire d’une décision et la négociation complétée d’un accord constituent les ‘deux pôles’ extrêmes entre lesquels se situent sans doute la plupart des formes concrètes de justice pénale qui, tout en relevant, ne fût-ce qu’à un degré minime, de ce double processus, illustrent davantage des modèles intermédiaires de justice participative et de justice consensuelle. Le caractère pluriel de la justice pénale, par ailleurs, se manifeste dans la diversification croissante des modes de solution des conflits engendrés par la commission d’une infraction pénale, qui tantôt coexistent les uns avec les autres en s’appliquant à des types d’infractions différentes, tantôt sont susceptibles de se substituer de manière alternative les uns aux autres, étant applicables à des types d’infraction identiques.*” (p. 492).

de traços de diferentes origens no quadro normativo de um sistema processual empiricamente considerado. Isso ajuda a explicar, por exemplo, a cada vez maior convivência de modelos de solução estatal no âmbito penal baseado no conflito ao lado dos crescentes mecanismos consensuais.

Como se observa, mesmo com notáveis diferenças, ambas as sistematizações teóricas têm mérito em buscar explicar uma realidade que vinha sendo modificada. Com abordagens bastante distintas, nenhuma delas ignora a realidade a que chamamos de *consensual*. E esse é um traço relevante, que fez com que tenhamos optado pela exposição de tais leituras. Trata-se de abordagens teóricas feitas por autores consagrados e que, também superando as categorias tradicionais, colocam na equação a realidade da composição que não mais pode ser ignorada no âmbito processual penal. E é com vistas a afirmar essa característica, colocando tal variável no centro da clivagem teórica, que apresentamos nas Seções seguintes a tipologia que será utilizada ao longo de todo o trabalho, como forma de melhor interpretar a nossa realidade e buscar propor uma Tese jurídica em torno da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

#### 1.4 JUSTIÇA DISPUTADA X JUSTIÇA CONSENSUAL: A DISTINÇÃO CONTEMPORÂNEA FUNDAMENTAL

Apresentadas outras chaves teóricas para a compreensão dos sistemas processuais atuais, importa voltar o olhar com a centralidade devida para a introdução dos espaços de consenso. Por essa razão nos dedicaremos a definir essa relevante dicotomia, com um foco analítico maior no elemento mais novo nessa equação, e de maior interesse ao objeto de estudo desta Tese, que é justamente a chegada da realidade consensual na processualística penal.

Qualificamos essa como a *distinção contemporânea fundamental* justamente por ter o potencial de explicar uma clivagem que hoje pode explicar com maior precisão a realidade de muitos ordenamentos jurídicos. Mais do que isso, auxilia na interpretação dos tipos de solução adotados, em regra de forma paralela, como modos de resolução de conflitos penais, superando as categorias tradicionais para uma melhor abordagem teórica e empírica sobre os sistemas processuais. A base teórica de tal distinção, que será utilizada como mote do presente tópico, foi desenvolvida por Marcos Zilli, que apresenta dois modelos bem claros de solução do conflito penal, que são o da *justiça disputada* (revelada) e da *justiça consensual* (acordada).<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27-60. Neste recente trabalho encontramos a sistematização teórica que mais



A tipologia proposta importa porque coloca em perspectiva a característica distintiva mais importante das formas de resolução de um conflito penal. Mais do que uma disposição binária, como se um ordenamento jurídico devesse optar por uma ou outra das saídas de realização de Justiça, resta claro que elas são conectadas, interseccionadas, muitas vezes complementares mesmo. Em nossa leitura, a busca pela eficiência se encontra em ambas as formas de solução do conflito penal, variando apenas a forma escolhida para alcançá-la. E é sobre essa nova e relevante dicotomia, com foco posterior na consensualidade, objeto preferencial da presente Tese de Doutorado, que se dedicarão as próximas linhas.

### **1.4.1 Justiça disputada**

Antes de adentrarmos nos detalhes acerca da consensualidade no processo penal, importa dedicarmos breves linhas para caracterizar o processo penal de índole disputada (conflitiva). Trata-se do “modelo clássico”, ou aquele que caracterizou de forma mais bem acabada a persecução penal nos tempos modernos. É esse o modelo completo de adjudicação mais associado a um processo penal, com partes representando interesses antagônicos, com todas as suas fases. Não é demais frisar que é sobre esse modo de solução que as categorias tradicionais se dedicam, conforme fartamente apresentado na Seção 1.2.

Antes de enunciar suas características mais marcantes, apresentaremos com brevidade as mudanças que os recentes movimentos em busca da eficiência trouxeram a essa forma de resolução do conflito. Sem pretensão de fazer uma reconstituição histórica exaustiva, traremos elementos que mostram a mudança de rota ocorrida entre o modelo puro de processamento e as alternativas (simplificadoras) que foram surgindo, redundando em formas mais céleres e simples de manejos procedimentais (possíveis antecedentes históricos de modalidades de consenso), tudo em nome de uma mais eficiente resolução de crescentes conflitos de índole penal.

---

interessa no presente momento e que contribui para a compreensão desse fenômeno contemporâneo. Partindo da já mencionada divisão feita por Tulkens e Kreschove (TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. *La Justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée*. *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, Bruxelles, n. 5, p. 445-494, 1996. Ver Seção 1.3), apresenta os referidos dois modelos bem claros de solução do conflito penal. O próprio autor faz referência a uma terceira via de realização de justiça, que seria a justiça restaurativa, mas, ele mesmo afirma ser tal modelo fundado em outros valores, para os quais seria necessário distinto aprofundamento analítico para discorrer sobre (p. 33-34).

#### 1.4.1.1 Do julgamento completo do processo às simplificações procedimentais

O processo penal de completa adjudicação, com todas as fases de um processo judicial, disputado, com duas partes antagonicas litigando e um terceiro decidindo, terá suas características mais bem delimitadas na Seção seguinte (1.4.1.2). Por ora, importa apontar que esse era o caminho prioritário como modo de resolução do conflito penal. Entretanto, algo mudou, e a necessidade de o Estado oferecer respostas mais adequadas (eficientes e céleres) à criminalidade resultou no fenômeno da simplificação processual. Nestas linhas, associamos tal fato com um antecedente histórico do consenso.

Esse “choque” de mudança em direção à maior celeridade na resposta estatal pode ter como um seguro marco inicial, notadamente nos países de tradição continental, o período pós Segunda Guerra Mundial. Em tal período foram questionadas instituições públicas que permitiram regimes autoritários e totalitários, sendo resultante desse processo a maior demanda por garantias de direitos humanos, estando as garantias processuais aí incluídas. Entretanto, o aumento da demanda judicial e a morosidade resultante de um sistema de Justiça incapaz de dar respostas céleres aos conflitos precipitaram a adesão a soluções mais pragmáticas.<sup>94</sup>

As respostas para questões tão complexas em geral são diversas, e dialogam com movimentos históricos específicos em cada localidade considerada. Neste contexto, a *simplificação processual* foi um relevante caminho adotado para a efetivação da lei penal. Antonio Scarance Fernandes já identificara tal fenômeno como uma solução genericamente adotada por diversos países. Tanto por isso que propõe três categorias para explicitar o tipo de abordagem que era implementada: mecanismos que conduzem ao encerramento precoce do processo, mecanismos que redundam na supressão de fases do procedimento ordinário, e aqueles que representam uma reorganização do procedimento.<sup>95</sup>

Isso significa considerar que há soluções diferentes para distintos crimes e circunstâncias. Em última análise, flexibilizando-se o procedimento padrão (com todas as

---

<sup>94</sup> Ver DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1018-1039, 2004, p. 1023. Em especial: “A change began to take place in the aftermath of World War II, picking up pace after the collapse of communist regimes. The painful experience with abusive totalitarian governments weakened Continental habits of reliance on state-heavy institutions so that deference to state authority lost some of its former force. [...] As a result, concessions in exchange for the waiver of defendant’s rights became attractive to procedural authorities. The power of these pragmatic considerations was increased by the weakening of principled arguments against consensual disposition of prosecutions. For a variety of reasons, including developments in constitutional law, the once rigid separation of public and private spheres became more flexible, making it easier for arrangements customary in the private-law style to start seeping into the administration of criminal justice.” (p. 1023-1024).

<sup>95</sup> Ver FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179-180.

previsões da mais ampla defesa e contraditório), há uma resignificação sobre o pleno garantismo em todos os casos.<sup>96</sup> O fenômeno de flexibilização é identificado pelo autor como presente em países da Europa, com uma constatação pragmática de que os sistemas jurídicos não estão preparados para implementar, em todos os casos indistintamente, o pleno garantismo, recorrendo-se, assim, às alternativas procedimentais simplificadoras, e reservando-se a longa marcha processual para casos mais graves e complexos.<sup>97</sup>

Com uma classificação diferente e em trabalho apresentado mais de uma década depois, com tal fenômeno ainda mais consolidado, Maximo Langer interpreta as soluções em matéria criminal que fogem ao julgamento como *administratização*<sup>98</sup> da Justiça. Isso significa dizer que se identifica um movimento internacional de expansão de mecanismos distintos da resolução judicial tradicional, ou seja, que se encerram, com atribuição de sanção criminal, mesmo sem um processo clássico (com todas as suas garantias e procedimentos aplicados de forma integral), que implique o julgamento da demanda.<sup>99</sup> Há estudos semelhantes centrados em regiões do globo, como a América Latina,<sup>100</sup> certo que o fenômeno do consenso também atingiu a região de forma generalizada e, por isso, foi analisado.

Como se vê, o caminho para mudanças estava pavimentado. O processo tradicional, conflitivo e não necessariamente célere, cedia espaço a outras formas de se fazer Justiça. É

<sup>96</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179-181. Em especial: “Aponta-se como uma das principais razões para o abandono do ideal de um modelo processual único o fato de que, com o aumento da criminalidade organizada e violenta, há necessidade de, no combate a essa criminalidade, serem criados esquemas processuais mais complexos e sofisticados, os quais, contudo, não podem ser aplicados à generalidade das infrações penais. Não se pode nivelar, afirma-se, um processo complexo, com muitos acusados, como os da máfia, a um simples furto.” (p. 181).

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 184-186. Sobre movimento semelhante nos EUA, o autor identifica a existência de pragmatismo comparável, segundo o qual o sistema não conseguiria suportar as garantias do júri para todos os casos, ainda que, naquele caso, mais do que meras alternativas simplificadoras, o movimento redundou em “*alternativas transacionais*” (p. 185; p. 192-198).

<sup>98</sup> Tradução livre do termo “*administratization*”, utilizado pelo autor. Ver: LANGER, Maximo. *Plea Bargaining, Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*. *Annual Review of Criminology*, Palo Alto, CA, 2019. Trata-se de relevante trabalho empírico em que dezenas de países ao redor do globo são estudados, para se chegar a classificações e generalizações acerca das espalhadas soluções que fogem ao modelo de total adjudicação.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 1-2. Em especial, qualificando as características gerais do que se classificou como *formas administrativas de resolução do conflito penal*: “*The administrative determination of criminal convictions is assumed to be legitimized through the defendants’ admission of guilt or formal consent to the adjudication of the case through these trial-avoiding conviction mechanisms. In this regard, what characterizes plea bargaining and related trial avoiding conviction mechanisms is neither negotiation between the defense and the prosecutor or the judge, nor coercion — even if negotiation and coercion are features of a subset of these mechanisms. Rather, the common thread among these mechanisms is administratization. In order to make this point, this article explains that plea bargaining is a way to reach a criminal conviction without a trial. As such, plea bargaining should be studied together with other procedural mechanisms adopted around the world that also enable reaching a conviction without a trial.*” (p. 2).

<sup>100</sup> Ver RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, n. 20, p. 99-124, 2016. Em maior ou menor grau, o fenômeno é visto como uma tendência em toda a região (p. 99-100).

possível que estivesse aí o embrião do consenso, que viria a se somar ao modo disputado como forma de resolução de conflito.

#### ***1.4.1.2 Principais características: interesses antagônicos disputados pelas partes em um processo***

A assim chamada justiça disputada é a mais comumente mencionada pela literatura (ainda que não necessariamente com esse nome), possuindo algumas características distintivas, como a do julgamento completo (*full-blown trial*, na consagrada expressão inglesa), significando que um dado conflito é objeto de um processo e, a partir dele, um terceiro realiza o julgamento de uma dada contenda em que partes, com interesse antagônicos, buscam fazer valer os seus interesses. Nesse sentido, a própria existência da estrutura de um processo como o espaço privilegiado para se atingir a decisão satisfatória de um dado conflito é traço identitário fundamental.

Referido julgamento também pode ser entendido como uma forma de revelação da *verdade*, sendo o conflito penal considerado resolvido com um pronunciamento oficial, o qual confere valor ao resultado que se chega, pelas vias formais.<sup>101</sup> Trata-se de qualificação quase que intuitiva, pois representa o modelo tradicional, que também chamamos de “clássico”, de resolução de conflito penal. Modelo esse objeto preferencial das categorias de análise tradicional, que o consideravam, no mais das vezes, a única forma de realização da Justiça criminal.

O modelo de adjudicação pleno é aquele que estrutura um processo penal com todas as suas garantias ao imputado. Justamente por envolver a possibilidade de imposição das sanções mais graves existentes<sup>102</sup> em um dado ordenamento jurídico (notadamente a liberdade do indivíduo, em nosso caso), o processo, no qual são embutidas todas as formas de exercício de

---

<sup>101</sup> Ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 35. Em especial: “Ao final, o fato revelado é submetido ao teste de adequação frente aos termos da imputação. Identidades e distanciamentos indicarão o resultado do julgamento. O julgamento é, portanto, um pronunciamento sobre a verdade. Para este modelo, verdade e Justiça são valores em relação direta. Quanto mais intensa for atividade probatória – teste de comprovação da veracidade da tese acusatória –, tão mais aderente ao plano real será a decisão”.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 35. Em especial: “O modo assim formatado exige um grande dispêndio de energia processual. As razões para a sua adoção são variadas. Mas, sem dúvida, a perspectiva de imposição de sanções penais severas é um fator importante. De um lado porque revelam a gravidade dos fatos imputados e, portanto, a importância dos bens jurídicos tutelados e o interesse do Estado em vê-los respeitados. De outro, porque a perspectiva de grave resposta punitiva impõe a construção de caminhos justos de satisfação do poder punitivo os quais passam pela concessão de maiores oportunidades de reação defensiva.” (p. 35).

uma ampla defesa por aquele a quem se imputa o crime, é eleito como a forma mais adequada de se legitimar a referida punição estatal.

Por se tratar da forma mais difundida de solução do conflito penal, não há necessidade de maior aprofundamento de tais aspectos. Daí porque, dedicaremos mais linhas para a maior novidade presente na tipologia, que é justamente a presença do consenso no âmbito processual penal como uma relevante categoria de análise.

### **1.4.2 Justiça consensual**

Definidos os principais parâmetros atinentes à faceta disputada do modo de realização de Justiça, passamos a detalhar o modelo moderno mais jovem de realização de Justiça, que inclui os espaços de composição no âmbito do processo penal. Para tanto, apresentaremos notas sobre seu surgimento, principalmente na sua faceta contemporânea, que se alastrou pelos diferentes países, inclusive de tradição continental.

Após, descreveremos suas principais características, de forma a se contrastar com o que acabamos de analisar quanto à faceta disputada. Ainda, apresentaremos sistematização de críticas que aparecem relacionadas à massificação do consenso como modo de realização de Justiça no âmbito criminal.

#### ***1.4.2.1 A maximização da busca pela eficiência e a adoção do consenso***

A chegada de espaços de consenso no âmbito do processo penal não escapou da literatura. Em vista disso, há diferentes análises que são feitas tendo tal premissa, isto é, considerando esse um fenômeno que se alastra por diversos ordenamentos jurídicos conhecidos, permitindo a maior generalização das inferências.

Há quem identifique relevante contribuição na forma de resolução desses conflitos com o próprio movimento de expansão do direito penal. Ou seja, a forma de instrumentalização do poder punitivo estatal, menos burocratizado, mais rápido e, nesse aspecto, mais eficiente, seria um fator fundamental para a caracterização do mais novo combate à criminalidade<sup>103</sup> (e com

---

<sup>103</sup> Ver SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DDF, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016. Em especial, “Diante do quadro de expansão do direito penal, verifica-se uma dependência da justiça negociada, por razões diversas. Não somente a gestão financeira identifica o interesse da Política Criminal Estatal, mas, também, na dinâmica da sociedade moderna, parece não existir mais espaço para um processo penal burocrático, ineficiente e moroso, como instrumento de concretização do direito material no quadro da criminalidade complexa e organizada. Os procedimentos processuais, com a repetição de atos desnecessários, não se coadunam com a velocidade da comunicação da sociedade moderna. Pode-se dizer que

espaço para o consenso). O modelo de processo clássico, associado à índole disputada, abriu espaço para diferentes formas de solução do conflito penal, com possibilidade de se chegar a soluções menos retributivas e, assim, mais reparadoras.<sup>104</sup>

Um passo adiante nesse movimento de expansão do direito, do ponto de vista processual, possivelmente seja a introdução do consenso em muitos ordenamentos jurídicos. A formatação mais ágil e eficiente de dar uma resposta estatal a um identificado conflito pode ser descrita como relevante força motriz para tal avanço de soluções que envolvem algum tipo de acordo, nos diferentes ordenamentos jurídicos, com as mais distintas características. A forma como a consensualidade vai se manifestar é variável, mas é bastante provável que um dado sistema jurídico não mais resista aos ventos do consenso, que acabam por ser incorporados à (não mais absoluta) Justiça disputada. Com justificações, que transitam da maior participação das partes aos argumentos pragmáticos de mais recursos públicos destinados a crimes mais relevantes no contexto social,<sup>105</sup> as diferentes *saídas alternativas* ao conflito penal ganharam corpo internacional, regional e localmente.

Vale registrar que, nos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxã, a consensualidade é conhecida há mais tempo. Muito pela característica mais próxima de uma disputa entre partes, que, de alguma forma, relaciona-se a um tipo de relação mais contratualizada, a negociação em torno de sanções criminais encontrou terreno mais fértil em tais países e, somado à (maior) imprevisibilidade dos vereditos proferidos por júris compostos

---

o crescimento da tipificação penal nos países desenvolvidos e em desenvolvimento forçam a incorporação de mecanismos de justiça penal negociada, com revisão e readequação de conceitos penais e processuais tradicionais, fazendo surgir discussões sobre a eventual colisão com os princípios penais e garantias processuais explícitos e implícitos no texto da Constituição.” (p. 387-388).

<sup>104</sup> Ver MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrição das hipóteses de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 425-427. Em especial: “Ao lado do modelo de processo clássico, agora legitima-se um modelo de processo penal mais eficiente, com claro caráter instrumental, concreto, empírico, dentro de um sistema de direitos e garantias das partes, assegurados num procedimento que se desenvolva num prazo razoável, para se atingir um resultado justo. Vê-se, especialmente pela introdução do modelo de justiça consensual, que a resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).” (p. 426).

<sup>105</sup> Ver RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, n. 20, p. 99-124, 2016, p. 121-124. Em especial: “A riesgo de repetir algunos conceptos, no debemos olvidar que las salidas alternativas no son otra cosa que un mecanismo destinado, en primer lugar, a la búsqueda de respuestas de mayor calidad, que satisfagan a las partes y que involucren una menor dosis de violencia estatal. No se trata de otra cosa que reconocer el conflicto entre imputado y víctima y darle preeminencia en la búsqueda de soluciones que satisfagan sus intereses. Y como segundo objetivo, se pretende a través de su aplicación, provocar una descongestión en el sistema penal, de modo tal de permitir que el Ministerio Público Fiscal pueda ocuparse de los casos más graves y complejos, procurando torcer la selectividad burocrática que termina por ocuparse solo de procesar los hechos más burdos y toscos, deslegitimando así la respuesta punitiva del sistema penal.” (p. 122).

por leigos, contribuiu para a expansão dessas práticas desde meados do século XIX.<sup>106</sup> De outra parte, nos ordenamentos jurídicos de tradição continental, esse movimento demorou mais a chegar. Isso possivelmente se explique pela menor compatibilidade entre um sistema estatal de verificação da verdade e negociações com a parte imputada, além de uma faceta mais burocratizada da solução de conflitos e do fato de serem mais previsíveis as decisões proferidas por magistrados togados.<sup>107</sup> Além, claro, do aspecto da *obrigatoriedade da ação penal*, que, à primeira vista, poderia ser um impeditivo ou ao menos um dificultador para a existência de uma lógica de consenso.

Voltando ao trabalho de Maximo Langer, também mencionado quando tratamos da simplificação processual (ver Seção 1.4.1.1), a *administratização* da Justiça abriu espaço para a introdução do consenso em diversos ordenamentos jurídicos.<sup>108</sup> O importante de se notar nesse processo é que uma condenação criminal, em tese a mais severa punição de um dado ordenamento jurídico, pode ser realizada administrativamente, isto é, sem a participação determinante do membro do Poder Judiciário no ato. E, nesse contexto, alguma forma de consenso é comum de ser localizada, como podemos apreender do contexto empírico. Mais do que isso, são essas soluções adotadas de forma generalizada, justificando aqui o aprofundamento acerca de suas características, conceitos que a orbitam e as críticas acadêmicas já realizadas à sua adoção.

#### **1.4.2.2 Principais características: interesses comuns acordados pelas partes**

A Justiça consensual é definida como aquela na qual as próprias partes ajustam algum tipo de *acordo processual*, para dar forma distinta do conflito entre posições (até então)

<sup>106</sup> Ver DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1018-1039, 2004, p. 1022-1023.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 1023. Em especial, sobre a comparação entre a chegada da negociação em âmbito criminal nas duas tradições jurídicas: “*On the Continent, the movement towards negotiated justice was slower in coming. The ingrained understanding of the criminal process as an engagement transcending dispute resolution militated against the acceptance of consensual, inter-party arrangements, to short-cut methodical official investigation. Concessions or compromises with criminal defendants conflicted with the lingering ethos of strong, bureaucratic government. Moreover, in contrast to Anglo-American lands, market-oriented ideas and contract-like relations remained confined to the private domain, unavailable to contribute to a climate which might tolerate negotiated outcomes in the public sphere of criminal justice. Procedural principles, fashioned by influential legal scholars, also mandated that consensual dispositions be limited to civil litigation.*” (p. 1023).

<sup>108</sup> Ver LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, Palo Alto, v. 4, p. 1-66, Sept. 2019. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3453576>. Acesso em: 2 out. 2022, p. 1-2. Ainda que o autor coloque essas modalidades de consenso (*plea bargaining* estadunidense incluído) dentro dessa grande categoria mais ampla de mecanismo de administratização da Justiça.

antagônicas para a solução do conflito penal. O traço mais distintivo de tal modo de solução penal é o de haver alguma forma de composição, um caminho comum adotado por ambas as partes, com o fim de resolução da questão. A existência de algum acordo de vontades<sup>109</sup> é uma condição essencial para a sua perfectibilização.

A característica mais fundamental e que pode ser destacada é alguma forma de ausência de *resistência* entre as partes. Isto é, mesmo diante de uma imputação dos fatos mais graves previstos pelo ordenamento jurídico (que são delitos e contravenções, de forma geral), as partes adotam alguma forma de composição, de acordo de vontades diante de um interesse comum,<sup>110</sup> que em regra resulta em benefícios ao sujeito imputado. Os benefícios podem variar, a forma de obtê-los também, mas o que importa para a presente definição é o fato de que a postura das partes de transmuta de modo decisivo: a resistência e a presença de teses conflitantes, típica do modelo disputado de resolução de conflitos, é colocada de lado para dar lugar a alguma forma de composição.<sup>111</sup>

Trata-se de perspectiva lógica diametralmente oposta àquela vista no sistema tradicional disputado, quando o processo é a arena na qual as partes litigam em busca de fins que são necessariamente antagônicos, e que podem ser traduzidos em termos de condenação ou absolvição. O resultado depende da forma como a disputa em torno dos fatos se deu, não havendo espaço para reconhecimento de algum tipo de caminho coincidente<sup>112</sup> a ser tomado pelos litigantes. No cenário aqui apresentado, há um caminho comum que é trilhado por ambas

---

<sup>109</sup> Para tratamento deste aspecto em específico, em definição abrangente sobre o consensualismo no âmbito do processo criminal, ver ANDRADE, Flavio da Silva. O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa:(in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 206-241, 2020, p. 209-210. Em especial: “Portanto, quando se fala em consensualismo no processo penal, faz-se alusão ao encontro de vontades entre as partes, aos espaços ou zonas reservadas à solução pela via consensual. O consenso pode se apresentar de diversas maneiras no âmbito da justiça criminal, dependendo da opção de cada ordenamento jurídico. É retratado pelos acordos ou negociações entre a acusação e a defesa tendentes a solucionar o conflito de maneira mais simples, célere e eficiente.” (p. 210).

<sup>110</sup> Ver OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 74-76. O elemento de algum interesse coincidente entre as partes é especialmente destacado pelo autor: “Em outras palavras, o processo penal de consenso busca aproximar os sujeitos processuais para, em conjunto, encontrarem a melhor solução legal para pacificar a tensão causada pelos interesses diversos surgidos com a prática do delito, servindo, simultaneamente, às finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal, ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor.” (p. 76).

<sup>111</sup> Em feliz definição, realizada em trabalho dedicado à compreensão da Justiça consensual, com o elemento da ausência de resistência das partes (que mudam de postura), mas com outros relevantes elementos agregados, temos que: “[...] consenso, em matéria processual penal, nada mais é do que uma fórmula de conclusão da ação penal, com a supressão de atos processuais destinados à colheita de prova, ou seja, com a abreviação do processo, diante da vontade das partes em assim procederem, conforme um rito próprio previamente definido em lei, sob o controle jurisdicional.” (GUINALZ, Ricardo. *Consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 125).

<sup>112</sup> Trata-se de generalizações de como esse tipo de dinâmica ocorre, razão pela qual excluímos da descrição geral expedientes como a confissão do acusado ou o requerimento de absolvição formulado pelo órgão acusatório.



as partes e se chega a um resultado em que elas *concordam*. Por meio de tal dinâmica, o conflito penal é solucionado, com o estabelecimento de alguma sanção, dispensando-se, para tanto, a consagrada dinâmica da instrução processual que resulte em um estabelecimento de culpa por parte do Estado.

São muitas as formas de se classificar essa forma de solução de conflito, tendo a literatura utilizado as mais diferentes nomenclaturas para a qualificação do fenômeno.<sup>113</sup> Possivelmente, a oposição mais comum esteja entre as assim chamadas Justiças consensual e negocial, no âmbito do processo penal. No já mencionado trabalho de Françoise Tulkens e Michel van de Kerchove (ver Seção 1.3), há tal diferenciação, sendo o âmbito consensual qualificado como aquele de uma aceitação (ou recusa) em torno de uma dada proposta, algo próximo a uma contratação por adesão, sendo o âmbito negocial associado com uma ideia de maior discussão em torno de propostas na Justiça, sendo, por isso, comparada com um contrato sinalagmático.<sup>114</sup> No também já referido trabalho de Marcos Zilli, que inspira a clivagem teórica trabalhada, temos outra classificação acerca das colorações que esses chamados acordos penais (em sentido lato) podem dispor, sendo eles separados em: caminhos alternativos de solução do conflito (realizados sem estabelecimento de culpa pelo Estado), colaboração processual (quando o sujeito compartilha elementos de prova com autoridades públicas) e acordo penal em sentido estrito (com delimitação de padrão punitivo).<sup>115</sup>

Mais do que a qualificação em diferentes nomenclaturas, para o momento interessa estabelecer quais são as características mais básicas desse modo de solução do conflito penal. E, nesse momento de exposição das características gerais de tal forma de resolução de conflito, registrar algumas decisões metodológicas. Do ponto de vista da presente pesquisa, importa registrar a razão da escolha da expressão *consenso* como aquela que melhor caracteriza as muitas hipóteses de acordos existentes no processo penal. Já vimos utilizando essa expressão

---

<sup>113</sup> Para a utilização de consenso como gênero, da forma como também é feita no presente trabalho, ver ANDRADE, Flavio da Silva. O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa:(in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, 206-241, 2020, p. 207-214. GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72-75. Definição mais próxima da utilizada pode ser encontrada em LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 32.

<sup>114</sup> Ver TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La Justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée. *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, Bruxelles, n. 5, p. 445-494, 199, p. 448-450.

<sup>115</sup> Ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 47-48.

como gênero das formas de acordo que podem ser celebrados em âmbito nacional e, no momento, explicamos com mais vagar a escolha.

Optamos pela utilização da expressão *consenso*, como gênero dessas distintas formas de composição, entendo-a genericamente como a que melhor exprime o entabulamento de algum tipo de acordo entre as partes. Para tanto, utilizamo-nos do sentido que a morfologia de *consenso* apresenta, sendo a sua definição mais consagrada aquela de alguma *concordância* em torno de um fato,<sup>116</sup> que é justamente o cerne do que buscamos extrair em termos de conteúdo jurídico a tal conceito genérico. Há quem defina *consenso* de forma distinta, mais restrita, isto é, vinculada à ideia de efetiva aproximação das partes.<sup>117</sup> Localizamos também a definição de outros termos, como *barganha*, para a descrição genérica do que aqui qualificamos como *consenso*.<sup>118</sup> De todo modo, optamos por essa forma de leitura, por entender ser ela suficientemente abrangente para explicar o fenômeno, de modo semelhante ao feito por Rosimeire Leite.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Definição essa presente no Dicionário Michaelis online, sendo a sua acepção mais comum: “Concordância ou unanimidade de opiniões, raciocínios, crenças, sentimentos etc. em um grupo de pessoas; decisão, opinião, deliberação comum à maioria ou a todos os membros de uma comunidade.”. Há ainda outras acepções que exprimem com precisão o que buscamos alcançar com a definição, como: “Características não discordantes; harmonia” e “manifestação de concordância; consentimento, anuência”. *CONSENSO*. In: DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa online. São Paulo: Melhoramentos, c2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consenso/>. Acesso em: 29 out. 2022. Expediente semelhante de utilização de definição morfológica, ainda que mais lastreada na própria etimologia da palavra, foi feita por Nereu Giacomolli (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72.).

<sup>117</sup> Ver, nesse sentido mencionado, OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 78-79.

<sup>118</sup> Ver, nesse sentido, VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 67-68. Em especial, sobre a definição de *barganha* adotada pelo autor, em que se vê claramente a tentativa de se qualificar o fenômeno na sua ampla abrangência: “Portanto, diante dessas considerações, define-se a *barganha* como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado. Assim, são elementos essenciais à *barganha* a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos).” (p. 68).

<sup>119</sup> Ver LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 31-32. Em especial sobre a definição pela autora adotada, que guarda muitas semelhanças com a que nos utilizamos: “Trata-se, enfim, de um acordo com interferências sobre o processo e o procedimento. A diferença entre *consenso* e *negociação* pode ser admitida no sentido de esses termos representarem diferentes graus de autonomia da vontade conferida às partes. A *negociação* seria a forma mais extrema de solução consensual do processo. A *justiça negociada*, portanto, a nosso ver, expressa uma das manifestações do *consenso* no âmbito do processo penal, tendo no *plea bargaining* americano o seu exemplo por excelência. Desse modo, utilizaremos a expressão *justiça consensual penal* em uma acepção ampla, que engloba os acordos nos quais há efetiva *negociação* entre os sujeitos integrantes do processo, bem como aqueles em que o imputado adere a uma proposta apresentada pelo acusador, ainda que não haja contatos diretos ou contra-propostas.” (p. 32).

O consenso, como aqui utilizado, não implica negociação, ou alguma forma de barganha (entendida como uma negociação qualificada). Basta a união de vontades para um ato específico, que pode se perfectibilizar em um acordo entre as partes dentro do contexto de uma dada persecução penal. Negociação é uma possibilidade, mas não uma necessidade. Com esse entendimento, temos que a definição adotada é coerente para explicar o fenômeno que se estuda com verticalidade.

Por fim, vale o registro de que não pretendemos esgotar o debate em torno de tipologias jurídicas que exprimam uma realidade a ser interpretada. Mas buscamos apresentar conceitos coerentes que se sustentem segundo a problemática analisada. Por isso que registramos essas opções teóricas, para que reste claro o caminho percorrido pela pesquisa, com todas as suas premissas metodológicas e conceituais.

#### ***1.4.2.3 Críticas ao consenso em âmbito criminal***

Em breve resumo, poderíamos apontar como reconhecidas vantagens da introdução do consenso como forma de solução de conflito penal a sua maior eficiência, no sentido de resposta estatal mais célere. Além disso, mecanismos consensuais podem redundar em potenciais ganhos ao indivíduo imputado,<sup>120</sup> como a inexistência de uma condenação criminal propriamente dita, o que atenua a estigmatização ou mesmo o etiquetamento da pessoa. Entretanto, o fenômeno de consensualidade na Justiça criminal não deixou de receber apreciação crítica em trabalhos acadêmicos.

Sem a pretensão de percorrer todos os seus aspectos, faremos, com base na literatura nacional e internacional, uma breve recapitulação dos mais relevantes questionamentos que podem ser levantados. Na literatura estrangeira, vemos diversas críticas, muitas com foco em institutos concretamente considerados, notadamente o estadunidense *plea bargaining*, representante mais icônico da consensualidade no âmbito criminal. Como pretendemos fazer um sobrevoo com foco em aspectos gerais da consensualidade, deixando a análise de institutos para Capítulos posteriores, faremos uma apreciação semelhante à realizada por Vinicius

---

<sup>120</sup> Ver GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 81. Em sentido complementar, agrega o autor: “Assim, as principais finalidades do consenso, no processo penal, de modo geral são: a aplicação de uma medida alternativa à prisão, a proteção da pessoa da vítima, evitar o estigma de ‘processado’ ao acusado – celebração da audiência, a produção de provas, confrontação com a vítima, por exemplo –, evitar os efeitos de uma condenação, dar um tratamento diferenciado à pequena criminalidade. Também não se pode esquecer dos efeitos preventivos destes mecanismos alternativos” (p. 100).

Vasconcellos, em obra que aborda a barganha no processo penal,<sup>121</sup> com a revelação das principais tensões identificadas entre o consenso e o processo criminal.

Nesse sentido, os próximos tópicos se dedicarão a apresentar as principais críticas identificadas, sendo elas a (i) distorção dos papéis dos atores processuais, com prevalência do órgão acusatório, e os impactos negativos que podem ser sentidos; (ii) o enfraquecimento da busca pela verdade, representado pela aceitação do quanto pactuado entre as partes,; (iii) a tendência de se sancionar mais inocentes do que em um processo conflitivo, pelas vantagens que sujeitos identificam e aceitar um acordo (evitando uma prisão, por exemplo), mesmo que saibam não serem culpados; e, por fim, (iv) a fragilização de direitos fundamentais e outras garantias identificadas com o processo penal democrático, que são afastadas quando da opção pela solução consensual.

#### 1.4.2.3.1 Desequilíbrio entre os atores processuais: indevida prevalência do órgão acusatório

A previsão de algum tipo de mecanismo consensual em um dado ordenamento jurídico tende a influenciar a forma como o papel dos sujeitos processuais se estrutura. Com mais possibilidades de resolução do conflito desenhadas para serem realizadas em um contexto pré-processual (ou ao menos no início do processo penal), é esperado uma requalificação das funções dos sujeitos. Mais do que isso, é esperado um papel mais proeminente do órgão acusatório,<sup>122</sup> o qual possui uma participação mais decisiva nas etapas preliminares da persecução penal. As críticas surgem no modo como essa hipertrofia de poderes do Ministério Público causa indesejados desequilíbrios.

Aspecto mais intuitivo diz respeito a um campo maior de *abusos* por parte do representante do órgão acusatório, para fazer valer seu ponto de vista em uma dada persecução

<sup>121</sup> Ver VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 143-195. O autor acaba subdividindo as críticas em ainda mais tópicos do que faremos, sendo essa uma parte fundamental de referida obra. Referenciaremos especificamente seus trechos quando relevantes para as críticas que organizamos.

<sup>122</sup> Teresa Armenta Deu identifica com alguma preocupação esse papel desempenhado pelos membros do Ministério Público em recentes reformas processuais, o que pode resultar num grande desequilíbrio de funções, relegando ao magistrado um papel diminuto, de pouca influência em controle na persecução penal. Veja-se: “[...] *la atribución de determinados márgenes de discrecionalidad o incluso de toda la discrecionalidad como en Francia, puede aceptarse, pero no incondicionalmente, no cuando simultáneamente se reduce al juez a un papel de mero espectador y desaparece cualquier control sobre el ejercicio de la acción, que esa es precisamente la discrecionalidad, porque en tal caso, el acopio en una sola mano, más aún si dependen del ejecutivo, del poder de acusar, siendo ésta la única forma de realizar el derecho penal (nulla poena sine iudicium) aparece como un poder formidable. El recurrente protagonismo de la fiscalía en todas las reformas no parece refutar esta impresión.*” (ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 136).

penal. Em primeiro lugar, há críticas voltadas à abordagem do membro do órgão acusatório ao sujeito particular imputado. Para além da já divisada assimetria de poderes entre o representante do Estado e o particular, o que se aplica a todos os modos de solução do conflito criminal considerados, pode se identificar em tais casos a existência de *pressão* excessiva por parte de tal ator processual, podendo caracterizar efetivamente uma *coerção*<sup>123</sup> em desfavor do sujeito imputado, de para se entabular um acordo. Há posições mais ou menos contundentes sobre a existência de coerção, mas, muito embora possa se defender que esse desvio não constitua característica intrínseca às negociações em âmbito criminal, a prática efetiva da barganha é frequentemente apontada como fonte de tais distorções.<sup>124</sup>

Outra estratégia criticável identificada, e que pode nascer de uma posição de maior poder da parte do órgão acusatório, está na presença de um excesso de acusação (ou “*overcharging*”, na nomenclatura inglesa do fenômeno, consagrada por Albert W. Alschuler). Do ponto de vista analítico, há de se ressaltar a possibilidade de, em face de uma grande liberdade de atuação, existirem excessos por parte dos agentes de Estado. Nesse cenário, o “*overcharging*” significa o exercício excessivo do poder de acusar, podendo ter a forma de múltiplas acusações quando caberiam apenas algumas (“*horizontal overcharging*”) ou, ainda, imputação sobre conduta em grau mais elevado do que aquela que as circunstâncias do caso indicariam (“*vertical overcharging*”).<sup>125</sup> Pela função pública exercida pelo representante do

<sup>123</sup> Ver, em especial, texto referência sobre os métodos utilizados para se chegar aos tantos acordos, tratando especialmente da experiência nos Estados Unidos, LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978. Em especial, trecho no qual o autor extrapola o rótulo de coerção para qualificar a prática dos acordos como de tortura: “*In twentieth-century America we have duplicated the central experience of medieval European criminal procedure: we have moved from an adjudicatory to a concessionary system. We coerce the accused against whom we find probable cause to confess his guilt. To be sure, our means are much politer; we use no rack, no thumbscrew, no Spanish boot to mash his legs. But like the Europeans of distant centuries who did employ those machines, we make it terribly costly for an accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial. We threaten him with a materially increased sanction if he avails himself of his right and is thereafter convicted. This sentencing differential is what makes plea bargaining coercive. There is, of course, a difference between having your limbs crushed if you refuse to confess, or suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. Plea bargaining, like torture, is coercive*”. (p. 12-13).

<sup>124</sup> Embora tratando da realidade estadunidense, há inferências interessantes que podem ser generalizadas às diferentes práticas de negociação em meio ao processo penal, em BRUNK, Conrad G. The problem of voluntariness coercion in the negotiated plea. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, p. 527-553, Winter 1979. Em especial: “*In conclusion, the concept of coerced choice developed here and the analysis of voluntariness in plea bargaining suggest that the practice is not intrinsically coercive. However, I have identified the conditions that would have to be met before we could be reasonably confident that the choice of a defendant to plead guilty for considerations offered by the prosecutor or court is free from coercive restraint. But this does not exonerate the practice of plea bargaining from either the charge of coercion or the various other criticisms that can be leveled against it. First, I am not convinced that the conditions of voluntary, noncoerced choice are being met in present plea negotiation practice, nor even that they can be achieved by initiating reforms.*” (p. 552).

<sup>125</sup> Ver ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 36, p. 50-112, 1968, p. 85-87. Segundo aponta o próprio autor: “*Obviously the middle ground between ‘not knowing all we need to know’ and believing that the defendant ‘may be guilty’ is a broad one,*

Estado responsável pela acusação, esse tipo de estratégia é largamente criticada,<sup>126</sup> ainda que não necessariamente seja simples a sua identificação, para que seja controlada.<sup>127</sup>

Outro lado da questão diz respeito ao menor controle das provas que é gerado pela proeminência do papel do representante do MP. Isso porque, com uma figura mais enfraquecida do magistrado, há mais campo para que o órgão acusatório se valha de provas ilícitas para formular a sua convicção sobre determinado caso<sup>128</sup> e que, sem maior controle, pode servir como base para lastrear um acordo feito com o sujeito imputado. Não se trata de uma necessidade, mas de uma possibilidade que pode ser identificada em um contexto de maior poder daquele responsável pela acusação que, em grande medida, acaba por efetivamente decidir o deslinde de uma persecução penal quando possui a prerrogativa de entabular um acordo para tanto.

#### 1.4.2.3.2 Enfraquecimento da busca pela verdade

Questionamento comum ao avanço do consensualismo no processo criminal diz respeito a uma tendência de afastamento da busca pela verdade, em função do entabulamento de soluções acordadas por ambas as partes. Localizamos a crítica feita numa perspectiva mais teórica (acerca da importância da verdade como um valor para o processo) e prática/empírica

---

*the line between 'proper' charging and 'overcharging' is far from clear. The substance of the defense attorneys' complaint is that while prosecutors may apply a standard of 'substantial evidence' or 'probable cause' in deciding whether to accuse the defendant at all, they do not apply that standard in determining what crimes to charge. Indeed, the bare possibility that evidence may emerge to justify an allegation usually causes prosecutors to 'play it safe', and to hope that defendants 'play it safe' as well by entering pleas of guilty to reduced offenses.” (p. 86-87).*

<sup>126</sup> Ver LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006, p. 240-241. O autor, neste tema, ressalta que, pela função pública exercida, os Promotores não deveriam incorrer em tais práticas, pois deveriam buscar apenas punições justas. Ainda assim, reconhece que esses desvios podem efetivamente ocorrer.

<sup>127</sup> Em esforço para criar critérios de identificação do fenômeno do “overcharging”, Kyle Graham realiza um trabalho empírico, com vistas a mensurar o comportamento acusatório nos mais diferentes distritos da Justiça Federal estadunidense. Para a medição, utiliza-se de parâmetros de frequência com que imputações são dispensadas (“*dismissed charges*”), imputações de crimes mais graves são dispensadas, e imputações de crimes com pena mínima obrigatória são dispensadas. Com isso, e notadamente da combinação dos três critérios, o autor entende conseguir pistas relevantes sobre em quais localidades ocorreria a prática (GRAHAN, Kyle. *Overcharging*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus, v. 11, n. 2, p. 701-724, 2013.). A sofisticação do método e a persistente incerteza quanto à existência do *overcharging* dão pistas sobre a dificuldade de tal mensuração.

<sup>128</sup> Ver GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, 2015, p. 1128-1129. Acrescentam os autores que, no caso específico dos EUA, a barganha sanaria qualquer anterior vício. Agregariamos que, mesmo que uma matéria de provas ilícitas pudesse vir a gerar nulidade em outras tradições jurídicas, como a brasileira, o problema ainda persistiria pelo fato de que é possível que tal nulidade nunca viesse à tona, justamente por já ter sido conformada em um acordo, que foi homologado judicialmente.

(verdade dando lugar a um acordo e consequências negativas concretamente verificadas). Há também diferentes colorações sobre a própria aceção de verdade, conforme apresentaremos.

Do ponto de vista teórico, questiona-se a própria existência de algo que possa se chamar de “*verdade*” sendo criado (ou acordado, negociado) pelas partes em um processo. É dizer, como bem o desenvolve Michele Taruffo, o entabulamento de uma solução acordada, que satisfaça duas partes em um contexto de conflito, pode significar pragmaticamente uma solução, no sentido de que resolve um conflito socialmente localizado, mas não produz uma resposta *verdadeira*<sup>129</sup> acerca dos fatos anteriormente em disputa. Ou seja, mesmo que não haja oposição ou que ativamente as partes concordem acerca de uma dada roupagem sobre fatos, tida como verdadeira, para que um acordo seja realizado, isso não muda o caráter epistemológico de que, eventualmente, estejam sendo negociadas versões que se afastam daquela (efetivamente) verdadeira.<sup>130</sup>

Ainda no âmbito de teoricamente se pensar sobre a verdade no processo penal do consenso, Luis Felipe Schneider Kircher traz interessante contribuição. A principal dificuldade identificada estaria no fato de a mais plena aferição de uma verdade no processo se dar na atividade probatória, com o valor sendo dado às hipóteses formuladas anteriormente, quando o estado de conhecimento é mais preliminar. No entanto, os acordos funcionam sob outra lógica, vez que uma apuração detalhada e minuciosa dos fatos e hipóteses inicialmente formulados é deixada de lado, em nome da construção de consensos.<sup>131</sup> Ou seja, esses mecanismos de

---

<sup>129</sup> Como bem explicita em enunciados simples e claros Michele Taruffo, afastando-se, assim, de correntes relativistas, e assumindo a possibilidade de se pensar num conceito epistêmico acerca da verdade: “Cons. 1 Se o enunciado alegado é falso, a não contestação não o torna verdadeiro. Cons. 2 Se o enunciado alegado é verdadeiro, a não contestação não o torna verdadeiro, porque ele já o é. Cons. 3 Se o enunciado alegado é verdadeiro, a contestação não o torna falso. Cons. 4 Se o enunciado alegado é falso, a contestação não o torna falso, porque ele já o é.” TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 634-657, 2014, p. 650-651. Vale registrar, conforme já pincelado anteriormente, a diferença da própria noção de verdade a depender da tradição jurídica considerada.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 646-653. Mesmo que de uma perspectiva primordialmente voltada para o processo civil, as reflexões são válidas para se pensar em um processo (criminal incluído) e a sua relação epistêmica com a verdade. Em especial: “Em geral, entretanto, é excluído que o acordo entre dois ou mais sujeitos não é capaz de mudar o status epistêmico de um enunciado, em particular determinando-lhe a veracidade. Na realidade, não faltam, na filosofia e na epistemologia recentes, orientações segundo as quais a verdade de qualquer asserção dependeria exclusivamente do consenso que sobre tais asserções se realiza em um certo contexto. Segundo estas orientações, portanto, não seria a realidade a determinar a veracidade ou a falsidade dos enunciados que a descrevem, mas seria a convergência de opiniões acerca da veracidade ou da falsidade destes enunciados. [...] Na realidade, caso se aderisse a uma concepção consensualista da verdade, dever-se-ia admitir que houve uma época (talvez não terminada ou não terminada em todo lugar) em que era verdade que a Terra era plana. Somente a transformação do acordo entre os sujeitos interessados teria determinado a falsidade desta teoria e, portanto, a transformação da Terra em um corpo celeste de forma quase esférica.” (p. 651).

<sup>131</sup> Ver KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 65-69. Como resume o próprio autor: “Ocorre que esse modelo consensual também coloca em xeque a tradicional função

composição, em regra anteriores ao início do processo propriamente dito, bloqueiam a atividade que, por definição, definiria as hipóteses como comprovadas ou não – que é justamente a atividade probatória.

Do ponto de vista pragmático, podemos notar críticas que se vinculam à verificação de enunciados que não se demonstram verdadeiros colocados e perfectibilizados em acordos na esfera criminal. E muitos deles podem ser provenientes de confissões, o que, tampouco, transforma uma afirmação falsa em verdadeira. Isso ganha contornos ainda mais complexos pelo fato de a própria valoração da confissão ser diferente nas distintas tradições jurídicas, fazendo com que possa se alargar a aceitação de confissões em contextos em que sequer elas seriam anteriormente consideradas como razão suficiente para embasar uma condenação criminal.<sup>132</sup>

O já mencionado Luis Felipe Schneider Kircher traça também colocações práticas para conciliar o fenômeno do consenso com o ditame da verdade. Isso porque, mesmo reconhecendo premissas distintas, sustenta a necessidade de se averiguar algum estrato probatório mínimo para justificar uma sanção no âmbito consensual. Tal afirmação é feita ainda que se saiba que o *standard* probatório exigido fatalmente será menor do que aquele suficiente para amparar uma condenação realizada em juízo, ao final de um processo em contraditório.<sup>133</sup> Em nossa opinião, e como será aprofundado no Capítulo 6, é papel dos agentes de Estado, em especial do juiz, avaliar as circunstâncias de fato para garantir um lastro mínimo de elementos de prova que conformem determinada hipótese que se homologa como resposta estatal à situação de conflito

---

epistêmica do processo penal. Isso porque, como referido, sempre se pensou na apuração e julgamento acerca das hipóteses de fato, através da busca pela verdade por meio da produção completa de elementos de prova.” (p. 65).

<sup>132</sup> Tratando da distinção entre a confissão em sistemas de tradição inquisitorial e adversarial, ver LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 11. Em especial: “*For instance, the adversarial system includes both the concepts of ‘confession’ – i.e., an admission of guilt before the police – and ‘guilty plea’ – an admission of guilt before the court that, if accepted, has as its consequence the end of the phase of determination of guilt or innocence. The inquisitorial procedural structure of interpretation and meaning or “language”, on the other hand, does not include the concept of the ‘guilty plea’; it only includes the concept of ‘confession’. In this system, a defendant cannot end the phase of determination of guilt or innocence by admitting his guilt before the court. While the admission of guilt may be very useful to the judge in seeking the truth, the judge still has the final word on the determination of guilt and can thus say, ‘I believe you, but your confession alone is not proof beyond any reasonable doubt that you did it.’*” (p. 11).

<sup>133</sup> Ver KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negociada e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 70-71. Em especial: “[...] há uma preponderância do que ficou definido entre as partes, cabendo ao juiz averiguar os requisitos legais do acordo, bem como os elementos mínimos que amparem a existência do crime e a concorrência do imputado. Portanto, pode-se dizer que o modelo consensual se contenta com uma probabilidade menor, ou seja, com um *standard* de prova rebaixado (frente ao *standard* exigido para a condenação)” (p. 71).



criminal. Isso porque, não se pode esperar que o particular, submetido à persecução penal com desigualdade de posição,<sup>134</sup> seja aquele que garanta, com a sua assunção de culpa, o mínimo exigido para se conformar uma sanção estatal.

E a própria existência de soluções acordadas é por vezes associada a uma menor transparência nas interações entre Estado e particular. E isso, em matéria de persecução criminal, com prevalência da posição do órgão acusatório, pode gerar assimetrias e, inclusive, impactar no atingimento de algum grau de verdade.<sup>135</sup> Ainda que alguns autores reconheçam a possibilidade de se despir da noção mais plena de verdade, que seria atingida em um processo tradicional, em nome da celeridade e simplicidade na resolução de um dado conflito,<sup>136</sup> é de se

<sup>134</sup> Independentemente da posição sobre a legitimidade de acordos penais, é fato que o sujeito particular imputado se vê em uma situação de difícil decisão racional, vez que, em uma persecução penal, há bens por demais preciosos em jogo. Daí porque não se deve conferir a essa pessoa uma posição de garante sobre a veracidade do quanto alegado e, portanto, de sua aderência ao mundo dos fatos. Albert W. Alschuler, crítico da *plea bargaining* estadunidense, é bastante cético com relação à racionalidade das escolhas dos imputados que realizam acordos, sendo esse ponto interessante para considerarmos, mesmo em face das diferenças entre os institutos nos países: “*Like the defendant who pleads guilty, he is merely looking for the best way out of a bad situation. He is distinguished, not by any basic difference in outlook, but by his optimism, his stupidity, his self-reliance, or his acceptance of the mistaken tactical judgement of an attorney. Were these the only characteristics of the small group of guilty defendants who exercise the right to trial, the sentence differential between guilty-plea and trial defendants would seem merely irrational. There is, however, another sort of defendant who commonly insists on a trial even after being informed that the odds against him are overwhelming. [...] Many defendants go to trial with little or no hope of escaping conviction. For them, the act of putting the noose around their own necks is simply too difficult.*” (ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, Berkeley, v. 69, n. 3, p. 652-730, May 1981, p. 666.).

<sup>135</sup> Ver COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 87-97, 2013, p. 94-95. Embora o autor esteja tratando da introdução do consenso em Portugal, são tecidas considerações de caráter generalizante, sobre o receio acerca do quanto acordado nesse ambiente de negociação em matéria criminal, como em: “Esta reconfiguração dos poderes dos sujeitos processuais, desequilibrando-os em favor de uma das “partes”, seria acompanhada por outra transformação profunda: da procura da verdade material à consensualização dos factos, da transparência e publicidade do procedimento ao secretismo e opacidade das negociações. Não será demais enfatizar a função simultaneamente garantística e legitimadora da publicidade do processo a partir da acusação, nomeadamente através da audiência. O caráter público desta, permitindo o acesso ao julgamento da generalidade das pessoas, do “povo comum”, constitui um elemento decisivo da legitimação democrática da atividade dos tribunais.” (p. 95).

<sup>136</sup> Enunciação de tal leitura pode ser encontrada no trabalho de Rosimeire Ventura Leite, tratando do caso brasileiro, em contexto histórico no qual acordos processuais ainda estavam restritos à Lei dos Juizados Especiais. Em tal quadra, já lançava a possibilidade de serem aceitos *temperos diferentes* à antes única verdade advinda do julgamento em um processo judicial tradicional – ainda que apresentasse pouco conforto com a expansão dessas saídas, sendo explícita a sua contrariedade com uma aproximação da realidade nacional ao visto no *plea bargaining* estadunidense. Veja-se trecho elucidativo: “O modelo consensual contenta-se com uma versão da realidade apresentada por acusação e defesa mediante acordo, limitando, em vista disso, a atividade mais elaborada de investigação que caberia aos órgãos de persecução penal. Tanto a realidade afirmada pelas partes na justiça consensual, quanto aquela decorrente de apuração no processo tradicional, são passíveis de não guardar correspondência com o que efetivamente aconteceu. Contudo, a justiça consensual, por admitir um procedimento de busca da verdade menos rigoroso, acaba tornando-se alvo de controvérsias. [...] a nosso ver, a verdade decorrente do consenso e de um contexto probatório mais reduzido é aceitável quando se pretende uma solução simples e desburocratizada nos delitos de menor lesividade” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 46.).

pontuar o perigo de se abandonar qualquer lastro de verdade no quanto entabulado em um instrumento de acordo processual.

Por fim, e não menos importante, devemos diferenciar a própria noção de verdade em meio ao processo, que pode variar em função da tradição jurídica. Isso porque, a busca pela verdade por meio do processo é traço mais marcante da tradição romano-germânica,<sup>137</sup> tendo o processo se moldado e legitimado em torno de tal característica. De outro lado da moeda, a verdade aceita na tradição adversarial pode ser identificada com aquela que se chega a partir do confronto entre as partes em um processo tido como justo. Existe uma relação maior com o caminho adotado do que com o resultado propriamente dito. Daí porque a própria noção de verdade em meio a um processo pode ter temperos próprios, a depender do contexto analisado. Tal conclusão, entretanto, não esconde o fato de que a existência de acordos pode distanciar mais o processo criminal de alguma forma de verdade, gerando versões acordadas mais distantes daquilo efetivamente ocorrido.

#### 1.4.2.3.3 Aumento da sanção criminal a inocentes

Outra relevante crítica acerca do aumento da consensualidade em âmbito criminal está no fato de que, tendencialmente, mais pessoas que não cometeram qualquer ilícito poderiam ser sancionadas. Isso segundo uma análise racional de risco feita pelo sujeito particular, segundo a qual, mesmo que ele não tenha cometido o delito, o risco da condenação criminal e a consequência dela gerada (notadamente a pena corporal) pode incentivar o entabulamento de algum tipo de acordo,<sup>138</sup> para que seja aplicada uma sanção conhecida e controlada.

---

<sup>137</sup> As discussões sobre verdade no processo penal são longas e profundas. Para registro, vale referenciar estudos que buscam qualificar as diferentes acepções do que seja verdade em razão da cultura processual (e, por conseguinte, do sistema processual adotado). Tratando especificamente da diferença epistêmica entre verdade em sistemas de tradição inquisitorial e adversarial, ver LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 10-11. Em especial: “*The word ‘truth’, also has a different meaning in each procedural structure of interpretation and meaning. In the adversarial system, even if the dispute is about ‘truth’, the prosecution tries to prove that certain events occurred and that the defendant participated in them, while the defense tries to question or disprove this attempt. The adversarial conception of truth is more relative and consensual: if the parties come to an agreement as to the facts of the case, through plea agreements or stipulations, it is less important to determine how events actually occurred. In the inquisitorial structure of interpretation and meaning, ‘truth’ is conceived in more absolute terms: the official of the state – traditionally, the judge – is supposed to determine, through an investigation, what really happened, regardless of the agreement or disagreements that prosecution and defense may have about the event.*” (p. 10-11).

<sup>138</sup> Relevantes considerações críticas são feitas sobre o impacto na aplicação de diversas sanções penais sem o estabelecimento de culpa pelo Estado, podendo gerar distorções e apenamento de inocentes em nome de uma mais célere solução do conflito. Nesse sentido, ver SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuráin; INCHAUSTI, Fernando Gascón. Por que os inocentes celebram acordos com reconhecimento de culpa? Tradução Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe

Ou seja, a função própria do processo penal garantista, voltada a estabelecer a culpa de um dado sujeito, na busca pela verdade, acaba se perdendo, em nome de uma solução mais célere. Do ponto de vista do Estado, isso pode ser visto como uma forma de se alcançar um meio mais eficiente e rápido de se solucionar o conflito e, do ponto de vista do agente particular, isso pode ser visto como uma forma de trazer mais segurança sobre a sanção a ser aplicada.

Uma explicação para esse indesejável cenário de possível sanção (criminal) a inocentes pode ser explicado pela existência de mecanismos de consenso num processo penal, no qual existe uma relação de assimetria entre as partes – o Estado, representado pelo órgão acusatório, e o sujeito imputado. O sujeito, temendo a sanção oriunda do processamento criminal, pode desistir de resistir e, assim, concordar com o apenamento, para evitar uma consequência ainda mais grave, fazendo com que renuncie à possibilidade de absolvição.<sup>139</sup> Trata-se de postura pragmática de aceitar uma sanção menos grave, desistindo de buscar demonstrar a sua inocência. Essa é uma lógica que *precifica*, de forma objetiva, a sanção a ser suportada pelo particular, independentemente de ter cometido ou não o comportamento tido como criminoso.

Essa discussão toca novamente no já mencionado aspecto da *coerção*, que é apontado como um desvio das negociações em âmbito criminal que frequentemente se verifica na prática.<sup>140</sup> E a existência de expedientes com tais vícios – como a excessiva sanção a quem optasse por julgamentos, sem mencionar estratégias de blefe da parte da acusação – pode implicar o entabulamento de acordos penais sem que o sujeito tenha efetivamente cometido determinada conduta.<sup>141</sup>

---

Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 105-117.). Em especial: “O problema de um inocente aceitar a culpabilidade (e uma pena) reside no fato de que, nada obstante tal opção não seja razoável, acaba, na prática, tornando-se. Em outros termos, quer dizer que se torna sensata a aceitação de uma consequência que deveria ser inegociável, justificando-se tal conduta a partir dos defeitos do próprio sistema. Poder-se-ia pensar num exemplo extremo: é acertado aceitar uma pena menor injusta se com ela se evita um procedimento gravoso e eterno ou uma pena muito maior e, portanto, ainda mais injusta, como provável resultado de uma deturpação da presunção de inocência do acusado.” (p. 107).

<sup>139</sup> Por todos, ver AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a Lei 9.099/95. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). *Doutrinas essenciais: Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 7. p. 795-808. O autor chega a mencionar a quase negação ao “*risco de absolvição*” daquele que é imputado, afirmando que: “[...] na barganha, característica básica de duas formas de substituição do processo e sentença criminais (transação; suspensão do processo), permuta-se a submissão ao processo pela pena imediata. Reduz-se, assim, a opção do condenado ou à pena diferida e permeada pelo processo, ou à pena imediata sem a submissão à instrução ou à sentença criminal. Fica de fora intencionalmente o ‘risco de absolvição’.” (p. 801).

<sup>140</sup> Ver BRUNK, Conrad G. The problem of voluntariness coercion in the negotiated plea. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, p. 527-553, Winter 1979, p. 550-552.

<sup>141</sup> Ver TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *The American Journal of Comparative Law*, Lincoln, v. 54, n. 1, p. 199-267, 2006, p. 203-204. Em especial: “*One of the long-recognized dangers of plea bargaining is that it might coerce an innocent defendant to plead guilty. Two features of our current federal system are especially concerning in this respect – harsh sentences and steep discounts for pleading guilty. Together, they may induce even defendants with good odds of prevailing at trial*

#### 1.4.2.3.4 Ofensa a direitos fundamentais no âmbito do processo criminal

Como último aspecto crítico a ser pontuado, devemos mencionar o fato de que, segundo a leitura de alguns autores, a própria existência da consensualidade em matéria criminal pode dar azo à supressão de direitos e garantias fundamentais, notadamente aquelas que se voltam ao processo.

Nesse sentido, a existência de um acordo significaria, de partida, a renúncia a determinados direitos fundamentais, como o de ser julgado (por um juízo competente) em face de uma imputação criminal.<sup>142</sup> Isso porque é da essência do acordo a desnaturaçã de um processo judicial, no sentido de que o julgamento ordinariamente previsto, com todas as garantias a ele inerentes, não mais ocorre da mesma forma, haja vista a existência de uma composição (em regra, prévia ao processo) entre as partes envolvidas. É comum em tais casos ocorrer uma análise judicial perfunctória, com vistas a homologar o acordo processual que foi firmado entre as partes, fora do contexto do Tribunal.

Uma possível decorrência desse aspecto está na renúncia à presunção de inocência, aspecto frequentemente associado ao processo penal democrático. Ainda que se argumente que referido afastamento ocorre apenas após a opção realizada pelo sujeito imputado, há críticas quanto à forma que tais fatos se revelam na prática, bem como à própria possibilidade de um cidadão simplesmente renunciar a tais garantias que visam à sua proteção frente ao Estado, o que frequentemente também esbarra no seu incentivo à autoincriminação.<sup>143</sup> A assunção, ainda

---

*to accept a plea bargain. And if a steep sentencing discount is accompanied by prosecutorial bluffing or scare tactics, the danger of coercion becomes especially grave.”* (p. 204).

<sup>142</sup> Embora se referindo ao caso estadunidense, as conclusões de Armenta Deu podem ser extrapoladas para outros casos, vez que o acordo representa uma via que necessariamente abre mão de um julgamento ordinário, com todas as garantias a ele inerentes: “*Pero, además, porque toda resolución obtenida mediante guilty plea niega el adversativo por esencia y conduce a mayores presiones del prosecutor cuanto más débil es la acusación y mayor es el riesgo de absolución en el proceso, sin olvidar, finalmente, la renuncia forzada al privilege against self-incrimination y otros derechos constitucionales, como el derecho a ser juzgado por un jurado y la crítica reiterada a la oscuridad de las negociaciones que preceden al acuerdo, cuando no a las prácticas criticables del acusador.*” (ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 131.).

<sup>143</sup> Sobre análise crítica, que entende que a consensualização da Justiça Criminal vem acompanhada de violações a direitos fundamentais, notadamente da presunção de inocência, direito à não autoincriminação, bem como do dever de motivação judicial, ver GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, 2015, p. 1124-1125. Veja-se, em especial: “Embora exista quem tente afastar essa violação com argumentos teóricos, como um suposto não reconhecimento da culpabilidade (na transação brasileira) ou obscurecendo eventuais pressões impostas ao acusado, como exposto, há inescapavelmente o tensionamento do ditame da presunção de inocência na concretização dos mecanismos negociais no campo jurídico. Em segundo lugar, há cristalina problemática envolvida ao direito à não autoincriminação. Especialmente intrincada em razão da coação inerente à proposta de barganha, tal aporia desvela que esse mecanismo não foi projetado para ser utilizado aos réus confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-lo.” (p. 1124-1125).

que tácita, de responsabilidade por condutas tidas como criminosas é condição geralmente encontrada em acordos no âmbito criminal, o que reforça a crítica exposta. Garantias são afastadas para viabilizar uma solução (consensual ou acordada) do conflito penal.

#### 1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS: OS SISTEMAS PROCESSUAIS E O ADVENTO DEFINITIVO DA CONSENSUALIDADE NO PROCESSO PENAL. MARCOS TEÓRICOS E A POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAR OS DIFERENTES MODOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL

Observa-se que são muitas as incursões acadêmicas e teóricas para estudar e compartimentar as diferentes manifestações do fenômeno do processo penal visto nos mais diferentes ordenamentos jurídicos.<sup>144</sup> Essa breve digressão buscou sumarizar alguns dos esforços existentes nesse sentido, com o fim de situar a presente pesquisa numa linha de trabalhos que vem sendo realizada, que se notabiliza pelo esforço de, de um lado, apontar características marcantes do processo e de seus sujeitos e, de outro, apontar as aproximações existentes. Essa digressão teórica se mostra fundamental para acessarmos o objeto principal da pesquisa, de compreensão da ação penal pública e dos princípios a ela aplicáveis, em especial o da obrigatoriedade.

Se pudermos resumir o significado principal das relevantes considerações teóricas expostas neste Capítulo, temos que os modelos, embora nunca totalmente fiéis às suas características teóricas, têm experimentado uma grande aproximação, ou *hibridização*. Não importa a qualidade do modelo teórico elaborado, fato é que os sistemas pelo mundo acabam tomando suas próprias características e experimentando aproximações, principalmente em um cenário de maior intercâmbio global.<sup>145</sup> De toda forma, as características desenvolvidas e

---

<sup>144</sup> Para fins de registro, há de ser mencionado que também há relevantes discussões sobre a feição dos sistemas processuais, se mais anglo-saxão ou continental, no fórum de processo penal internacional (Cortes Internacionais de Justiça, sejam elas permanentes ou *ad hoc*). Para tais debates, ver: AMBOS, Kai. International Criminal Procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? *International Criminal Law Review*, Cambridge, n. 3, p. 1-37, 2003; ou DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1018-1039, 2004.

<sup>145</sup> Ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 30-31. Em especial, quando constata que o: “[...] quadro é, portanto, plural e híbrido. A constatação é significativa e traduz uma realidade presente na quase totalidade dos ordenamentos processuais. Afinal, a fenomenologia do processo, como solução do conflito penal, dificilmente segue roteiros únicos, especialmente em tempos de interações e de intercâmbios de sistemas jurídicos. De fato, o intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos vem provocando fissuras nos processos que, até então, eram marcados por identidades muito próprias. Acordos processuais não são mais exclusividade de ordenamentos processuais de tradição anglo-saxônica. Ordenamentos filiados a uma tradição romano-germânica que, por muito tempo se

trabalhadas ao longo do texto ainda importam, por fornecerem pistas relevantes acerca da formação de ordenamentos jurídicos concretamente considerados e, portanto, das culturas processuais existentes em dada localidade.

Ainda assim, há um passo além que foi dado no presente Capítulo inaugural desta Tese de Doutorado. Mais do que reconhecer aproximações entre sistemas, concluímos pela necessidade de superação de categorias tradicionais consagradas, ao menos no que toca à melhor apreensão de nosso objeto de pesquisa, da ação penal pública. As clivagens classicamente apresentadas entre os sistemas inquisitivo e acusatório (além do modelo misto), bem como entre inquisitorial e adversarial, devem ser superadas para uma melhor compreensão do tema. Isso não significa deixar de reconhecer méritos e ganhos analíticos oriundos de tais construções teóricas, mas, sim, reconhecer que essas categorias não são as mais importantes para compreender o processo penal contemporâneo, em que o consenso desempenha um papel de destaque nas mais diferentes tradições jurídicas consideradas.

Como restou marcado, as categorias teóricas tradicionais se baseiam na lógica disputada de solução do conflito penal. Tanto nas breves incursões históricas realizadas, quanto na enunciação de suas características determinantes, resta claro que os modelos consideram a resolução por meio da adjudicação como a única existente nos conflitos de índole criminal. As diferentes sistematizações a que chamamos de tradicionais foram gestadas sob tal signo, sendo certo que, ao utilizarmos tais categorias, acabamos por naturalizar essa opção metodológica que, como se percebe, não mais traduz com precisão a realidade. Daí a necessidade de sua superação, ao menos para os fins da presente pesquisa.

Em vista disso, apresentamos outras formas de leitura da realidade que caminham no sentido de considerar elementos de consenso como uma variável relevante. Tanto na abordagem em torno do papel do Estado, quanto naquela que verifica a existência de diferentes formas de se fazer Justiça em âmbito criminal, temos a consideração do elemento do consenso como relevante nas análises empreendidas. Já ali poderíamos vislumbrar algum sentido de superação dos conceitos clássicos. Porém, é em outra dicotomia que encontramos maior aderência teórica à realidade, razão pela qual adotamos tal clivagem em todo o trabalho.

Tratamos do aspecto da dicotomia contemporânea, por nós qualificada como fundamental, entre as Justiças disputada e consensual. Com isso, utilizamos tal chave teórica relevante para a apreensão da realidade. Isso porque, há substrato para se interpretar uma realidade que se impõe, isto é, da convivência dessas duas formas de solução de conflitos e que,

---

mostraram bastante refratários às soluções acordadas, passaram a incorporar espaços negociados de solução do conflito penal em convívio com as formas tradicionais” (p. 31).

pelo que tudo indica, devem seguir coexistindo e merecem ser integradas no exercício de interpretação. Isso coloca mais um tijolo na complexa tarefa de identificar as características marcantes de sistemas processuais empiricamente considerados.

Para além do reconhecimento do consenso como um elemento central dos modos de solução contemporâneos do conflito penal, essa clivagem teórica tem como mérito não possuir uma feição excludente. Sabe-se que, necessariamente, esses elementos convivem na realidade considerada. Os elementos de consenso devem ser harmonizados na interpretação em conjunto com aqueles da disputa, pois, num mesmo ordenamento, ambos os modos acabam por operar, em distintas situações e momentos processuais. E nessa solução teórica, de efetiva compatibilização dos diferentes modos de solução do conflito penal, o questionamento que abre a presente Tese pode ser mais bem endereçado. A mitigação da obrigatoriedade da ação penal pode ser ressignificada a partir de uma leitura que demonstre existir distintos modos de se realizar a persecução penal, mesmo que com um caráter mandatório.

Com isso em vista, fizemos um mergulho mais fundo na pluralidade de formas de resolução do conflito penal, o que acaba por afetar ambas as formas de solução genericamente consideradas. Com o mesmo pano de fundo da busca pela *eficiência*, podemos notar mudanças de relevo que foram aprofundadas ao longo do processo histórico.

Do ponto de vista da lógica disputada, temos que as simplificações processuais são a maior novidade das últimas décadas, com maiores variações procedimentais, que acabam por modificar a antes absoluta adjudicação plena de todos os casos de índole criminal. Isso impacta na relativização de espaços para garantias processuais, ao passo que pode gerar maior celeridade na solução do conflito. Sobre a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, é certo que tais novidades contribuiram com o seu tensionamento, vez que, na origem, essa construção teórica se ligava mais ao cenário do processo ordinário de mais ampla adjudicação do conflito criminal.

De outro lado, a própria introdução do consenso já representa uma novidade no âmbito processual penal. Também vinculada à noção de eficiência, esses mecanismos (que assumem as mais variadas formas) podem produzir saídas diferentes que também fogem da completa adjudicação e, ainda, produzem alguma forma de composição, que modifica a lógica inerente à disputa. Essa modificação não é singela, pois altera a concepção de solução do conflito em âmbito criminal, que não mais pressupõe o confronto (ou a disputa entre duas partes com interesses antagônicos). E, nesse sentido, a lógica da obrigatoriedade da ação penal é colocada em xeque de forma definitiva, pois se identifica uma (aparente) incompatibilidade entre a

persecução estatal obrigatória de toda e qualquer conduta tida como criminosa com a possibilidade de as partes chegarem a acordos processuais.

Por constituir a maior novidade no âmbito criminal, dedicamos algumas linhas à sistematização da consensualidade no meio criminal. Embora a Tese tome esse fenômeno como uma realidade que, ao que tudo indica, não deve ser modificada, importou reservar alguns momentos para ao menos registrar relevantes críticas acadêmicas que são mobilizadas quando da análise de impactos negativos que podem ser causados pela introdução do consenso. Daí porque a indevida prevalência do órgão acusatório, a mitigação da busca pela verdade, a maior possibilidade de sanção a inocentes, além de potencial ofensa a direitos fundamentais são fatores mencionados e que merecem ser considerados com a devida atenção, haja vista a gravidade de seu impacto.

Assim, resta claro que esse Capítulo buscou articular o maior número possível de relevantes lentes para que as realidades fossem observadas e apreendidas em sua maior completude, com a clara opção por aquela a ser utilizada ao longo do trabalho. Com isso, teremos ferramental mais bem acabado para compreender os sistemas processuais em movimento, com foco na ação penal e na estruturação da obrigatoriedade (ou não) na persecução pública a delitos. Os conceitos apresentados serão mobilizados sempre que pertinentes, seja para a interpretação de ordenamentos jurídicos estrangeiros (Capítulo 2), seja para o ordenamento jurídico brasileiro (Capítulo 3 a 6).





## **CAPÍTULO 2 O CONSENSO E SEU IMPACTO NA SOLUÇÃO CRIMINAL EM EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS: UM OLHAR SOBRE A OBRIGATORIEDADE (OU OPORTUNIDADE) DA AÇÃO PENAL**

Feita a apresentação dos aspectos teóricos mais relevantes para o estudo dos sistemas processuais, com foco na oposição entre as soluções disputadas e aquelas consensuais, faremos uma incursão sobre modelos de realização de Justiça concretamente considerados, com leituras de experiências estrangeiras.

Para tanto, mergulharemos na compreensão de ordenamentos jurídicos de países com tradições jurídicas distintas (Estados Unidos, Itália e Portugal), com a descrição do sistema estatal de persecução penal, articulando alguns dos conceitos trabalhados no Capítulo 1. Um mergulho em experiências estrangeiras tem inúmeras possibilidades de focos a serem dados pelo pesquisador. No interesse do presente trabalho, buscamos compreender como o consenso impactou a ação penal em cada um dos ordenamentos jurídicos. Com isso, acessamos os aspectos teóricos e práticos de maior interesse, em especial a forma como se estrutura a persecução penal, com distinções entre os modelos da obrigatoriedade e da oportunidade da ação penal.

### **2.1 NOTAS METODOLÓGICAS: JUSTIFICATIVAS E PREMISSAS METODOLÓGICAS PARA ANÁLISES DE EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS, ASPECTOS OBSERVADOS E ESCOLHA DOS PAÍSES**

Antes de iniciar o estudo dos ordenamentos jurídicos que conformam as experiências estrangeiras propriamente ditas, dedicaremos as primeiras linhas deste Capítulo a apresentar as premissas metodológicas que orientarão cada um dos estudos realizados, de forma a organizar a exposição. Em especial, justificamos a escolha de se fazer um estudo de experiências estrangeiras para tratar da expressão dos modos de realização de Justiça, explicitando premissas metodológicas adotadas, além dos principais aspectos a serem observados em cada um dos casos e, por fim, a escolha de cada um dos três países.

Conforme indicado pelas discussões acadêmicas já exploradas, resta claro que o movimento de intersecção entre grandes modelos de sistemas processuais e, em especial, a expansão dos ventos da Justiça consensual não se restringem a uma realidade observável apenas

em solo nacional. Pelo contrário, há um acúmulo de debates jurídicos relevantes no direito estrangeiro e que indubitavelmente influenciaram<sup>146</sup>, e seguem causando efeitos, na forma como esses institutos são incorporados em nosso ordenamento jurídico.

Em outras palavras, e pegando emprestada a consagrada expressão de Maximo Langer, que pauta muitas das interpretações jurídicas que são feitas acerca da influência das experiências estrangeiras nos mecanismos introduzidos nos sistemas jurídicos, vemos como os institutos consensuais são “*traduzidos*”<sup>147</sup> em distintos países. Em apertada síntese, o autor identifica a importação de ideias estrangeiras e introduzidas em ordenamentos jurídicos nacionais com a sua expressão de tradução, haja vista a imanente necessidade de adaptação à realidade processual local, o que se diferenciaria de uma simples incorporação de um instituto pronto vindo de ordenamento jurídico outro.<sup>148</sup>

Essa dimensão de análise é particularmente relevante porque não despreza a *cultura processual* local e aponta que mesmo modificações de clara inspiração em outros ordenamentos são adaptadas à realidade considerada,<sup>149</sup> com modos de interpretação e ação próprios dos atores de cada ordenamento jurídico, que respondem a um caldo de ideias e de tradições a que estão

<sup>146</sup> Para tanto, basta verificar as referências a institutos estrangeiros na Justificação ao Projeto de Lei que redundou na Lei dos Juizados Especiais (ver Seção 4.2.1), ou mesmo na literatura brasileira, com frequentes referências a casos estrangeiros como fonte relevante de inspiração.

<sup>147</sup> Ver LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 29-35. Em trecho sintético e rico, com explanação do conceito: “*Given the limitations of both the transplant and irritant metaphors, I propose the metaphor of the translation as a superior heuristic device to analyze the circulation of legal ideas, rules, practices, and institutions. The metaphor of the translation retains the comparative dimension that has made the metaphor of the transplant so powerful and that the legal irritant metaphor lacks. With respect to legal systems, the translation metaphor distinguishes the source language or legal system — where the legal idea or institution comes from — from the target one — into which the legal idea or institution is translated. The translation metaphor also allows a distinction to be made between the original ‘text’ — the legal idea or institution as developed in the source legal system — and the translated text.*” (p. 32-33). Olhando ainda para os institutos de transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada, Marcos Zilli reconhece a referida “*tradução*” dos institutos estrangeiros ao quanto praticado no Brasil (ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017.). Ou seja, as opções legislativas adaptaram experiências estrangeiras para a sua aplicação em território nacional, com características próprias, ajustadas ao sistema processual aqui praticado, que não guarda semelhança direta com um processo penal de partes estadunidense.

<sup>148</sup> Ver LANGER, Maximo. *Op. cit.*, p. 33-35.

<sup>149</sup> Trata-se de perspectiva também exposta por Teresa Armenta Deu, segundo quem a cultura local influencia na forma como reformas são internalizadas em um dado ordenamento jurídico. ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 121-123. Em especial: “*No cabe olvidar que las reformas afectan y deben encajarse en un cuerpo cultural social y culturalmente complejo, heredero de una tradición histórica que incide, y no poco, en el resultado final, como se infiere claramente si se piensa con un poco de detenimiento en la tremenda diferencia que acarrea la arraigada creencia en la legitimación democrática, que fundamenta toda institución en los países del common law, en relación con la figura y función del fiscal en el proceso, por ejemplo, en contraste con la confianza en la legalidad y la seguridad jurídica, que empapa el sentimiento continental europeo, en relación con la negociación, pongamos por caso.*” (p. 123).

habituaados em sua localidade. E os elementos de inspiraçaõ em outros ordenamentos jurı́dicos ocorrem de maneira perene nas mais diferentes experiências.

Conforme leciona com riqueza de detalhes Kai Ambos, nãõ é simples definir ou enquadrar a abordagem comparada. Por conta disso, o autor firma que tal estudo pode ter como alvo um “*moving target*”, isto é, um objeto de estudo que nãõ se mostra simples de ser captado e que facilmente varia em funçaõ da pergunta especı́fica que se busca.<sup>150</sup> Até por isso, e em razãõ dos diferentes objetivos que se pode ter ao enveredar por tal caminho, referido autor sugere uma certa abertura metodolõgica,<sup>151</sup> de forma que o tipo de abordagem converse diretamente com o que se pretende buscar, ao analisar um ordenamento jurı́dico estrangeiro. No caso, buscamos delimitar bem o que se busca em cada uma das experiências dos paı́ses selecionados para, com isso, apresentar a forma de se chegar nos resultados encontrados.

Nãõ se tem a pretensãõ de, com as trêas sumárias análises de sistemas processuais estrangeiros, realizar um verdadeiro *estudo comparado*, que comportaria aprofundamento incompatı́vel com esta Tese, bem como utilizaçaõ de metodologia analı́tica prõpria. Ao invés disso, utilizaremos os casos identificados em outros paı́ses como relevantes soluções institucionais existentes nas experiências estrangeiras para realizar pontes com o que identificamos no Brasil. O fenõmeno do consenso e seu impacto na forma de persecuçãõ penal em cada um dos trêas paı́ses é utilizado como ponto de partida para possibilitar as comparações que fazemos.

Há, ainda, o cuidado metodolõgico de nãõ cair na fácil saı́da de achar que um instituto que é funcional em um determinado sistema jurı́dico necessariamente terá sorte semelhante em um ordenamento distinto. Conforme leciona o comparatista William T. Pizzi, seria um erro cair nessa “*forte tentaçãõ*”<sup>152</sup> de supostos benefı́cios trazidos pela incorporaçaõ de institutos

<sup>150</sup> AMBOS, Kai. Estado e futuro do direito penal comparado. *Anatomia do crime*: Revista de Ciências Jurı́dico-Criminais, Lisboa, n. 6, p. 9-42, jul./dez. 2017, p. 10-12. Sobre o trecho em questãõ, que contextualiza a citaçaõ direta: “Em todo caso, é difı́cil estabelecer um conceito único de ‘direito penal comparado’, dado que este se adapta de forma dinãmica de acordo com os fins e objectivos perseguidos com cada comparaçaõ. Neste sentido, é possı́vel afirmar que o direito penal comparado se dirige de certa maneira a um ‘moving target’ [...]” (p. 11).

<sup>151</sup> *Id.* Estado e futuro do direito penal comparado. *Anatomia do crime*: Revista De Ciências Jurı́dico-Criminais, Lisboa, n. 6, p. 9-42, jul./dez. 2017, p. 23-24. Em especial: “Nãõ é possı́vel desenvolver um método de direito comparado de maneira abstracta, posto que em cada caso deve ter-se com conta os objetivos principais do projecto de comparaçaõ. Requer-se entãõ uma certa abertura metodolõgica, a qual deixa espaço suficiente para a imaginaçaõ, já que o método seleccionado deve ajustar-se ao objectivo perseguido; ele tem uma funçaõ de serventia em relaçaõ ao objectivo, de maneira que se deve escolher o método mais idõneo para o atingir. Deve portanto distinguir-se entre objectivo e método, mas reconhecendo a sua interdependênciam, no sentido de que o método nãõ se pode determinar sem ter em conta os objectivos.” (p. 23).

<sup>152</sup> Traduçãõ livre da expressãõ “*strong temptation*” utilizada pelo autor ao alertar sobre o cuidado que deve se ter com soluções de outros sistemas jurı́dicos serem incorporadas a um dado ordenamento, principalmente quando se trata de tradições jurı́dicas distintas – *common law* e *civil law* (PIZZI, William T. Understanding prosecutorial discretion in the United States: the limits of Comparative Criminal Procedure. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 54, p. 1325-1373, 1993, p. 1327). Em trecho elucidativo, o autor explica que “*In the*

estrangeiros. Nesse sentido, faremos as referidas pontes com o ordenamento jurídico nacional, mas sem a ideia maniqueísta de que uma mera incorporação poderia trazer benefícios automáticos.

Sobre os aspectos a serem observados em cada um dos casos estudados, destacamos que, primeiramente, identificamos a tradição jurídica do país. Ou seja, a qual caldo cultural o sistema processual está submetido, pois tal tradição<sup>153</sup> importa para a interpretação dos ordenamentos jurídicos considerados. Nesse aspecto, e ciente das ressalvas que fizemos sobre as categorias jurídicas tradicionais (ver Seção 1.2.3), para um acesso panorâmico acerca de características gerais de um sistema processual, clivagens clássicas podem ser úteis. E isso é ainda mais relevante num contexto em que iremos estudar tradições jurídicas distintas.

Assim, importa pontuar as diferenças de ângulos geralmente encontrados em países com tradições distintas, como o papel da verdade material e da obrigatoriedade da persecução penal em regra encontrados nos países de tradição continental,<sup>154</sup> além da tendência de tais ordenamentos em não permitirem barganha sobre os crimes mais graves, ou mesmo o papel mais tímido do magistrado na tradição anglo-saxã<sup>155</sup>. Como ponto de partida, tais apreensões (ainda) se mostram úteis.

Tratando especificamente da introdução do consenso nos ordenamentos jurídicos, estressamos com especial atenção a clivagem teórica também desenvolvida no Capítulo anterior: diferença entre as Justiças consensual e disputada. E isso realizado em um contexto de análises de sistemas processuais penais empiricamente considerados. O processo histórico é fundamental para compreender a presença de características marcantes em um ordenamento jurídico. Daí porque a reconstituição da forma como o consenso foi introduzido em cada

---

*first place, certain aspects of European criminal procedure run counter to important tenets of American political ideology making it unlikely that they would find significant political support in the United States. Secondly, the fact that certain of the players in the civil law tradition occupy positions that seem to correspond to those occupied by judges, prosecutors and defense attorneys in the United States often hides the fact that their attitudes, training, and responsibilities are very different, making it unlikely that procedures that work well in one system could work as well in a different legal system” (p. 1327).*

<sup>153</sup> Ver LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 10-11.

<sup>154</sup> Ver ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 135-136. Veja-se, especialmente: “*En los países de tradición mixta-continental em los que impera una perspectiva teleológica del proceso penal, orientada y estructura hacia la búsqueda de la verdad material, este fin configura el primer gran obstáculo para toda solución consensuada. Esta circunstancia tiene mucho que ver con otra característica esencial: la no disponibilidad sobre el derecho objeto del proceso penal, en atención a la naturaleza pública del interés en juego, que determina la imposible disposición del derecho por parte de quien está sujeto en su ejercicio a la legalidad, y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos.*” (p. 135).

<sup>155</sup> Ver DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1018-1039, 2004, p. 1025-1027.

ordenamento importa para embasar a análise. Para o objeto do trabalho, restará clara a diferença entre um surgimento mais endêmico e paulatino (como no caso estadunidense), em comparação com a introdução por recentes reformas processuais penais com vistas a maximizar em pouco tempo a eficiência de um sistema penal questionado (casos de Itália e Portugal).

E, claro, a forma como a consensualidade é compreendida pelos atores do sistema de Justiça é também analisada. Temos especial atenção a tal aspecto, inclusive porque a literatura de estudos comparados já identificou que soluções de não-julgamento reforçam (em regra) o papel de determinados atores na persecução penal, notadamente aqueles que participam mais ativamente em sua fase preliminar.<sup>156</sup> Daí porque são observados com detalhe como se comportam os principais representantes do Estado com papel determinado no âmbito criminal, sendo sempre destacados, como já antecipado, os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. Com isso, conseguimos marcar as diferenças de seu âmbito de atuação quando de um julgamento efetivo, com todas as garantias e procedimentos legalmente previstos, e quando da mobilização de algum mecanismo consensual.

Há um esforço ainda em, com base na literatura original de cada país, e de contribuições de estudos estruturados de comparatistas de sistemas jurídicos, compreender o processo histórico que redundou no ordenamento jurídico hoje considerado, tendo como foco os aspectos salientados. Mais do que isso, não pretendemos fazer uma mera descrição dos sistemas jurídicos encontrados. Para além de ser enfadonho, tal expediente pouco agregaria para o presente trabalho e para estudos acadêmicos interessados em contribuir com o estoque de conhecimento existente – e não meramente reproduzir trabalhos estrangeiros já realizados. Com isso em vista, serão feitos com frequência aportes comparativos e analíticos, de forma a tornar mais original a abordagem realizada.

Por fim, e como aspecto derradeiro das notas metodológicas, apresentaremos a justificativa acerca da escolha de cada um dos três países que serão objeto de estudos.

---

<sup>156</sup> Conforme já exposto, Maximo Langer se utiliza da qualificação de administratização da justiça criminal para definir o fenômeno que vimos estudando. Quando do destaque para essa característica, o autor coloca com importância o impacto sentido no papel dos sujeitos processuais. Ver LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, Palo Alto, v. 4, p. 1-66, Sept. 2019. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3453576>. Acesso em: 2 out. 2022, p. 16-18. Em especial: “*Criminal convictions have been administratized in two ways. First, the adoption of plea bargaining and other trial-avoiding conviction mechanisms has given a larger role to non trial, non-judicature adjudicators in deciding who gets convicted and for which crimes. These actors include prosecutors, the police and other administrative agencies. Second, these mechanisms are implemented through proceedings that reach criminal convictions while circumventing the trial and the rights and requirements associated with it, such as publicity, confrontation, cross-examination, compulsory process, proof beyond a reasonable doubt and the right against self-incrimination.*” (p.18).

Registramos que a escolha dos países para a imersão não é casual, havendo alguma relação entre cada um dos sistemas processuais e a realidade hoje divisada sobre os institutos consensuais brasileiros. Muito embora saibamos de críticas acadêmicas que são feitas a reformas na América Latina que se inspiram em modelos estadunidense ou europeus,<sup>157</sup> é fato que são essas as fontes em que se baseiam os institutos adotados no Brasil. Em vista disso, optamos por realizar análises que contribuam com a compreensão da formação de nosso ordenamento jurídico-processual, sem prejuízo do registro da nota crítica.

Sobre o primeiro dos países estudado, os Estados Unidos, temos que é intuitiva a associação da consensualidade penal com o sistema processual desse país, apontado como o berço de tal forma de resolução de conflito e responsável pela sua internacionalização.<sup>158</sup> É inescapável, em um estudo do consensualismo no processo penal, ao menos mencionar o modelo estadunidense. Os números precisos são divergentes nos autores citados,<sup>159</sup> mas é tranquilo afirmar que a vasta maioria dos casos criminais nos Estados Unidos da América são

---

<sup>157</sup> Ver, nesse sentido, em especial sobre o desejo de busca por um prestígio que seria advindo de ordenamentos jurídicos mais consolidados, o que se identifica com os países do Norte, ver: VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/ago. 2018, p. 779-782. Sua análise faz seguidas referências a Jorge L. Siquiol, com relevantes trechos sobre essa relação com o Norte, como em: “Significativamente, os transplantes jurídicos não são novos na América Latina. Eles são entendidos como parte de uma conexão histórica entre América Latina e Europa, e atualmente os Estados Unidos, e refletem a suposta qualidade e prestígio desses sistemas doadores. É, portanto, bem aceito que o direito positivo da região mergulha em várias fontes da Europa Ocidental e da América do Norte” (ESQUIROL, Jorge L. *The Failed Law of Latin America. The American Journal of Comparative Law*, Lincoln, v. 56, n. 1, p. 75-124, 2008, p. 96, *apud* VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/ago. 2018, p. 782.).

<sup>158</sup> A influência do sistema estadunidense em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais é tema fartamente registrado pela literatura. Entretanto, em vista de sua abordagem teórica, Maximo Langer acaba por fornecer importantes *insights* críticos acerca de uma suposta “americanização” dos sistemas processuais ao redor do mundo, vez que, embora se reconheça a influência de institutos negociais, é fato que eles são internalizados de diferentes formas nos ordenamentos jurídicos. E, mais do que isso, o resultado pode ser mais uma fragmentação da antes mais homogênea tradição continental do que um movimento em torno do sistema estadunidense. Veja-se: “Thus, while American influences on the civil law world have been undeniable, at least in its formal criminal procedures, they are not producing a strong Americanization, or adversarialization, of the civil law, but rather its fragmentation. This fragmentation is due at least in part to the fact that inquisitorial systems have ‘translated’ American adversarial influences in different ways in its interactions with the receiving criminal procedure, each translated mechanism has the potential to both transform and be transformed by the inquisitorial system in different ways. As a result, the criminal procedures of the civil law tradition have already begun a process of differentiation.” (LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 62-63.).

<sup>159</sup> Ver, como exemplos, a cifra de 95,7% (*Id.* *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006, p. 229.) e a de aproximadamente 90% (PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. *The battle to establish an adversarial trial system in Italy. Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 2, p. 429-466, 2004, p. 445.). Importa ressaltar que, nas muitas fontes consultadas, o número é consistentemente significativo, retirado por diferentes metodologias e projeções, representando a ampla maioria dos casos.

resolvidos por meio de mecanismos negociais, o que representaria uma cifra de ao menos 90% dessas demandas sendo decididas dessa forma, isto é, sem a existência do complexo processo judicial para o estabelecimento formal de culpa pelo Estado.

Interessante observar que esse é o único dos países estudados que possui um sistema processual da tradição da *common law*, de matriz adversarial. Esse aspecto pode, ao mesmo tempo, auxiliar na explicação do surgimento anterior dos mecanismos consensuais, bem como matizar a forma como uma realidade de efetiva barganha, nos moldes vistos nos EUA, dificilmente encontraria reproduções em países de tradições distintas, ainda que as tenha inspirado. Tal tema, como não podia ser diferente, esbarra na relevância de se compreender o modo de persecução penal, em especial da sua relação com ação penal, que, no caso, é informada pelo *princípio da oportunidade*, que consagra a ampla liberdade nas decisões sobre o tema.

Na sequência, passamos aos modelos europeus. O modelo italiano foi escolhido, em primeiro lugar, pela influência de seu sistema processual penal na conformação do ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato já justificaria a relevância de dedicarmos algumas linhas para compreender como a Itália estruturou a sua persecução penal, em especial sob o aspecto dos mecanismos negociais. Mais do que isso, interessa especialmente compreender o impacto dos mecanismos consensuais em um país que não apenas adotava o princípio da obrigatoriedade da ação penal, como o consagrava expressamente em seu texto constitucional.

Entremeado por um processo histórico que buscou mudanças profundas em direção a um modelo explicitamente próximo do estadunidense, a inserção acadêmica ganha grande relevância. Buscar aportes para verificar de que forma a teoria da estruturação do sistema processual se construiu em tal contexto é um desafio interessante, e que contribui para o estabelecimento de paralelos com o caso brasileiro. É sobre esse país, com um rico processo histórico de mudanças legislativas (constitucionais, inclusive), com as soluções consensuais no epicentro dos debates jurídicos e políticos, que dedicaremos o segundo tópico dos estudos de experiências estrangeiras.

Por fim, voltaremos o olhar para a experiência portuguesa, haja vista a semelhança dos institutos que foram sendo criados em Portugal e no Brasil, o que torna especialmente instigante a análise. Para além da razão mais evidente de ter o sistema processual brasileiro nascido das leis portuguesas, em função da colonização, há traços comuns que podem ainda ser notados, mesmo que cada país (e, por consequência, seus ordenamentos jurídicos) tenha seguido caminhos próprios.



A breve exposição sobre os principais institutos de consenso portugueses acaba por indicar movimentos com bastante semelhança aos vistos no Brasil. Mais do que isso, a própria introdução do consenso em um contexto de busca por eficiência, mas com a presença de um caldo cultural que impediu a desregulada expansão de hipóteses, são realidades que se espelham de maneira que instiga a realização de um estudo mais verticalizado.

## 2.2 MODELO ESTADUNIDENSE

Começaremos os estudos de experiências estrangeiras com o caso dos Estados Unidos, seguindo cada um dos aspectos explicitados nas notas metodológicas, de modo a organizar a exposição de ideias.

O modelo estadunidense possui raízes da chamada *common law*, tradição jurídica que preza pela modulação do direito aplicável a partir da Constituição e das leis postas, mas com uma deferência importante à jurisprudência. Sobre a Constituição dos EUA, é de se mencionar que o devido processo legal e, em especial, o direito constitucional ao célere julgamento pelo *grand jury*, são especificamente previstos na 6ª Emenda à Constituição.<sup>160</sup> Está disposto na Lei Maior deste país o direito a um julgamento pelo júri, com a garantia da oitiva de testemunhas, um advogado devidamente constituído, e que tal procedimento ocorra sem maiores delongas. Trata-se, como se vê, de relevantes garantias para propiciar um julgamento cercado do *devido processo legal*, para que se chegue a uma decisão justa em cenários de conflito que mereçam a tutela do direito penal.

Muitos estudos se voltam a entender os detalhes do sistema de julgamento nos EUA, buscando qualificar a forma como o devido processo legal, previsto constitucionalmente, é manifestado na prática, quando os casos são levados a julgamento (em regra pelo júri). Isso ocorre quando, no início da persecução penal, o sujeito imputado opta por sua declaração de inocência (“*plea of not guilty*”), gatilho esse que faz iniciar a faceta disputada do sistema de Justiça. Referidos trabalhos acadêmicos esmiuçam as inúmeras particularidades do modo de instrução processual, com menções à forma de julgamento, ao direito ao confronto, entre muitas outras características que definem a prática forense dos Estados Unidos. Não adotaremos esse caminho, entretanto.

---

<sup>160</sup> Do texto emendado da Constituição estadunidense: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.*”.

Fizemos a opção metodológica de entender com profundidade a outra faceta do referido sistema. Situação essa iniciada pela ausência de contestação da acusação formulada (“nolo contendere”) ou pela declaração de culpa (“*plea of guilty*”). Isso foi feito por duas principais razões. A primeira, porque a compreensão do devido processo legal nos EUA e a forma de julgamento da faceta disputada escapam ao foco de nossa pesquisa, que se dedica com prioridade aos aspectos do *consenso* do processo penal. A segunda e principal, porque o sistema estadunidense possui a aplicação desse julgamento, calcada em tais regras e garantias, como a absoluta exceção em seu ordenamento jurídico. A regra, segundo qualquer fonte a ser consultada, é a resolução por meio de alguma forma de *negociação*.<sup>161</sup> Daí porque é sobre esse aspecto que nos focaremos.

Assim, apresentaremos a gênese da resolução negocial no âmbito criminal no país, seguida da apresentação de seus principais institutos e a sua relação com o *princípio da oportunidade*<sup>162</sup> e, por fim, algumas das críticas tecidas pela literatura sobre o consenso, da forma como se opera em referido país. Em todos os momentos, traçaremos comparações com o Brasil – e, quando possível, com os outros países estudados.

### 2.2.1 A gênese precoce da negociação em âmbito criminal

Antes de tratarmos dos institutos de consenso concretamente considerados, importa buscarmos compreender a gênese da negociação no âmbito estadunidense. Há quem aponte que o papel da burocracia e dos atores do sistema de Justiça (juízes, promotores e advogados) foi determinante na inicial adoção de saídas negociais, as quais, por definição, produzem respostas estatais mais céleres ao conflito em questão.<sup>163</sup> Daí porque, da análise do sistema estadunidense,

<sup>161</sup> A regra, nos Estados Unidos, é a existência de uma autêntica negociação em torno de conflitos criminais, razão pela qual fazemos uso deste termo (ou mesmo de barganha). Para diferenciações teóricas e definições adotadas, ver Seção 1.4.2.2.

<sup>162</sup> Embora não tenhamos ainda apresentado em detalhes as definições dos conceitos jurídicos adotadas na presente Tese, *oportunidade* aqui é entendida como a estrutura de persecução penal que permite o exercício da liberdade do órgão acusatório sem amarras legais, em contraposição à lógica da *obrigatoriedade*. Para breve descrição do princípio da oportunidade na realidade dos EUA, ver ÚRCULO, Juan Cesáreo Ortiz. El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. In: BARTHEL, Fernando Ledesma; CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS [ed.]. *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*. Navarra: Thomson-Aranzadi: Cizur Menor, 2006, p. 115-120.

<sup>163</sup> Ver THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (ed.) *World plea bargaining: Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 297-399. Em especial sobre o relevante papel desempenhado pelos atores do sistema de Justiça Criminal: “*It is the everyday players in the criminal justice system – prosecutors, defense lawyers, and judges – who engage in informal negotiations, create shortcuts, and find loopholes to make their jobs easier. This is clearly how plea bargaining began in the U.S. in the early 19<sup>th</sup> century, if not earlier [...]*” (p. 324).

a gênese do *plea bargaining* conta como data inicial meados do século XIX, quando a demanda pela realização de *grand jury* em determinados Estados ficou superior à capacidade de exercício da jurisdição. Segundo essa leitura, a incapacidade de se lidar com o número de casos que aportavam nos Tribunais poderia explicar esse surgimento.

É de se registrar que o início do modelo negocial em solo estadunidense é bastante remoto, se comparado ao conhecido exemplo do Brasil – e que acompanha outros países da América Latina e mesmo da Europa, como iremos abordar nas Seções seguintes. E o interessante a se observar é que a justificativa de fundo, mesmo em períodos tão distantes entre si, acaba por ser semelhante: um sistema de Justiça em busca de eficiência, pois assoberbado com demandas excessivas. Talvez a maior nota de diferença seja, para além do hiato de mais de um século que separa as duas experiências, o fato de se localizar nos EUA uma relevância maior dos atores da burocracia da Justiça como agentes de mudança, o que não ocorreu no Brasil, que teve reformas inicialmente impulsionadas pelo Congresso Nacional.<sup>164</sup>

Para além de um diagnóstico de ineficiência do sistema de Justiça, razão genérica e que se aplica(ria) a muitos países considerados, identificamos características próprias do modelo estadunidense que podem auxiliar na explicação do surgimento precoce da negociação criminal. John H. Langbein caminha nesse sentido e aponta predicados do modelo anglo-americano de júri que podem ter contribuído para a difusão da barganha no país, sendo três principais: (i) a influência de um modelo de “*private prosecution*” (acusação privada, em tradução livre), que, embora tenha uma tradição menor nos EUA do que na colonizadora Inglaterra, acabou por exercer influência jurídica local, notadamente no aspecto de se aceitar, com mais facilidade, a existência de poderes discricionários por parte do acusador; (ii) a existência do “*guilty plea*” (declaração de culpa, em tradução livre) como característica sistêmica, significando, diferentemente do que ocorre na tradição continental, uma confissão seguida de desistência do julgamento; (iii) a permanência do júri como resposta estatal prioritária e resistência ao julgamento por juiz togado, o que tem raiz histórica na desconfiança das instituições públicas administradas ou influenciadas pela então colonizadora Inglaterra, sendo preferível o julgamento pelos pares.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Fazemos referência ao primeiro momento da onda consensual no país, que redundou na aprovação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (com a introdução da transação penal e do *sursis* processual). Já no último dos movimentos, que redundou no acordo de não persecução penal, o catalisador para o resultado de uma reforma legislativa foi o movimento do Ministério Público para a criação do referido ANPP por meio de uma resolução de seu órgão administrativo de cúpula.

<sup>165</sup> Ver: LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, p. 261-272, Winter 1979, p. 265-270. Em especial sobre a questão da rejeição ao *trial without jury* (ou *bench trial*), que dialoga com a abertura de um importante espaço para o aparecimento de uma alternativa ao julgamento do júri e que, tampouco, retirava totalmente o poder da parte: “*Not only was the nontrial solution*

Há ainda quem agregue que mudanças na própria estrutura do sistema criminal (como as formas de contestação “*pre-trial*”, bem como a profissionalização dos membros do sistema de Justiça e a maior possibilidade de se desenhar estratégias frente aos casos) teriam gerado a explosão da barganha como método prioritário de resolução de conflitos criminais.<sup>166</sup> Em tal sentido, a formalidade, o custo e o tempo que são despendidos pelos métodos de prova e julgamento nos modernos júris são frequentemente colocados como fatores primários para a massiva mobilização da barganha no solo dos Estados Unidos.<sup>167</sup> As características próprias do modelo adversarial, portanto, são também percebidas como motor propulsor da expansão da negociação na Justiça estadunidense.<sup>168</sup>

Interessante notar como as características desse *caldo cultural* estadunidense parecem ter contribuído não apenas com o surgimento (por nós qualificado de *precoce*) do modelo negocial, como também influenciou alguns de seus mais marcantes atributos gerais. Nesse sentido, o procedimento do júri, regra nos Estados Unidos e exceção no Brasil, impulsionou a

---

*of plea bargaining more rapid than bench trial, it also protected the weak, elective American trial bench from the moral responsibility for adjudication and from the political liability of unpopular decisions. In an ideological milieu in which the mounting defects of adversary jury trial could not have been admitted and discussed even if they had been correctly understood, it was easier for the Judiciary to tolerate trial waivers than jury waivers – easier, that is, for the judges to allow the prosecutor to wring out a plea concession than to bring themselves to insist on adjudication before condemnation”* (p. 270).

<sup>166</sup> FEELEY, Malcolm M. Plea bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, Abingdon, n. 3, p. 338-354, 1982, p. 346-352. Em trecho particularmente explicativo desta tese, defende o autor: “*In a very real sense, the very nature of what a trial is has undergone revolutionary changes to such an extent that comparisons across lengthy periods are not even meaningful. [...] the trial was relied on extensively when criminal justice was administered in a rough way, often by ‘amateurs’. during this time, it served to protect the interests of a largely dependent accused. [...] In brief, as the criminal process became more professionalized, as other opportunities for the dense expanded, the need to rely on the trial to protect the interest of accused declined. [...] The very terms ‘negotiation’ and ‘bargaining’ imply some degree of parity between prosecution and defense, something that was lacking in an earlier era when trials were more prevalent, but an unrepresented defendant was more likely to be at the mercy of the court.*” (p. 346).

<sup>167</sup> Ver, sobre esse aspecto do surgimento do instituto no país, ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, New York, v. 79, n. 1, p. 1-43, Jan. 1979, p. 41-42.

<sup>168</sup> Segundo esse ponto de vista, as saídas negociais na Justiça estadunidense, e por consequência a adoção majoritária do *plea bargaining*, entendidas como gênero das espécies de acordos existentes, seriam um reforço da característica adversarial do sistema, e não uma saída epistêmica e pragmaticamente oposta ao modelo conflitivo. (FEELEY, Malcolm M. *Op. cit.*). Nas palavras do autor: “[...] *adversariness and negotiation are directly related. Plea bargaining is not a cooperative practice that undermines or comprimes the adversary process; rather, the opportunity for adversariness has expanded in direct proportion to, and perhaps as a result of, the growth of plea bargaining. As the requirements of due process have expanded, as resources have become more accessible to both the prosecution and the criminally accused, as the substantive criminal law has developed, and as the availability and role of defense counsel have expanded, the opportunity for both adversariness and negotiations has increased*” (p. 340). Para uma leitura crítica ao instituto do *plea bargaining* e, portanto, uma interpretação alternativa ao ganho em adversariedade do sistema com esta via negocial, ver ALSCHULER, Albert W. *Op. cit.* Em especial: “*The rapid trials of the past plainly lacked safeguards that we consider essential today. It may be equally true, however, that our system of resolving criminal cases has now become absurd both in the complexity of its trial processes and in the summary manner in which it avoids trial in the great majority of cases. For all the praise lavished upon the American jury trial, this fact-finding mechanism has become so cumbersome and expensive that our society refuses to provide it. Rather than reconsider our overly elaborate trial procedures, we press most criminal defendants to forego even the more expeditious form of trial that defendants once were freely afforded as a matter of right*” (p. 41).

criação de saídas mais céleres. A formação do júri e a realização de julgamento por ele certamente demandam tempo e dispêndio de recursos consideráveis. Ainda mais do que em casos de julgamentos por juízes togados, como no cenário brasileiro e dos países europeus que serão estudados (Itália e Portugal). Ainda, a herança de acusação privada ou mesmo de maior articulação das próprias partes em um procedimento criminal são traços que auxiliam na compreensão da formação de um modelo mais amplo de negociação como aquele vislumbrado nos EUA. E o contraste com os países de tradição jurídica distinta é notório, com a presença, nesse segundo grupo, de institutos mais rígidos e delimitados legalmente. Essa contraposição de características não pode esconder um elemento central que diferencia tais experiências mencionadas: a interpretação dominante acerca da ação penal, sendo que nos EUA temos a presença do princípio da oportunidade e, nos demais casos, o princípio da obrigatoriedade. Tal característica será especialmente explorada no próximo tópico.

Explicada de forma panorâmica a gênese do consenso em âmbito criminal nos Estados Unidos, passaremos à compreensão dos institutos de consenso concretamente considerados. Com isso, podemos traçar outras comparações importantes com o que disso chegou ao Brasil.

### 2.2.2 Os institutos de consenso e o princípio da oportunidade

Importante compreender como se estruturam juridicamente alguns dos principais institutos de consenso estadunidenses, forjados na lógica de um sistema jurídico afeito ao princípio da oportunidade. Com isso, a maior liberdade de decisão do representante do Estado responsável pela acusação é traço identitário do ordenamento jurídico,<sup>169</sup> certo que isso irá se refletir nos mecanismos existentes.

O primeiro dos institutos estadunidenses que merece destaque em um estudo como o nosso é aquele mais conhecido e frequentemente mencionado em debates que envolvam consenso em matéria criminal: o *plea bargaining*. Uma primeira e relevante característica sua é o fato de que, nas diferentes jurisdições, estaduais e federais,<sup>170</sup> não há uma taxatividade dos

---

<sup>169</sup> Há quem afirme que o poder concedido ao membro do Ministério Público não possui paralelo na experiência comparada, com discricionariedade grande e uma ausência de controle mais substantivo acerca de sua atuação funcional (MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. Trad. Aduino Villela. *Revista do CNMP*, Brasília, DF, n. 1, p. 12-42, 2011, p. 34-37.).

<sup>170</sup> Nos Estados Unidos, há uma federação de 50 Estados com bastante autonomia, inclusive em matéria criminal, podendo haver normas processuais penais e criminais materiais distintas em cada um dos casos, desde que conforme a Constituição do país. Mesmo considerando o fato de que em cada um dos 94 distritos do sistema federal existe a nomeação de um dos *United States Attorneys* (vinculados ao Departamento de Justiça – *Department of Justice* – e nomeados pelo Presidente), não se pode afirmar que existe uma estrutura efetivamente centralizada. Isso porque, na prática, os agentes de Estado acabam por executar com bastante liberdade (e, portanto, com baixo grau de controle) as suas prioridades em matéria de política criminal (PIZZI

crimes em potencial que são incluídos nessas hipóteses de negociação.<sup>171</sup> Isso permite, em tese, que virtualmente todos os tipos de crime, desde os mais simples àqueles mais graves (sujeitos, nos Estados que assim o autorizem, à pena de morte ou à prisão perpétua), possam ser alvo de barganha em algum nível.

Essa faceta mostra com clareza um aspecto decisivo desta modalidade do consenso estadunidense: em primeiro lugar, a sua ampla generalização, abarcando a maioria dos casos criminais ao redor do país, sem uma restrição ou deslocamento do aspecto negocial apenas a um rol seletivo de crimes, como muitas vezes é feito nos países de tradição romano-germânica (com possibilidades sendo restritas à criminalidade menos grave, como regra). No Brasil, quando de sua tardia introdução (se compararmos com a gênese nos EUA), havia restrição às contravenções e aos crimes de menor potencial ofensivo ou de baixa lesividade. E assim foi por anos, até serem conhecidos novos formatos que abarcassem crimes mais graves.

Trata-se, como se vê, de uma modalidade não-judicial de resolução do conflito. Por meio dela, as partes acordam, à margem da estrutura de um julgamento no Tribunal, sem formal apresentação de defesas e necessidade de dilação probatória para uma convicção formada além da dúvida razoável, uma sanção a ser atribuída ao sujeito imputado em um presente caso.<sup>172</sup> Mais do que a conformação do instituto, chama especialmente a atenção o modo de solução do conflito: uma ampla negociação, ou barganha, sendo travada entre o *Public Prosecutor* e o

---

William T. Understanding prosecutorial discretion in the United States: the limits of Comparative Criminal Procedure. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 54, p. 1325-1373, 1993, p. 1342-1344.). No caso dos Prosecutors, há efetiva discricionariedade.

<sup>171</sup> Ver THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (Ed.) *World plea bargaining: Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 343-344.

<sup>172</sup> Em uma definição singela e objetiva do que seria uma justiça pela barganha no sistema estadunidense, temos: “A plea bargain may be an explicit quid pro quo or merely a tacit understanding. So long as defendants routinely expect to receive some form of sentencing consideration in exchange for an admission of guilt, the essence of a system of bargain justice is present”. (CHURCH, Thomas W. In defense of bargain Justice. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, p. 509-525, Winter 1979.). De outro lado, em definição crítica, com traços irônicos no que toca à suas vantagens para o sistema criminal estadunidense, John H. Langbein assim o faz: “(1) Plea bargaining is a nontrial mode of procedure. (2) This nontrial procedure subverts the design of our Constitution, which provides that ‘in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to ... trial... by an impartial jury...’ [...] (3) In order to displace the constitutional design and substitute our nontribal procedure for the trial procedure envisaged by the framers, we make it costly for a criminal accused to claim his constitutional right. When an accused is convicted following a jury trial, we customarily punish him twice: once for the crime, and then more severely for ‘enjoy(ing) the right to ... trial... by an impartial jury...’. We rely upon the deterrent effect of that practice to dissuade other defendants from claiming their right to jury trial. (4) This nontrial procedure has serious drawbacks. In particular, the accused cannot present defenses and have his guilty proved to a jury beyond a reasonable doubt – his greatest safeguard against mistaken conviction. (5) Nevertheless, on account of its efficiency, plea bargaining has won the endorsement of the Supreme Court [...]” (LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, p. 261-272, Winter 1979, p. 261-262.).

sujeito imputado, sem documentação formalizada e feita de forma sigilosa,<sup>173</sup> para que, ao final, seja acordada uma pena.

Esse talvez seja o traço mais marcante do mecanismo, que é a possibilidade de uma ampla negociação entre as partes, podendo envolver não apenas discussão sobre o tipo de imputação realizada em torno da situação fática (*charge bargaining*),<sup>174</sup> a sanção a ser aplicada (*sentence bargaining*), mas chegando ao ponto de se debaterem os fatos a serem imputados (*fact bargaining*), ou mesmo o enquadramento jurídico sobre eles.<sup>175</sup> A partir desse processo de efetiva negociação, tem o representante do Ministério Público uma gama variada de possibilidades de atuação em torno dos fatos, como redução da acusação original, dispensa de imputação, recomendação de alguma sanção alternativa à prisão, entre outras possibilidades.<sup>176</sup>

Tal instituto, embora sobejamente mencionado em debates legislativos e acadêmicos, quando da discussão em torno da expansão do consenso, não encontra paralelos evidentes no Brasil, e mesmo na Itália ou em Portugal. A liberdade com que uma pena criminal pode ser barganhada da forma como ocorre em solo estadunidense não possui comparação com nenhum dos casos mencionados. E isso evidentemente deriva do modo como a *oportunidade* reflete na configuração dos institutos concretamente considerados. Seria impensável uma forma de negociação que envolvesse a rejeição de um fato a ser processado por um motivo de mera

<sup>173</sup> Ver RAKOFF, Jed S. Why prosecutors rule the criminal justice system – and what can be done about it. *Northwestern University Law Review*, [Chicago], v. 111, n. 6, p. 1429-1436, 2016, p. 1432-1433.

<sup>174</sup> Para alguns autores, seria essa a modalidade mais comum de barganha do modelo estadunidense, segundo a qual o sujeito imputado assume a responsabilidade por fatos, em troca de uma imputação mais branda. Ver BEALL, George. Principles of Plea Bargaining. *Loyola University Chicago Law Journal*, [Chicago], v. 9, n. 1, p. 175-192, Fall 1977, p. 175-176. Em especial: “One common form of charge bargaining involves an agreement between prosecuting and defense attorneys whereby a defendant pleads guilty to a particular charge in exchange for the dismissal of other charges. Another variation occurs when the defendant pleads guilty to a lesser charge than the one originally faced.” (p. 175-176).

<sup>175</sup> Aspecto relevante atine ao *fact bargaining*, que representa a possibilidade de efetivamente se negociar sobre os fatos que ao final serão imputados. Ou seja, efetivamente barganhar acerca da forma como o fato naturalístico será considerado, o que pode fazer com que, ao final, uma determinada acusação não necessariamente represente fidedignamente os fatos como ocorreram. Ainda, e também em decorrência disso, temos o *sentence bargaining*, que se refere à negociação atinente ao *quantum* de pena que ao final deva ser aplicado ao caso concreto, o qual muitas vezes está ligado às provas que se tem sobre o caso. Tratando do caso do moderno *fact bargaining* no sistema de Justiça estadunidense, William T. Pizzi é pragmático em assumir sua prática, ainda que não seja essa necessariamente a mais condizente com a descoberta da verdade por meio da Justiça: “I start from the premise that the American criminal justice system in 1996 is a system of negotiation and compromise, and truth is of secondary importance. [...]. Not only are convictions subject to negotiation and compromise in the United States but we know that it is not unusual to compromise cases through outright sentence bargaining in which the prosecutor promises the defendant a specific maximum sentence in order to convince him to enter a guilty plea. If the case against the defendant is strong, the prosecutor may hold out for a sentence that she believes to be proportionate to the offense and the offender. But if there are problems in the case—perhaps a potential suppression issue or prosecution witnesses who may not be attractive to the jury—a prosecutor may have to agree to a sentence that is less—sometimes far less—than anyone believes the defendant deserves for the crime in question.” (PIZZI, William T. Fact Bargaining: an American phenomenon. *Federal Sentencing Reporter*, Berkeley, v. 8, n. 6, p. 336-338, 1996, p. 336).

<sup>176</sup> Ver BEALL, George. *Op. cit.* p. 176-177.

conveniência acusatória nos referidos países de tradição *civil law*. No caso do país norte-americano, há tal possibilidade muito em função da estrutura jurídica que não impede esse tipo de negociação, que amplia a autonomia do membro do Estado para definição de prioridades localmente, em cada caso individualmente considerado, o que é o exato oposto de sistemas, como os três mencionados, em que há mais rígida delimitação do alcance de cada instituto de consenso.

Além dessa característica, há de ser apontado que o *plea bargaining* pode ocorrer em distintos momentos da persecução penal. Desde a investigação, passando pelas fases preliminares e de julgamento, chegando, inclusive, até a ocasião do sentenciamento e de seu cumprimento.<sup>177</sup> Resta clara a versatilidade de um mecanismo de consenso que é moldado para ser desregulamentado, isto é, que não se prende a amarras formais pré-moldadas sobre o conteúdo e sobre o momento de propositura. Isso contrasta com os modelos de consenso adotados no Brasil e nos dois países europeus estudados, pois a existência de alguma rigidez é um traço relevante. O contraste, iluminado pela diferença na estruturação da persecução estatal (princípios da oportunidade, nos EUA, e da obrigatoriedade, nos demais), é significativo e resulta em concretas diferenças na teoria e prática do processo.

Para além disso, importa aprofundar outras formas de resolução de conflitos criminais na realidade estadunidense que fazem uso de algum mecanismo de consenso em seu âmbito. Por meio da *guilty plea*, há, de um lado, a assunção de culpa pela prática do delito em questão, e, de outro, a renúncia ao julgamento do caso por meio de um pleno processo judicial. Há a espécie intermediária, que seria o *nolo contendere*, na qual o imputado não assume a questão, mas tampouco a contesta, havendo semelhante destino no âmbito criminal. Talvez a principal diferença entre esses dois mecanismos seja o impacto civil de tal assunção de culpa, certo que, por meio do *nolo contendere*, há a possibilidade de posteriormente negar os fatos.<sup>178</sup> Apesar da ausência de semelhança com institutos brasileiros de consenso, vale o registro de que, por aqui, as confissões em âmbito criminal para viabilizar acordos são alvo de comum discussão no que

---

<sup>177</sup> BEALL, George. Principles of Plea Bargaining. *Loyola University Chicago Law Journal*, [Chicago], v. 9, n. 1, p. 175-192, Fall 1977, p. 182.

<sup>178</sup> Ver LENVIN, Nathan B.; MEYERS, Ernest S. *Nolo Contendere: Its Nature and Implications*. *Yale Law Journal*, Ann Arbor, v. 51, p. 1255-1268, 1942, p. 1262-1264. Em especial, sobre essa relevante diferenciação: “Thus, the only basic characteristic of the plea of *nolo contendere* which differentiates it from a *guilty plea* is that the defendant is not stopped from denying the facts to which he pleaded *nolo contendere* in a subsequent judicial civil proceeding.” Apart from this immunity a number of situations indicate that the consequences of the plea are not unlike those of a plea of guilty. In making pleas of *nolo contendere* defendants generally have hoped to mitigate their punishment and undoubtedly have believed, or have been advised, that their obligation to society would be settled by means of this process. A persuasive factor, also, is the knowledge that the plea does not estop the defendant from denying the facts in a subsequent civil action growing out of the same alleged misdeed.” (p. 1262).



toca ao seu aproveitamento em outras esferas do direito. Em nossa visão, consistem elas em meras condições de procedibilidade para determinados tipos de acordos.

Por fim, há outros mecanismos de consenso, em regra usados para a criminalidade empresarial. Isso é feito no espírito de se conseguir uma punição por infrações à legislação realizadas no âmbito de empresas, as quais nem sempre são fáceis de provar, podem gerar alto custo para o Estado e, acaso resultem em uma condenação por meio do processamento tradicional, podem redundar em inviabilização de um determinado grupo econômico – com externalidades negativas suportadas por terceiros que não se envolveram em qualquer conduta.<sup>179</sup> São eles os mecanismos extrajudiciais do *deferred prosecution agreement* (DPA) e do *non-prosecution agreement* (NPA), que são usados para, por meio de confissão de práticas delitivas por parte de sujeitos de grupos empresariais para agências do Estado, serem entabulados acordos que aplicam alguma forma de sanção (em regra multas) e exigem medidas de conformidade a serem cumpridas pelas empresas que violaram as normas legais.<sup>180</sup> A diferença básica entre os dois institutos é que no NPA não há a apresentação de qualquer acusação, mediante a satisfação de consequências impostas, enquanto que no DPA há uma modificação no caráter original da acusação, que é suspensa, para viabilizar o cumprimento de condições.<sup>181</sup>

O paralelo mais importante, em especial do NPA, é o acordo de não persecução penal, o qual possui consequência semelhante – que é a não formulação de uma acusação propriamente dita em nome de um acordo entre as partes. Entretanto, há uma diferença significativa entre eles, que é o objetivo para o qual geralmente são utilizados. No caso estadunidense, são institutos moldados para a criminalidade empresarial,<sup>182</sup> enquanto que, no caso brasileiro, não há tal conexão. Em verdade, é de se considerar que o ANPP efetivamente generaliza as

<sup>179</sup> Ver XIAO, Michael Yangming. *Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime*. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, [Ithaca], v. 23, n. 1, p. 233-253, Fall 2013, p. 235-245.

<sup>180</sup> Para alguns autores, são esses institutos vantajosos, ainda que comparados com mecanismos *pre-trial* ou de julgamentos criminais propriamente ditos: “*In the appropriate circumstances and for appropriate corporate crimes, DPAs and NPAs can effectively preserve the financial viability and integrity of a corporation, while still enabling the government to punish it for its misconduct and achieve various goals. The hefty fines associated with DPAs and NPAs levy appropriate punishments and offer sufficient retributive value. What DPAs and NPAs lack in prison terms may be compensated by the relatively heavier fines charged as seen in the Schavone and Tulio comparison. The mandatory remedial measures required by DPAs and NPAs and the threat of full prosecution upon breach deter corporations from committing such crimes in the future.*” (XIAO, Michael Yangming. *Op. cit.*, p. 252).

<sup>181</sup> Ver CHEKER, Monique. *Acordos resolutivos no direito penal: direito comparado, projeto anticrime e proposta de aperfeiçoamento para os delitos ambientais*. In: BARBOSA; Alexandre Espinosa Bravo et all. (coord.). *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão*. Brasília, DF: MPF, 2019, p. 65-66.

<sup>182</sup> Ainda que a origem do instituto seja o uso para punição alternativa a jovens infratores e determinados delitos relacionados a drogas, a sua utilização na criminalidade empresarial se consolidou em tempos recentes. Ver XIAO, Michael Yangming. *Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime*. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, [Ithaca], v. 23, n. 1, p. 233-253, Fall 2013, p. 234.

hipóteses de consenso, sem a existência de um objetivo específico – até porque, conforme salientado, sua aplicação é obrigatória para todos os casos elegíveis, não existindo a possibilidade de utilizá-lo apenas para a criminalidade empresarial (ou qualquer outro tipo de grupo de crimes).

Esses institutos são viabilizados pelo já referido *princípio da oportunidade* que vige no sistema jurídico dos EUA. Por meio dele, há uma ampla liberdade do agente de Estado responsável pela acusação para decidir sobre o futuro da persecução penal. Tem-se, assim, um *Public Prosecutor* que atua com *discricionariedade*. Conforme posição pouco contestada na literatura, pode-se dizer que tal agente de Estado efetivamente goza de discricionariedade em sua atuação funcional, certo que seus atos recebem pouco (ou nenhum) controle formal.<sup>183</sup> Mais do que isso, o tipo de autonomia que esse agente de Estado possui é frequentemente destacada como um diferencial, fazendo com que seja qualificado por muitos como o agente de Estado com mais poder na realidade da Justiça estadunidense,<sup>184</sup> detendo a decisão basicamente insindicável sobre acusar ou deixar de fazê-lo.

Algumas características inerentes ao país e à sua tradição jurídica podem ajudar a explicar o papel desempenhado pelo Promotor, como (i) o fato de, em regra, serem esses agentes eleitos e, portanto, sujeitos a outro tipo de controle, o político, sendo, dessa forma, *accountable* em outros parâmetros, devendo apresentar em sua atuação concreta um senso de justiça percebido por terceiros; (ii) o membro da Promotoria é visto como um *agente local*, havendo tradição em tal aspecto, o que implica grande diferença com sistemas continentais, que são menos tolerantes a distintas abordagens criminais em função da região, o que significa dizer que anseios locais podem ser privilegiados na atuação concreta estadunidense; e (iii) o sistema adversarial é fundado na participação ativa das partes, significando dizer que o resultado de um julgamento pode estar muito vinculado à atuação individual do Promotor ou do advogado de defesa, sendo que a “vitória” obtida em um julgamento final é algo relevante a ser considerado

---

<sup>183</sup> Ver PIZZI, William T. Understanding prosecutorial discretion in the United States: the limits of Comparative Criminal Procedure. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 54, p. 1325-1373, 1993, p. 1337.

<sup>184</sup> Em sentido de crítica aos poderes acumulados pelo membro do Ministério Público na lógica da Justiça estadunidense, e em especial sobre a falta de controle sobre seus atos, ver GERSHMAN, Bennett L. The new prosecutors. *University of Pittsburgh Law Review*, [Pittsburgh], v. 53, p. 393-458, 1992, p. 405-406. Em especial: “A prosecutor cannot be compelled to bring charges, or to terminate them. A private citizen has no standing to bring a criminal complaint if the prosecutor decides not to prosecute. And the judiciary has shown a remarkable passivity when asked to review the prosecutor's charging decision. Indeed, some courts have deferred absolutely to the prosecutor's discretion, even though that decision has been shown to be demonstrably unfair. Thus, overcharging crimes, discriminating against defendants for prosecution, improper joinder of charges or parties, vindictiveness, coercive dismissals, plea bargaining abuses, and immunity violations, continue to occur regularly, without meaningful judicial review or correction.” (p. 408).

pelo membro do Estado, e que pode, ao final, redundar em uma decisão por não “*press charges*” em certos casos com menor chance de êxito.<sup>185</sup>

Esse quadro demonstra um importante contraste com o que vislumbramos no modelo brasileiro, em especial. Por aqui, é histórico o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, mesmo com as mudanças verificadas nas últimas décadas, seus efeitos ainda se fazem sentir. A ideia de buscar uma persecução penal unificada, traço marcante da obrigatoriedade, é um relevante sinal. A busca pela isonomia (ou igualdade) na resposta ao cometimento de crimes contrasta com a realidade estadunidense de maior poder local e, em muitas partes, com eleição dos membros de Estado responsáveis pela persecução penal. No Brasil, a burocracia da Justiça em suas bases é formada por agentes de Estado concursados, e não eleitos. Daí porque o modo em que os conflitos são geridos na ponta devem ter uma abordagem mais unificada, oriunda de uma centralidade de decisões tomadas, o que se traduz no respeito estrito aos mais rígidos ditames de lei para viabilizar ações em matéria criminal.

Razões históricas e da conformação do sistema estadunidense se somam às já levantadas para explicar como um ordenamento originado da *private prosecution* inglesa derivou para tal discricionariedade. Podem ser apontadas duas grandes características que permitem a situação verificada, sendo a primeira delas a aplicação da teoria da separação de poderes, no que toca ao representante do órgão acusatório, acabando por conferir a ele uma liberdade grande, pois, havendo o que se chama de *probable cause*, pode o Promotor atuar na persecução do delito; e, de outro lado, se entender que não é o caso de atuar, há controle muito raro.<sup>186</sup> Como se nota, portanto, a sua atuação é pouco sujeita a limites, abarcando-se a decisão sobre o delito a ser perseguido, concessão de benefícios e acordos e mesmo dispensa de determinadas imputações (“*dismiss charges*”).<sup>187</sup> Isso se conecta com outro aspecto de manifestação do princípio da oportunidade, que está no controle judicial menos relevante.

Nesse sistema em que o poder de negociação e da condução do processo criminal está nas mãos do Promotor de Justiça, o membro do Poder Judiciário acaba tendo um papel menos relevante na persecução criminal. Isso não significa dizer que não há crivo judicial para a imposição de penas e controle do quanto foi acordado, mas, a regra é que essa atuação judicial seja tímida, no mais das vezes homologando o quanto entabulado previamente pelas partes. Isso

---

<sup>185</sup> Ver PIZZI, William T. Understanding prosecutorial discretion in the United States: the limits of Comparative Criminal Procedure. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 54, p. 1325-1373, 1993, p. 1336-1349.

<sup>186</sup> Ver KRAUSS, Rebecca. The theory of prosecutorial discretion in Federal Law: Origins and Developments. *Seton Hall Circuit Review*, Newark, v. 6, n. 1, 2012. p. 4-5.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 6. Em especial: “*Beyond the decision of whether or not to prosecute, a federal prosecutor also has discretion in deciding how to prosecute. The prosecutor chooses which crime to charge [...] The prosecutor chooses when to grant immunity, accept a plea bargain, and dismiss charges.*” (p. 6).

não decorre de posturas individuais dos juízes, havendo pelo menos duas razões estruturais que explicam o posicionamento passivo: os magistrados em regra não possuem tanto conhecimento dos fatos e, por não serem responsáveis pela instrução, acabam tendo a visão do caso na forma como as partes o apresentam, o que pode influenciar na tendência à aceitação dos termos acordados.<sup>188</sup>

Podemos novamente recorrer à forma como a separação de poderes é entendida na Justiça criminal estadunidense, revelando um papel acessório do Judiciário no controle das atividades das partes no processo. Conforme se fortaleceu o papel dos Promotores, o próprio Poder Judiciário (notadamente por decisões da Suprema Corte)<sup>189</sup> estabeleceu racionalidade jurídica que justificasse esse papel, com ampla discricionariedade e poder de decisão aos agentes estatais da acusação, o que fez com que, mesmo com reformas legislativas para aumentar o controle de seus atos, principalmente aqueles atinentes ao não exercício da ação penal, a prática não correspondesse ao quanto prescrito.<sup>190</sup>

Essa última faceta descrita também destoa do que brevemente sugerido do caso brasileiro. Isso porque o controle judicial é mecanismo relevante, o qual garante a subsunção

---

<sup>188</sup> Ver PIZZI, William T. Fact Bargaining: an American phenomenon. *Federal Sentencing Reporter*, Berkeley, v. 8, n. 6, p. 336-338, 1996, p. 337. No texto referido, o autor procura explicar os motivos pelos quais uma pesquisa havia concluído que os juízes acabam por referendar, como regra, aquilo que as partes estabelecem. Daí, há interessante explicação sobre o papel do magistrado, em comparação com o que geralmente se vê em países de *civil law*: “*It may seem startling to suggest that trial judges in the United States, including federal judges, are weak and lack the power of judges in other systems when American judges are armed with powers, such as the power to declare statutes unconstitutional, that have no analog in most other western legal systems. But when you look at the responsibility that judges have for the determination of truth, American judges are weaker than judges in other systems. To make my point from a different angle, let me offer a brief contrast between our criminal trial system and that in England.*” (p. 337).

<sup>189</sup> Esse aspecto pode parecer um contrassenso em uma primeira leitura, pois foi a própria Suprema Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário, que estabeleceu maiores poderes a outro ator do sistema de Justiça. Mais ainda, a associação geralmente realizada com o sistema estadunidense é de um Judiciário forte, em especial em matéria de decisões relevantes de interpretação da Constituição. Nesse sentido, ver DAMAŠKA, Mirjan. Reflections on American Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law Supplement*, [Berkeley, v. 38, p. 421-443, 1990. Em especial, tratando sobre o sistema do país e o relevante papel desempenhado pelos juízes na interpretação da Constituição, com impacto nas mais centrais matérias: “*But the legal tradition legal in which the Constitution came to be immersed refused to share this ideal; here true law-givers were judges, who discovered the true meaning of spoken and written normative sources generated by competing power centers. The core of law in this tradition was not textually settled and was associated with litigation. Since law conceived as a canonical text and law associated with court decisions cannot be placed side-by-side without creating friction, a source of inner tension was present in American constitutionalism from its beginning.*” (p. 426). O que se aponta, neste particular do papel dos acordos processuais, é que, na avaliação e homologação dos acordos processuais, o papel dos magistrados é, como regra, acessório e diminuto.

<sup>190</sup> Ver KRAUSS, Rebecca. The theory of prosecutorial discretion in Federal Law: Origins and Developments. *Seton Hall Circuit Review*, Newark, v. 6, n. 1, 2012. p. 16-26. Em especial: “*In 1944, Congress amended the rules of procedure to require judicial approval for a prosecutor’s use of a nolle prosequi. By this time, however, the separation of powers theory of prosecutorial discretion was established in federal case law, and no longer linked to the nolle prosequi. As a result, legislative efforts to limit the nolle did little to check prosecutorial discretion more broadly. [...] At least formally, the nolle prosequi was no longer the best example of unreviewable prosecutorial discretion. Instead, it was one of the few prosecutorial decisions subject to judicial review.*” (p. 25).

do quanto acordado aos mais estritos termos previstos em lei. E, num sentido menos imediato do acordo em si considerado, o controle implica também uma verificação acerca do aspecto da obrigatoriedade da ação penal – e, no caso de serem mobilizados os mecanismos consensuais previstos, do controle acerca de seu aspecto residual, que é mobilizado em tais casos.

### 2.2.3 Críticas ao modelo de barganha

Como último aspecto deste sobrevoo, vamos abordar algumas críticas ao modelo de barganha dos EUA. Muitas delas já foram adiantadas nas críticas gerais ao consenso em matéria criminal (ver Seção 1.4.2.3), sendo que, neste tópico, focaremos naquelas que dialogam mais particularmente com os institutos apresentados, e que se relacionam com a estruturação da persecução penal no país, que se rege pelo princípio da oportunidade. Podemos dividir as críticas ao modelo de barganha estadunidense em três grandes grupos, que foram anteriormente pincelados e agora serão desenvolvidos: (i) incompatibilidade com o modelo adversarial de julgamento; (ii) possibilidade de haver excessos na acusação, e (iii) possibilidade de haver coação na negociação com o sujeito imputado.

Sobre críticas, iniciamos com aquela que identifica que os acordos processuais genericamente considerados escapam do previsto modelo adversarial, com suas garantias e existência de um julgamento estruturado pelo Estado, o que tornaria tais saídas inconstitucionais.<sup>191</sup> Importa frisar que a constitucionalidade da barganha em âmbito criminal já foi reconhecida por decisões da Suprema Corte do país, podendo-se dizer que se trata de prática aceita.<sup>192</sup> Por mais que autores apresentem fundamentadas críticas, é difícil escapar de que tal modelo é consagrado – e, por que não, um autêntico artigo de exportação da cultura jurídica estadunidense.

Para além disso, é interessante observarmos que o modelo dos EUA depende diretamente da realização de acordos processuais. Por mais que existam críticas realizadas pela literatura, seria raro encontrar algum autor que defenda a extinção do modelo de barganha

---

<sup>191</sup> Ver ALSCHULER, Albert. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, Berkeley, v. 69, n. 3, p. 652-730, May 1981, p. 677-678. Também em apontamento crítico, John H. Langbein aponta inexistir na Constituição referência ao *plea bargaining*, mas apenas ao direito ao julgamento (LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978, p. 9).

<sup>192</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece a viabilidade e legitimidade dos acordos em âmbito criminal, pelo menos desde *Boykin v. Alabama* (395 US 238 – 1969), além de reconhecer sua importância para a administração da Justiça criminal pelo menos desde *Santobello v. New York* (404 US 257 – 1971) e, apesar das críticas veiculadas, há setores da literatura que entendem ser não apenas um instituto necessário, como também ser desejável para a realização da Justiça. Ver CHURCH, Thomas W. In defense of bargain Justice. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, p. 509-525, Winter 1979.

presente naquele país – e que é responsável pela resolução da vasta maioria dos casos submetidos à Justiça criminal.<sup>193</sup> Do lado brasileiro, embora tenhamos um fenômeno de crescimento no número de institutos de consenso, não vislumbramos uma dependência de tais formas de resolução do conflito. Até porque foi apenas com o acordo de não persecução penal que a modalidade consensual ganhou contornos de generalidade na resolução criminal. De toda forma, seria interessante termos em alguns anos estudos no Brasil mensurando a dependência que o sistema tomou da (mandatória) saída consensual representada pelo ANPP em crimes de média gravidade.

Outra crítica importante está na possibilidade de haver uma atuação seletiva ou discriminatória por parte da acusação, que, conforme explanado, possui uma posição de prevalência<sup>194</sup> na persecução penal. Esse caso, da chamada “*discriminatory prosecution*”, ocorre quando se verifica que há distintas posições acusatórias frente a casuísticas semelhantes, caracterizando perseguição específica a um determinado sujeito imputado, tendo essa situação sido motivada por indevida influência de seu atributo pessoal (etnia, religião ou outra fonte que gere o comportamento indevido do agente de Estado).<sup>195</sup> Ainda que com uma aplicação restrita, tal expediente pode ser controlado pelo Judiciário, desde que demonstrada essa violação.<sup>196</sup>

Além disso, encontramos considerações sobre a já mencionada prática do *overcharging*, que consiste no excesso de imputação acusatória.<sup>197</sup> O sentido mais interessante de se abordar

<sup>193</sup> No sentido de defender o instituto, ao menos da forma como o sistema de Justiça no país se estrutura, George Beall afirma que mesmo a proibição do *plea bargaining* provavelmente não interromperia a sua realização, mas apenas a tornaria clandestina – e, ainda assim, realizada (BEALL, George. Principles of Plea Bargaining. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 9, n. 1, p. 175-192, Fall 1977, p. 181.).

<sup>194</sup> Ver, em sentido crítico acerca desse papel desempenhado, RAKOFF, Jed S. Why prosecutors rule the criminal justice system – and what can be done about it. *Northwestern University Law Review*, [Chicago], v. 111, n. 6, p. 1429-1436, 2016.

<sup>195</sup> Trata-se de organização de critérios desenvolvida por Amy Grossman Applegate, após ampla análise da literatura e de julgados nos Estados Unidos, para se concluir pelos principais critérios que gerariam o (raro) reconhecimento de uma *discriminatory prosecution*. Após a abertura a considerações da Suprema Corte às teses de discriminação nos anos 1960, a autora faz essa generalização teórica para buscar explicar em que contexto isso poderia ocorrer (APPLEGATE, Amy Grossman. Prosecutorial discretion and discrimination in the decision to charge. *Temple Law Quarterly*, [Philadelphia], v. 55, p. 35-88, 1982, p. 38-71.).

<sup>196</sup> Sobre a realidade de exceção de controle da discricionariedade do membro da Promotoria, desde que sua atuação não toque na arbitrariedade, ressalta-se que: “*Although the prosecutor exercises a great deal of discretion in the decision to charge, that discretion may not be exercised in a discriminatory manner violative of the equal protection guarantee embodied in the fifth and fourteenth amendments. Discriminatory enforcement occurs when the prosecutor singles out for prosecution an individual or individuals on the basis of an arbitrary classification such as race, religion, or nationality, or to prevent the exercise of constitutionally protected rights. A discriminatory prosecution is invalid and may be struck down by the court, generally pursuant to a pre-trial motion by the defendant and an evidentiary hearing.*” (APPLEGATE, Amy Grossman. Prosecutorial discretion and discrimination in the decision to charge. *Temple Law Quarterly*, [Philadelphia], v. 55, p. 35-88, 1982, p. 85-86).

<sup>197</sup> Para a definição clássica do *overcharging* na literatura estadunidense, ver Seção 1.4.3.2.1, em especial na referência ao pensamento de Albert Alschuler, com a diferenciação entre *horizontal* e *vertical overcharging* (ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 36, p. 50-112, 1968, p. 85-87.). Para o presente momento, optamos por também utilizar a distinção

de tal prática é aquele segundo o qual o responsável pela acusação opta por uma postura acusatória mais agressiva do que o caso pediria, de forma a facilitar o entabulamento de acordos processuais. Em tal circunstância, vemos a confluência entre o sistema de liberdade acusatória aliado à disseminada prática de acordos, gerando uma consequência pouco desejável. Isso porque a liberdade de se proceder sem maiores amarras a uma atividade acusatória com excesso, feita com o propósito de entabular um acordo (que era o objetivo desde o início),<sup>198</sup> é algo identificado teoricamente, ainda que seja de difícil controle, na prática.

Essas duas formas de excesso acusatório poderiam e podem ser verificadas em outras jurisdições, ainda que, possivelmente, a liberdade ampla na acusação conhecida no sistema estadunidense potencialize esse tipo de ocorrência. E essa é uma consideração comparativa interessante de ser feita, já que vemos uma relação clara entre a *discretionariedade* do órgão acusatório e essas formas de desvios encontrados. Um sistema mais regulamentado, como aquele do Brasil, mesmo com a previsão de acordos, possui mais mecanismos de controle (ao menos em teoria). E essa é uma distinção a ser traçada, vez que o acordo é apenas a ponta, ou o resultado, de uma ação que provavelmente é gerada pela mais ampla liberdade acusatória, que facilita esse tipo de prática, largamente identificada pela literatura.

Sobre o último aspecto a ser abordado, podemos mencionar lições de Maximo Langer que, refletindo justamente sobre as formas como o *plea bargaining* pode ser constituído, oferece uma tipologia útil para a identificação de diferentes características que podem advir da celebração de um acordo. Assim, existiriam dois tipos de concertação entre as partes: o “*de facto unilateral adjudication*”, quando o representante da acusação toma para si a decisão sobre quem é culpado e inocente e, por meio de uso de coerção, realiza a proposta de acordo; e, de

---

teórica feita por Kyle Graham, que se utiliza de três tipos prática de *overcharging*, o que auxilia a identificar as formas de manifestação (e de conseqüente mensuração) de tal fenômeno. Segundo define o autor, “*One of these elemental critiques of overcharging concentrates on the filing of criminal counts that lack adequate proof. Another approach dwells on the lack of proportionality between the quantity, gravamen, or sentencing consequences of a criminal charge or charges on the one hand, and the character of the defendant’s conduct on the other. Lastly, a third view of overcharging adds a gloss to the inadequate-proof and lack-of-proportionality critiques by attacking the prosecutor’s knowing use of “excessive” allegations to induce plea bargains to lesser charges.*” (GRAHAN, Kyle. *Overcharging*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus, v. 11, n. 2, p. 701-724, 2013, p. 706.).

<sup>198</sup> Desenvolvendo ainda mais essa forma de *overcharging*, explica o autor que: “[...] *third critique differs from the first two in that it detects overcharging only when a prosecutor files an “excessive” charge or charges (in the sense that either the charges lack adequate proof or, more often, that they are somehow disproportionate to the gravamen of the crime) without any subjective desire to pursue these offenses to conviction. Rather, the overcharging prosecutor alleges these offenses as bargaining chips, holding out the possibility of their dismissal or reduction in exchange for the defendant’s entry of a guilty or no-contest plea to other charges, or to a subset of the charged crimes.*” (Ibid., p. 712.).

outro lado, há os “*de facto bilateral adjudication*”, quando há um entendimento efetivamente voluntário entre as duas partes, o qual redundando na celebração do acordo.<sup>199</sup>

Trata-se, de uma banda, de reconhecimento pragmático acerca do limite de determinados acordos, que podem não ser feitos da maneira como previstos e, de outra banda, uma forma de mostrar o caminho possível para que a negociação ocorra como prevista, haja vista a exigência da Suprema Corte dos EUA do requisito de *voluntariedade*<sup>200</sup> como necessário para tanto. Assim, saber diferenciar na prática a inexistência de coerção,<sup>201</sup> notadamente na atuação ministerial, permitiria averiguar se o acordo é voluntário e, portanto, legítimo, sendo três essas características marcantes: exercer a persecução penal em casos nos quais um júri provavelmente atestaria a culpa além de dúvida razoável, buscar uma pena que seria a legítima para o caso concreto e não barganhar sobre condutas além das subsumidas aos fatos (já mencionada vedação ao “*overcharging*”).<sup>202</sup>

Essas ponderações colocam em perspectiva uma característica inerente ao sistema de Justiça estadunidense, que é a grande liberdade presente na figura do representante do órgão acusatório. Os riscos associados a um sistema de mais livre negociação são fartamente documentados pela literatura,<sup>203</sup> que se dedica a tal reflexão há tempos. Mas acrescentamos uma vez mais que o predicado da ampla liberdade e a pouca margem de (efetivo) controle da

<sup>199</sup> Ver LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006, p. 224, 229-262.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 229. Refere-se aqui à decisão firmada em *Boikyn v. Alabama*, no ano de 1969 (395 US 238).

<sup>201</sup> Para identificação da coerção, e para que se atinja a verdadeira adjudicação bilateral, em apertado resumo, explica o autor: “*Defendants’ moral entitlement to expect prosecutors and the criminal justice system to honor these three fundamental limits on prosecution sets the baseline to apply in the context of plea dispositions in order to distinguish coercive from noncoercive plea proposals. If the prosecutor’s biconditional plea proposal – including the trial prong – includes binding over for a trial a defendant that no reasonable jury could find guilty beyond a reasonable doubt, a sentence that would not be fair for the particular case, or overcharging, then the prosecutor’s plea proposal is coercive. And if the prosecutor’s coercive proposal is part of the reason a defendant pleads guilty, the defendant’s guilty plea is involuntary*”. (LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006, p. 242.). Em esforço de compreender o aspecto da coerção na teoria e prática estadunidense, Conrad G. Brunk elenca critérios que devem ser respeitados, de forma a se evitar a existência de tal desvio, sendo eles: garantia de um processo justo em caso de recusa de acordo, não haver extensão de prisão quando não concretizada a barganha, inexistir a prática do “*overcharging*”, não haver sentenças excessivas pelo fato de se ter optado pelo julgamento disputado, haver informação suficiente para que o sujeito imputado possa tomar sua decisão informada (e *voluntária*, portanto), além de se garantir uma oferta razoável por parte do representante do órgão acusatório (BRUNK, Conrad G. The problem of voluntariness coercion in the negotiated plea. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, p. 527-553, Winter 1979, p. 546-550).

<sup>202</sup> Ver LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006, p. 229-242.

<sup>203</sup> Em bom resumo sobre os riscos inerentes ao *plea bargaining*, temos: possibilidade de coerção e de produção de resultados imprecisos ou injustos (impulsionados por incertezas na sentença), menor possibilidade de investigação defensiva e revisão judicial limitada (TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *The American Journal of Comparative Law*, Lincoln, v. 54, n. 1, p. 199-267, 2006, p. 204-213).



atividade acusatória, decorrências do princípio da oportunidade, podem ter impacto decisivo em tais problemas. Há quem aponte soluções e aprimoramentos dentro do sistema, como a garantia de maior transparência nas negociações e mesmo de controle judicial maior em negociações para buscar previsibilidade e resultados mais justos,<sup>204</sup> mas temos a hipótese de que muitos desses problemas identificados são gerados pela própria estruturação do sistema. E, interessantemente para uma perspectiva comparativa, o exemplo brasileiro de barganha (a colaboração premiada) operou menos de uma década com sua formulação original, tendo sido logo restringido, justamente com vistas a se evitar excessos que eram gerados pela maior margem concedida aos representantes do Estado para negociar de forma mais livre com sujeitos imputados.

Por fim, releva voltar o olhar para o imputado, que é fundamental para que as cifras de acordos no âmbito criminal dos Estados Unidos atinjam tão chamativos números. Isso porque, para além de todas as questões históricas e estruturais da cultura jurídica estadunidense, o alto número de acordos só se torna possível se aqueles submetidos à persecução penal optarem por alguma forma de resolução negociada. Nesse sentido, a literatura aponta, de maneira geral, que o instituto é visto pelas pessoas como uma forma de, ao ser assumida a conduta (“*plead guilty*”), ser conferido um tratamento mais brando, notadamente em termos das penas que ao final são aplicadas.<sup>205</sup>

Isso pode ser compreendido como mais um reflexo das críticas ao modelo que vimos apontando nas últimas linhas. E, ao mesmo tempo em que causa a dependência do sistema a tais soluções, levanta questionamentos acerca das razões que fazem com que tantas pessoas optem pelo caminho negocial e não pelo julgamento – incerteza quanto ao resultado, custo e diferença sobre penas potencialmente aplicadas são certamente algumas dessas razões.

---

<sup>204</sup> TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *The American Journal of Comparative Law*, Lincoln, v. 54, n. 1, p. 199-267, 2006, p. 256-267.

<sup>205</sup> Ver, por todos, ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, Berkeley, v. 69, n. 3, p. 652-730, May 1981, p. 652-653. Referido autor é bastante crítico ao *plea bargaining*, entendendo-o como irracional do ponto de vista da prestação de Justiça, mas não deixa de sublinhar os motivos racionais que levam pessoas a se submeterem às saídas consensuais. Até por essa razão o autor acaba não relacionando isso às justificativas (com as quais discorda) dos motivos frequentemente alegados para justificar um tratamento significativamente distinto para casos idênticos em que a diferença única seria ter o imputado escolhido ir a julgamento, como, por exemplo, o suposto arrependimento daquele que faz acordo: “*From the day of the first strategic guilty plea until the present, no one has been able to tell simply by examining a defendant’s plea whether or not he was remorseful*”. (p. 662).

## 2.3 MODELO ITALIANO

Seguiremos os estudos de experiências estrangeiras com o caso da Itália, que, assim como o país que será analisado na sequência (Portugal – Seção 2.4), é oriunda da tradição jurídica romano-germânica da Europa Continental. Trata-se, assim, de nação com caldo cultural mais próximo da tradição inquisitorial,<sup>206</sup> de uma persecução penal mais regulada e dirigida pelos agentes de Estado, como é típico na região, e como também vimos no Brasil.

Mudanças oriundas de um contexto internacional são particularmente interessantes de serem observadas no caso italiano. De um lado, um processo mais dirigido (e controlado) pelo Estado busca ser substituído por um mais autêntico processo de partes, com inspiração no modelo adversarial estadunidense. De outro lado, há a introdução de mecanismos de consenso no processo penal, o que abre discussões sobre o papel do órgão acusatório e, por via de consequência, a maiores espaços de *discrionarietà* ao membro do *Pubblico Ministero* em matéria criminal. A compreensão sobre essas tensões pode nos auxiliar a interpretar esses institutos colocados em um país de tradição jurídica continental e com feição unicamente disputada por muito tempo.

E essa discussão ganha especial relevo num contexto de um país que possui a “*obbligatorietà dell’azione penale*” como um dispositivo oriundo da Constituição do país. Isso significa dizer que as discussões existentes sobre o tensionamento da obrigatoriedade precisaram levar em conta a estatura da norma que era questionada. Interessantemente, de forma semelhante ao quanto discutido no âmbito da América Latina, os tensionamentos iniciais se deram em torno da necessidade de explicar o motivo de muitos delitos não serem efetivamente perseguidos, mesmo com a previsão de sua obrigatoriedade.<sup>207</sup> No momento seguinte, a

<sup>206</sup> Ver THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In. THAMAN, Stephen (Ed.) *World plea bargaining: Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 324-325. Em uma interessante categorização de direito comparado, Stephen Thaman identifica um padrão na conformação desses sistemas processuais europeus, com movimentos mais próximos de práticas inquisitoriais ao longo do século XX, o que se explica pelos movimentos históricos dos países, em parte por muitos deles terem experimentado períodos de grande instabilidade política. Longe de uma leitura maniqueísta dos movimentos históricos, o autor identifica que o movimento pela consagração dos direitos humanos nesses países resultou, em paralelo às garantias inerentes ao imputado em uma persecução penal, em possibilidades de abreviação dos caminhos para se chegar a soluções estatais.

<sup>207</sup> Nesse sentido, e com referência aos debates na América Latina, que se espelhavam também em discussões ocorridas no âmbito europeu para tecer críticas à realidade encontrada (feitas no bojo dos debates em torno do Código Modelo de Processo Penal para a região), ver MARAFIOTI, Luca. L’archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell’azione ed opportunità “di fatto”. *Cassazione Penale*, [S. I], [S. n.], p. 208-223, 1992, p. 208-210. Em especial: “*La selezioni dei casi, la trasparenza ed efficienza nell’azione penale, la responsabilità interna ed esterna ed i correlativi controlli del pubblico ministero costituiscono, tuttavia, altrettante tematiche indifferibile ed assolutamente incompatibili con l’osservanza di dogmi intangibili e con i solenni proclamazioni di principio.*” (p. 210).

discussão passou a se dar em torno da compatibilidade entre o princípio da obrigatoriedade e os mecanismos consensuais.

Em vista do foco da presente pesquisa, daremos maior foco ao aspecto do consenso introduzido nas referidas reformas legislativas, para, na sequência, apresentar os mais relevantes institutos concretamente considerados e, por fim, algumas reflexões críticas sobre as mudanças travadas em solo italiano. E, na descrição, traçaremos paralelos pertinentes, em especial com a realidade brasileira.

### 2.3.1 O surgimento do consensualismo em meio a amplas reformas legislativas

Um primeiro aspecto a se observar na tradição jurídico-processual italiana está em sua Constituição. Isso porque, é a própria Lei Maior do país que coloca de modo expresse um traço fundamental da persecução penal: a obrigatoriedade da ação penal.<sup>208</sup> Mais do que isso, referida disposição constitucional tem raiz histórica profunda, sendo associada a um processo penal democrático, pois foi introduzida como uma reação posterior ao Fascismo, quando (entre muitas outras formas de violência) os espaços de discricionariedade facultados aos agentes de Estado se transmutavam em verdadeiros arbítrios.<sup>209</sup>

Mais do que o texto constitucional da Itália, marco relevante para a compreensão do papel do consenso no país é o Código de Processo Penal de 1988. Aspecto chave para compreender o sistema italiano está em identificar a forma como foram feitas as reformas legais. Não se tratou de uma reforma qualquer, de adição de determinados institutos jurídicos, o que poderia já ser significativo. Trata-se, em paralelo à introdução de mecanismos consensuais, de mudanças com vistas a transformar o processo italiano em um autêntico processo adversarial de partes. Apesar da importância de tal aspecto, de uma busca por aproximação com a realidade estadunidense, focaremos no aspecto dos institutos de consenso – foco prioritário deste trabalho.

---

<sup>208</sup> Vale mencionar a íntegra do texto constitucional da Itália, o qual é bastante explícito no que toca à obrigatoriedade da ação penal: “*Art. 112. Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale*”.

<sup>209</sup> Ver TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 170-171. Sobre a prática no Fascismo e seu impacto nas mudanças posteriores no contexto: “*O controlo foi, com efeito, transferido do juiz para o superior hierárquico do Ministério Público, órgão dependente, na época, do poder executivo. Ora, isso permitia uma interferência do poder executivo em matérias próprias do poder judicial, o que se torna insuportável à luz dos princípios fundamentais de um Estado de Direito democrático, pois viola o elementar princípio da separação de poderes. Na prática, aquele regime acabava por possibilitar, mais do que juízos de oportunidade sobre a prossecução de uma acção penal, um verdadeiro arbítrio naquela prossecução. Isto ao sabor de interesses de conveniência político-ideológica que, já o vimos, são susceptíveis de defraudar garantias básicas dos cidadãos.*” (p. 171).

O ponto de partida são as reformas processuais conhecidas no final dos anos 1980 no país. Alimentadas por um contexto de busca por eficiência e de questionamentos internacionais acerca de excessiva demora em julgamentos dos tribunais, os reformadores na Itália buscaram aproximações mais profundas à tradição jurídica anglo-saxã,<sup>210</sup> com previsão de mecanismos típicos dos ordenamentos jurídicos de raiz adversarial. Segundo o comparatista Maximo Langer, diferentemente de outras reformas que tiveram lugar em ordenamentos jurídicos de matriz continental, os legisladores italianos tiveram maior liberdade para empreender as modificações, ou as *traduções*<sup>211</sup>, de inspiração estadunidense.

Ainda que com as muitas particularidades próprias que impulsionaram mudanças, algumas das quais mencionadas acima, o roteiro italiano para a introdução de reformas processuais não se distancia de uma marca comum que encontramos ao redor do globo: sobrecarga do sistema de Justiça,<sup>212</sup> e a consequente busca por *eficiência* que se localiza nesses momentos, levando à introdução de diferentes formas procedimentais de simplificar a persecução penal, reservando o julgamento completo para um menor número de casos.<sup>213</sup> Em tal contexto, foram introduzidas cinco diferentes formas de simplificação processual, o que dá a dimensão da variedade de soluções que o ordenamento jurídico do país conheceu nesse período. Mas o que particulariza o processo italiano, e o diferencia do brasileiro, por exemplo, é a profundidade de tais reformas legislativas, que buscaram refundar a sistemática processual até então adotada. A introdução do consenso, por certo, representou parcela relevante nesse movimento.

Trata-se de processo histórico interessante, de ao menos uma década de mudanças,<sup>214</sup> com idas e vindas, como é próprio do ambiente histórico-político, para a consolidação de um

<sup>210</sup> Ver MAFFEI, Stefano. Negotiations “on evidence” and negotiations “on sentence”: Adversarial experiments in Italian criminal procedure. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1050-1069, 2004, p. 1051. Sobre o contexto internacional, referido autor menciona decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que reconheceu a necessidade de Estados agirem para evitar a excessiva demora para o julgamento (como *Dobbertin v. France*, CEDH (1993), Série A, n. 256-D, 117). A própria Itália havia sido condenada em algumas oportunidades pela CEDH, razão pela qual seus legisladores também levaram em conta o fator conhecido internacionalmente como de “eficiência” quando das mudanças realizadas no final dos anos 1980 (PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 2, p. 429-466, 2004, p. 437-438).

<sup>211</sup> Sobre o já mencionado conceito e sua aplicação ao caso, ver LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 46-47.

<sup>212</sup> Ver TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 172.

<sup>213</sup> Ver DANIELE, Marcello; FERRUA, Pablo. Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, n. 5, p. 75-88, 2019, p. 75-76.

<sup>214</sup> Em postura crítica às mudanças experimentadas em solo italiano, com a previsão específica de contraditório na produção da prova e o aumento das hipóteses consensuais, ver SCELLA, Andrea. Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato. In: DI CHIARA, Giuseppe (ed.). *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*. Giappichelli, Torino, p. 115-131, 2009, p. 121. Em especial: “*Desta*

modelo de modificação mais profundo da sistemática processual.<sup>215</sup> E seu resultado foi um sistema que, de um lado, contempla previsão da produção de prova por meio do contraditório (marca de um sistema conflitivo de feição mais próxima do adversarial) e, de outro, permite a composição de interesses na persecução penal (marca de Justiça consensual).

A modificação no art. 111 da Constituição<sup>216</sup> do país fez com que, em sua Lei Maior, convivessem o anterior e consagrado princípio da *obrigatoriedade* com a *novel* previsão de maior liberdade às partes e, por conseguinte, menor tutela estatal em torno da solução de conflitos de índole criminal. Foram mudanças também inspiradas numa lógica que vinha sendo agasalhada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos,<sup>217</sup> e que possibilitava essa feição mais adversarial. E, da mesma forma como vimos no Brasil, houve a convivência dos diferentes modos de solução do conflito criminal – que não se excluem, mas, justamente, complementam-se.

Mais interessante é que, com a nova redação dada à Constituição, foram levantados questionamentos teóricos sobre a produção de provas em modalidade distinta daquela feita em contraditório e, mais ainda, às soluções consensuais que, por definição, possuem relação epistêmica distinta e, por vezes, opostas à lógica de produção de provas em um contexto de

---

*amarezza, pertanto, la condotta prossima alla schizofrenia del nostro legislatore che, nel volgere di pochi anni, ha dapprima esaltato la dimensione epistemica del contraddittorio e poi esteso a dismisura l'area della negoziabilità penale, quasi senza avvertire l'incoerenza del proprio agire.”* (p. 121).

<sup>215</sup> Sobre as idas e vindas, em especial sobre a disputa que tomou a Suprema Corte do país em torno das reformas, ver FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, maio/ago. 2017, p. 666-675. Ainda sobre as respostas judiciais em torno da reforma, notadamente no aspecto da definição de um devido processo legal em meio a tantas mudanças, ver PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 2, p. 429-466, 2004, p. 455-459.

<sup>216</sup> Sobre o texto Constitucional, colacionamos a atual redação do dispositivo, que deixa mais evidente a ideia de aspectos expressos de um processo de partes, introduzido pela Legge Costituzionale 23 novembro 1999, n. 2, por meio do assento constitucional do “giusto processo”. Seguem os dispositivos introduzidos pela nova redação: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragione volle durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; di sponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. [...]*”.

<sup>217</sup> *Ibit.*, p. 461. Em especial: “*These five sections of Article 111 reproduce some of the principles guaranteed in Article 6 of the European Convention of Human Rights. In essence, what Article 111 guarantees a defendant is the right to offer contradictory evidence, the right to an impartial judge, the right to a trial of a reasonable length, the right to confront and cross-examine witnesses, and the right to due process of law*” (p. 461).

juízo de interesses antagônicos.<sup>218</sup> E é sobre esse desafio que passamos a analisar a realidade italiana: em um processo legislativo de mudanças profundas, qual o papel que a obrigatoriedade da ação penal adquiriu na interpretação dos novos e crescentes institutos de consenso que foram sendo introduzidos em solo italiano.

### 2.3.2 Introdução ao consenso no processo penal: o *patteggiamento* e demais institutos no contexto da obrigatoriedade

É no contexto das profundas modificações legislativas brevemente apresentadas que se inserem as modificações que redundaram nas formas de consenso e de simplificação procedimental experimentadas no ordenamento jurídico italiano. Descreveremos sumariamente os institutos, iniciando pelo principal deles, que é o *patteggiamento*, seguido de uma apresentação das outras formas introduzidas, com o foco no modo como tais institutos foram regulamentados, sempre à luz de seu impacto no princípio da obrigatoriedade e, tanto quanto possível, fazendo paralelos com outras realidades já estudadas e, em especial, com o caso brasileiro.

Sobre o instituto da *applicazione della pena su richiesta delle parti*, prevista nos arts. 444 a 448 do Código de Processo Penal Italiano (CPPI), a que se chama de *patteggiamento*, é de se dizer que se trata do mais simbólico e relevante dos mecanismos consensuais encontrados em solo italiano, bem como o mais antigo deles. Como registro histórico, há de se sublinhar que um antecedente do hoje conhecido *patteggiamento* estava presente na Lei n. 689/1981, em que, por meio de requerimento da defesa e anuência da acusação, poderia o magistrado aplicar uma alternativa à pena (corporal). Essa hipótese era restrita a um rol pequeno de crimes e foi revogada com a promulgação do CPPI,<sup>219</sup> dando corpo ao formato mais atual do instituto.

<sup>218</sup> Ver SCELLA, Andrea. *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato*. In: DI CHIARA, Giuseppe (ed.). *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*. Giappichelli, Torino, p. 115-131, 2009, p. 116-120. Especialmente: “*In altre parole, accogliere senza alcun temperamento la premessa secondo la quale è prova esclusivamente quella che le parti elaborano in contraddittorio avrebbe significato non soltanto determinare la sopravvenuta illegittimità costituzionale di vasti settori del sistema, ma pure impedire anche per il futuro il ricorso a meccanismi di semplificazione del processo penale*”. (p. 116).

<sup>219</sup> Ver MAFFEI, Stefano. Negotiations “on evidence” and negotiations “on sentence”: Adversarial experiments in Italian criminal procedure. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1050-1069, 2004, p. 1053). Pela importância histórica, transcrevemos a disposição presente na referida legislação, precedente interessante de introdução do consenso na Itália: “*Art. 77. Nel corso dell'istruzione e fino a quando non sono compiute per la prima volta le formalità di apertura del dibattimento, il giudice, quando ritiene, in seguito all'esame degli atti e agli accertamenti eventualmente disposti, che sussistono elementi per applicare per il reato per cui procede la sanzione sostitutiva della libertà controllata o della pena pecuniaria può disporre con sentenza, su richiesta dell'imputato e con il parere favorevole del pubblico ministero, l'applicazione della sanzione sostitutiva, con esclusione di ogni pena accessoria e misura di sicurezza, ad eccezione della confisca nei casi previsti dal secondo comma dell'articolo 240 del codice penale. In tal caso,*

Acerca do instituto em si, vale mencionar que se trata de uma alternativa ao processamento ordinário na qual é imposta uma sanção ao sujeito, colocando-se fim à persecução penal. Mais do que isso, a proposta apenas é feita se de comum acordo entre o representante do órgão acusatório e o particular imputado, sendo aplicável a um número restrito de delitos, e desde que a sanção estipulada seja distinta da pena corporal.<sup>220</sup> Com isso, o Código de Processo Penal Italiano conta com a previsão de um mecanismo que, de forma mais regrada, com a delimitação mais específica acerca das hipóteses de cabimento e dos efeitos possíveis, faculta que o processamento ordinário não ocorra, aplicando-se desde logo uma *sanção acordada* entre as partes do processo. Trata-se de um instituto que substitui a regular instrução processual, sendo, em regra, um antecedente à disputa.

Embora possamos buscar paralelo com a realidade brasileira, entendemos não ser uma relação propriamente direta entre os mecanismos consensuais encontrados. É fato que o instituto é regulado, com hipóteses de incidência bem estabelecidas, como é típico de ordenamentos jurídicos de tradição continental (Brasil e Portugal, como exemplos). Entretanto, uma primeira importante diferença no caso do *patteggiamento* italiano se dá no que toca ao momento processual em que pode ser proposto. Isso porque, embora o momento por excelência para a apresentação de uma proposta de acordo seja por ocasião da audiência preliminar, pode haver tal proposição antes disso, quando do inquérito (“*indagini preliminari*”).<sup>221</sup> Isso demonstra uma flexibilidade que chama a atenção, pois faculta às partes um poder de disposição antes do início do processo penal em juízo. No caso brasileiro, os momentos processuais são em regra bem estabelecidos, com uma flexibilidade maior encontrada no acordo de imunidade processual na colaboração premiada – que conta, da mesma forma, com um limite máximo expressamente estabelecido pela legislação de regência.

Embora, à primeira vista, essa característica pudesse indicar uma maior *discricionarietà* da parte do Ministério Público, isso não se verifica na experiência italiana.

---

*con la stessa sentenza, dichiara estinto il reato per intervenuta applicazione della sanzione sostitutiva su richiesta dell'imputato. Nella determinazione e nell'applicazione della sanzione sostitutiva si osservano le disposizioni della Sezione I di questo Capo. La sentenza produce i soli effetti espressamente previsti nella presente Sezione. Contro la sentenza è ammesso soltanto ricorso per cassazione.”*

<sup>220</sup> Em vista da relevância do instituto para o ordenamento jurídico italiano, vale reproduzir o quanto disposto na lei de regência, que é o art. 444 do CPPI: “1. *L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria”.*

<sup>221</sup> Ver ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 221-229, 2013, p. 225. Referimo-nos aqui ao momento processual ordinário para a proposta de *patteggiamento*, certo que, com relação aos procedimentos especiais (nos quais também cabem acordos), há outros momentos expressamente estabelecidos pela lei processual italiana.

Isso porque o benefício oriundo do acordo pode ser concedido, ao final, mesmo sem a concordância da parte do Ministério Público.<sup>222</sup> Isso não significa que a posição do órgão ministerial não possui importância, nem que esse tipo de intervenção judicial seja comum, mas, tal possibilidade existe, e é facultada expressamente pela lei processual de regência.<sup>223</sup> Na comparação com o caso brasileiro, chama atenção a solução adotada em solo italiano, pois, em nosso país, mesmo que o magistrado entenda descabida a não propositura de um acordo, não pode ele simplesmente aplicá-lo à revelia de seu titular.<sup>224</sup> Mesmo que ao órgão acusatório caiba mais amplos poderes em termos do momento em que podem ser propostas saídas consensuais, é notável a sua menor disposição em termos de influência quanto ao resultado estabelecido pelo acordo processual. Embora regidos por um princípio com o mesmo nome (*obrigatoriedade* e *obbligatorietà* da ação penal), e que dispõe de assento constitucional no caso italiano, entendemos que há diferenças importantes na prática processual nesses dois países, implicando distintas interpretações dos papéis atribuídos aos sujeitos e à própria forma de realização da persecução penal.

Outro traço do *patteggiamento* diz respeito à ausência de assunção de culpa pelo imputado ou de estabelecimento dessa culpa por parte dos agentes de Estado. Para além de ser parametrizado e pouco flexível à vontade do representante do Ministério Público, o *patteggiamento* também se notabiliza por não ter como exigência a discussão acerca da existência de culpa.<sup>225</sup> Embora se equiparem os efeitos do sancionamento judicial a uma

<sup>222</sup> ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 221-229, 2013, p. 226. Em especial: “Mas se o Pubblico Ministero não der o seu acordo (justificando a sua posição), o juiz deverá então proceder à produção da prova arrolada pela acusação e só ao final apreciar se as razões apresentadas pelo Ministério Público são ou não procedentes. Se considerar que a oposição é injustificada, o juiz profere sentença de acordo com a proposta feita pelo arguido. Nesse caso, porém, o Ministério Público tem o direito de recorrer. Sendo que este é o único caso em que se prevê a possibilidade de recurso de apelação da sentença de *patteggiamento*. Nos demais casos a sentença é definitiva, podendo apenas ser impugnada perante a Corte di Cassazione, por razões de legitimidade” (p. 226).

<sup>223</sup> Da redação do CPPI: “Art. 448. *Provvedimenti del giudice*. 1. *Nell'udienza prevista dall'articolo 447, nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice, se ricorrono le condizioni per accogliere la richiesta prevista dall'articolo 444, comma 1, pronuncia immediatamente sentenza. Nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza. La richiesta non è ulteriormente rinnovabile dinanzi ad altro giudice. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta.*”.

<sup>224</sup> Ver as soluções interpretativas à realidade processual brasileira que explanamos em detalhes no Capítulo 6. Adianta-se, desde logo, que ao juiz nunca caberá se substituir ao papel do membro do Ministério Público.

<sup>225</sup> Nesse sentido, a doutrina aponta essa característica como definidora do instituto, que não se vale de uma apreciação sobre a culpabilidade, justamente pelo fato de, à diferença do juízo sumário (em que se antecipa o julgamento), no *patteggiamento* existir o pretérito acordo sobre a sanção a ser efetivamente aplicada. Ver DANIELE, Marcello; FERRUA, Pablo. Venti di riforma dell'udienza preliminare e del *patteggiamento*: un subdolo attacco al processo accusatorio. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, n. 5, p. 75-88, 2019, p. 82-83. Em especial: “*Appare, quindi, del tutto illusoria l'idea – che periodicamente torna ad affiorare - di*



sentença, não se pode dizer que existe a mesma análise meritória de um processo submetido à completa instrução processual em comparação àquele alvo de um acordo processual.<sup>226</sup> A somatória dessas características pode indicar uma tentativa de se preservar uma ideia de processo mais palatável à cultura jurídica do país.<sup>227</sup> Isso mesmo em um contexto de relevantes modificações legislativas (ver Seção 2.3.1), demonstrando uma vez mais que mudanças que desmontem de uma única vez toda uma construção cultural de processo não são simples de se realizar.

O *patteggiamento* possui, naturalmente, uma importância na Itália, tendo gerado, inclusive, discussões sobre a natureza jurídica da sanção imposta em tal procedimento, além de sua compatibilidade com os demais ideais do processo penal, notadamente por conta do apenamento lastreado no acordo das partes.<sup>228</sup> Para além da inegável relevância local, é possível extrapolar os efeitos que sua introdução nesse ordenamento jurídico gerou. Isso porque sua instituição seguiu um modelo posteriormente replicado em outros países de tradição jurídica do

---

*introdurre nel patteggiamento una pretesa di accertamento della colpevolezza. Il patteggiamento – intendendosi per tale l'istituto nel quale l'imputato con l'accordo dell'accusa chiede l'applicazione della pena – è e resterà sempre un rito essenzialmente anti-cognitivo, a meno di stravolgerne l'essenza, trasformandolo in una versione peggiorata del giudizio abbreviato, priva anche del semplice contraddittorio sulla prova. La sua caratteristica tipica e, in un certo senso, la sua forza stanno proprio nell'essere anti-cognitivo, ossia nel non pretendere di 'provare', ma nel reggere sul potere dispositivo dell'imputato, assunto come persona pienamente responsabile delle sue scelte (benché nei fatti a negoziare sia, più che l'imputato, il difensore)."* (p. 83).

<sup>226</sup> Ver ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 221-229, 2013, p. 227-228. Sobre o trecho de lei mencionado, do CPPI: “Art. 445 *Effetti dell'applicazione della pena su richiesta*. [...] *1-bis. Salvo quanto previsto dall'articolo 653, la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna.*”

<sup>227</sup> Ver LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. p. 50-51. Sobre a ausência de admissão de culpa, interessante notar como o comparatista qualifica essa questão como de relevo para aproximar o sistema italiano até então existente com as mudanças que seriam realizadas e, com isso, distanciar o instituto do mais conhecido mecanismo consensual estadunidense, que é o *plea bargaining*: “*This decision not to introduce an explicit admission of guilt with the patteggiamento is another reflection of due process concerns. The drafters feared that an admission of guilt would undermine the presumption of innocence guaranteed to all defendants in the Italian Constitution. In this sense, the absence of an explicit admission of guilt makes the Italian patteggiamento more similar to U.S. negotiations about nolo contendere than about guilty pleas*” (p. 51).

<sup>228</sup> DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1018-1039, 2004, p. 1025-1026. Veja-se, sobre a dificuldade de compatibilização de valores negociais com princípios aplicáveis até então ao processo italiano, porque: “[...] *would contradict the ingrained belief that the development of evidence before the court – according to burden of proof rules and with the active participation of the judge – constitutes an ineluctable prerequisite for the judgement of conviction. Faced with this difficulty, Italian lawmakers were driven to muddy the waters somewhat, by providing that negotiated guilty pleas lead to a sui generis judgements, analogous to (but not identical with) that of conviction.*” (p. 1025-1026). Para reforçar seu argumento, o autor menciona o artigo de lei (CPPI, art. 445), que aqui reproduzimos em seu dispositivo mais relevante: “*1-bis. Salvo quanto previsto dall'articolo 653, la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna*”.

*civil law*: o estabelecimento taxativo e expresso de descontos no sentenciamento de determinado crime quando o imputado renuncia ao processamento ordinário do caso (com todas as garantias a ele inerentes).<sup>229</sup>

Existe, ainda, algum tipo de comparação, e mesmo de tentativa de aproximação, deste instituto com o *plea bargaining* (ver Seção 2.2.2.1), vez que, frente a uma conduta que em tese justifica a tutela penal, há um acordo sobre a pena a ser aplicada, firmado entre o imputado e o responsável pelo órgão acusatório. Se alguma semelhança há, seria com o instituto do *nolo contendere*, que não conta com a admissão de culpa, mas implica resolução antecipada da contenda.<sup>230</sup> Todavia, são muito maiores as diferenças entre os dois modelos de solução de conflito, pois o acordo não se presta a todos os delitos previstos no ordenamento jurídico, estando restrito às pequena e média criminalidades (crimes com penas que não superem 5 anos).<sup>231</sup> O instituto estadunidense se notabiliza pela sua aplicação ampla, que não conhece limites em razão dos crimes que eventualmente se encontrem em discussão. Sua aplicação é tão ampla na realidade dos EUA justamente pela sua versatilidade, de aplicação alastrada nas diferentes formas de criminalidade, o que contrasta com o modelo italiano (e Europeu

<sup>229</sup> Ver THAMAN, Stephen A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In. THAMAN, Stephen (ed.) *World plea bargaining: Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 351. Aqui, a principal oposição é com o modelo estadunidense, no qual os acordos entre acusação e particular firmados não possuem uma taxatividade legal ou codificada. Isso porque, embora não se ignore a existência dos *Federal Sentencing Rules*, há uma leitura por parte da doutrina de que, na prática, tais sugestões não são necessariamente respeitadas na ponta, quando os acordos efetivamente são firmados (em especial p. 350-351). Em sentido semelhante, Antonio Scarance Fernandes compara as soluções adotadas nos Estados Unidos com aquelas dos países da Europa Continental, sendo central para sua compreensão a maior liberdade de atuação dos representantes do órgão acusatório no contexto estadunidense: “*Nos Estados Unidos, afirmada a via do acordo em matéria criminal pela jurisprudência, a evolução foi no sentido de dotar o Ministério Público de amplos poderes para obter a concordância do acusado, sendo sua atuação autorizada e avalizada pelo Supremo Tribunal Federal. Em síntese, o Ministério Público tem, nos Estados Unidos, maior liberdade nas opções e nas propostas de transação com o acusado e seu advogado, enquanto nos países europeus, presos tradicionalmente a regras procedimentais mais rígidas, a solução acordada deve ser feita dentro dos limites previamente estabelecidos pelo legislador*”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 187-188).

<sup>230</sup> No sentido de sugerir tal comparação, ainda que marcando as relevantes diferenças, notadamente no que toca à forma de resolução de conflitos e da rigidez existente à atividade do membro do Ministério Público, ver VAN CLEAVE, Rachel A. An offer you can't refuse - punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient Criminal Justice System. *Emory International Law Review*, [Atlanta], v. 11, p. 419-469, 1997, p. 457-459. Em especial: “*In contrast, the Italian Code of Criminal Procedure does not require that the defendant admit guilt, (perhaps more analogous to a plea of nolo contendere in the United States), but provides a statutorily prescribed one-third sentence reduction for exercising such an option. Further, since the Code of Criminal Procedure specifically provides for one-third sentence reduction, the parties engage in little bargaining directly. Given the limits on prosecutorial discretion, prosecutors in Italy cannot agree not to pursue certain charges against the defendant.*” (p. 458).

<sup>231</sup> Ver TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 176. Vale registrar que o limite máximo de pena em abstrato para permitir o *patteggiamento* foi alterado (aumentado) ao longo dos anos, certo que, na época em que o texto em referência foi escrito, a pena máxima ainda era de 2 anos.

Continental) de restringir a incidência de tais hipóteses por lei. Além disso, como já registrado, na Itália, a recusa injustificada de propositura do acordo pelo MP pode ser controlada pelo juiz, o qual pode aplicar, ao final, o benefício (acaso repute injustificáveis as razões invocadas),<sup>232</sup> além de tal magistrado ter também o poder de absolver o sujeito imputado.<sup>233</sup> Essas suas características aproximam o instituto de um modelo mais regulado típico de países de *civil law*.

Apresentado o principal representante do consenso italiano, seguimos com outros mecanismos associados a algum grau de consenso. O já referido Código de Processo Penal Italiano inaugura diferentes saídas voltadas ao consenso e à simplificação processual. O *patteggiamento*, por certo, é o mais relevante deles, mas não foi o único previsto. Nas linhas abaixo nos ocuparemos das outras formas encontradas pelo legislador italiano para prever mecanismos que conferiam maior celeridade e simplificavam o julgamento criminal.

Sobre os institutos em si, podemos apresentar o *giudizio direttissimo* (CPPI, arts. 449 a 452, o *juízo diretíssimo*) e o *giudizio immediato* (CPPI, arts. 453 a 458, o *juízo imediato*),<sup>234</sup> como procedimentos (com ligeiras diferenças) que redundam em um julgamento mais célere, o que ocorre pela simplificação procedimental, isto é, pela dispensa de uma mais alongada instrução processual. Há ainda o *procedimento per decreto* (CPPI, arts. 459 a 464, o *procedimento por decreto penal*, também conhecido como *monitório*), aplicado pelo MP em casos nos quais a pena requerida é apenas de multa simples, ocorrendo desde logo a análise judicial e, apenas posteriormente, o sujeito imputado é citado para manifestar o seu possível aceite da solução proposta. Por se tratarem de simplificações procedimentais, e não propriamente de saídas consensuais, faremos apenas esse breve registro.

Há, também das previsões originais do Código de Processo Penal Italiano, o *giudizio abbreviato* (CPPI, arts. 438 a 443, o *juízo abreviado*), instituto que envolve participação direta e ativa do sujeito imputado para a realização do consenso.<sup>235</sup> Isso porque o referido mecanismo

<sup>232</sup> Ver VAN CLEAVE, Rachel A. An offer you can't refuse - punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient Criminal Justice System. *Emory International Law Review*, [Atlanta], v. 11, p. 419-469, 1997, p. 449-450.

<sup>233</sup> Ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, p. 435-453, 2015, p. 446.

<sup>234</sup> Sobre o *juízo imediato*, vale o registro de que, a partir da reforma promovida em 1999, o sujeito imputado ganhou maior autonomia na simplificação procedimental, podendo optar por tal caminho, mesmo sem a anuência do Ministério Público, o que torna o instituto algo mais próximo de uma autêntica estratégia de defesa (*Ibid.*, p. 444-445.).

<sup>235</sup> Conforme resta claro da previsão legal no CPPI, a iniciativa é do sujeito e o Ministério Público deve apenas se mostrar de acordo. Veja-se: “Art. 438. *Presupposti del giudizio abbreviato*. 1. *L'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e all'articolo 441, comma 5. 1-bis. Non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo*. 2. *La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422*. 3. *La volontà dell'imputato è espressa personalmente*

de julgamento abreviado ocorre apenas a partir de seu requerimento, seguido, então, da concordância do órgão acusatório, para que o caso seja decidido na própria audiência preliminar, dispensando-se, assim, a instrução processual (*dibattimento*) que se seguiria.<sup>236</sup> Em se conformando o consenso, há o julgamento antecipado do processo, com o parâmetro fixado de redução de um terço da pena, em caso de se decidir pela sua condenação.<sup>237</sup> Como se vê, esse é um instituto que possui como característica marcante a iniciativa do sujeito imputado,<sup>238</sup> que é decisiva para que se abrevie o caminho processual. Mais do que isso, podemos qualificar essa hipótese como uma autêntica *estratégia de defesa*, que é mobilizada se e quando interessar ao acusado abreviar a instrução para que se proceda desde logo ao julgamento. Não vemos paralelo com mecanismos previstos em solo brasileiro, até porque os procedimentos a serem adotados em nosso país são delimitados por lei, não havendo espaço para tais decisões facultadas às partes. De todo modo, vale o registro de que no acordo de imunidade na colaboração premiada há o único exemplo de instituto de consenso brasileiro que conta com iniciativa do sujeito imputado para que, após, a análise por parte dos agentes de Estado possa ser feita.

Além dessas saídas consensuais, devemos fazer referência a uma nova modalidade de instituto criada anos após a promulgação do CPPI (por meio da Lei n. 67/2014), que indica a já mencionada tendência de expansão de tais modalidades de resolução de conflito na Itália. Fazemos referência à *sospensione del procedimento con messa alla prova* (CPPI, arts. 464-bis a 464-novies, a *suspensão do processo condicionada à prova*), que prevê a suspensão da persecução penal, dando lugar ao cumprimento de determinadas condições pelo sujeito imputado. O paralelo mais evidente é com o instituto brasileiro da suspensão condicional do processo,<sup>239</sup> pois implica busca de resolução mais expedita a crimes de média complexidade

---

*o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3. [...] Art. 439. Richiesta di giudizio abbreviato. 1. La richiesta è depositata in cancelleria unitamente all'atto di consenso del pubblico ministero almeno cinque giorni prima della data fissata per l'udienza."*

<sup>236</sup> Trata-se de descrição da sistemática atual do instituto. Para uma análise das modificações desde a sua previsão inicial, ver MAFFEI, Stefano. Negotiations "on evidence" and negotiations "on sentence": Adversarial experiments in Italian criminal procedure. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1050-1069, 2004, p. 1057-1059.

<sup>237</sup> Ver TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 173-175.

<sup>238</sup> Sobre o papel do sujeito imputado, em contraste com a ação do membro do MP nessa forma de consenso prevista em solo italiano, que consiste numa barganha sobre o procedimento a ser adotado, ver VAN CLEAVE, Rachel A. An offer you can't refuse - punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient Criminal Justice System. *Emory International Law Review*, [Atlanta], v. 11, p. 419-469, 1997, p. 450-451.

<sup>239</sup> Ver VASCONCELLOS Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio Janeiro, v. 15, n. 15, p. 435-453, 2015, p. 444.

por meio do cumprimento de dadas condições. Mais do que a semelhança com um instituto específico, o paralelo mais interessante de se mencionar está na ampliação de um instituto de consenso, como um indicativo de que a lógica consensual se incrustou no sistema italiano – da mesma forma como ocorrido em solo brasileiro, fazendo com que as ulteriores interpretações levem em conta esses diferentes modos de solução.

### 2.3.3 Críticas ao consenso em solo italiano

Quando do estudo dos mecanismos de consenso, esbarramos em críticas realizadas ao seu uso em solo italiano. Neste tópico, focaremos na apresentação de questionamentos de duas ordens: judiciais, levadas a termo em julgamentos realizados pela Corte Constitucional italiana, e acadêmicas. Em ambos os casos, o foco está na adequação de uma lógica de consenso em território italiano, levando em consideração os efeitos do princípio da obrigatoriedade que então reinava no país – mesmo que tal princípio já estivesse, preteritamente, envolto de críticas de ordem pragmática.<sup>240</sup>

Em primeiro lugar, passamos aos posicionamentos externados pela Suprema Corte do país sobre a matéria.<sup>241</sup> No que toca ao principal questionamento da própria lógica de consenso, temos o Julgamento 66/1990.<sup>242</sup> Em razão do histórico de revisão judicial de atuação mais controlada do membro do MP, por conta da obrigatoriedade da ação penal, a Corte Constitucional decidiu, em busca da igualdade de tratamento entre os sujeitos imputados, pela possibilidade de revisão do precoce ato do órgão acusatório de encerrar as negociações, podendo haver superação de tal decisão nos casos em que tal atitude se mostrar injustificada. Trata-se de um aspecto típico da lógica inquisitorial (de controle judicial mais robusto) sendo aplicado em solo italiano, desta vez no contexto do consensualismo.

Em outra manifestação judicial relevante, no Julgamento 88/1991,<sup>243</sup> há também elementos interessantes que compõem o mosaico das dificuldades de interpretação geradas num ordenamento jurídico em mudanças. Como ocorrido em outros sistemas, o princípio da obrigatoriedade é questionado em tal contexto. E, quando da apreciação judicial realizada pela Suprema Corte no referido caso, restou marcado que a obrigatoriedade há de ser exercida pelo

---

<sup>240</sup> Ver MARAFIOTI, Luca. L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità "di fatto". *Cassazione Penale*, [S. I], [S. n.], p. 208-223, 1992, p. 208-214.

<sup>241</sup> Ver MAFFEI, Stefano. Negotiations "on evidence" and negotiations "on sentence": Adversarial experiments in Italian criminal procedure. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1050-1069, 2004, p. 1053-1054.

<sup>242</sup> Ver Corte Constitucional da Itália, Julgamento 66/1990.

<sup>243</sup> Ver Corte Constitucional da Itália, Julgamento 88/1991.

Ministério Público, sempre que houver elementos mínimos que deem conta da existência de delitos em potencial.<sup>244</sup> Referida (re)afirmação se reveste de importância num contexto de surgimento das saídas consensuais, mas não resolve o problema dos critérios a serem utilizados pelos membros do órgão acusatório quando da decisão sobre acusar ou deixar de acusar. Daí porque, desde então, existem discussões em torno da doutrina italiana acerca de possibilidades de maior transparência e controle acerca de tais critérios.<sup>245</sup> Essa é uma discussão que possivelmente se aprofunde quando da introdução de mecanismo de consenso, mas que dela não depende. No Brasil, há questionamentos acerca da obrigatoriedade da ação penal que precedem a introdução das primeiras reformas que trouxeram a transação penal e a suspensão condicional do processo, justamente em torno de quais seriam os critérios utilizados na apreciação do caso concreto. Vale registrar o relevante aspecto da igualdade (ou isonomia) na persecução penal que esse tipo de debate carrega.

É fato que, mesmo com os desafios existentes de adaptação a uma ordem jurídica e os questionamentos judiciais, os institutos introduzidos na Justiça Italiana acabaram tendo um aumento em sua importância ao longo dos anos. Isso possivelmente indique que sua formatação se mostrou aderente a muitos valores e princípios antes existentes no referido país.<sup>246</sup> Ainda que essas mudanças profundas necessariamente provoquem reações, até porque valores relevantes foram modificados. Nesse sentido, é interessante observar a maior facilidade de

---

<sup>244</sup> Ver VALENTINI, Cristiana. L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di uguaglianza. In: DINACCI, Filippo Raffaele (a cura di). *Processo penale e costituzione*. Giuffrè: Milano, 2010, p. 129-131. Em especial: “*La Consulta non avrebbe potuto essere più chiara: l'art 112 Cost. scrive confini piuttosto precisi allo spatium agendi proprio del legislatore, obbligandolo a non delineare fattispecie processuali improntate all' Opportunitätsprinzip, e per di più detta chiare le sue esigenze anche alla prassi quotidiana delle Procure e del Tribunali: in caso di dubbio l'azione penale dev'essere esercitata e non omessa. Il secondo snodo argomentativo della Corte è fondamentale per la comprensione della materia: dire che il limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che l'instaurando processo non risulti oggettivamente superfluo, significa dire, anzitutto, che il concetto di obbligatorietà se autodelimita, apparendo come un non sense tutte le volte in cui il p.m. intenda esercitare un'azione la cui sorte è pianamente prevedibile, per infondatezza della notizia o per strutturale carenza di prove del fatto storico realmente accaduto.*” (p. 131).

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 151. Interessante notar que a sugestão principal se dá em torno do estabelecimento de *guidelines*, que poderiam contribuir com a transparência, assim como com a igualdade na apreciação da persecução penal.

<sup>246</sup> Segundo os dados mencionados por Michael Vitiello, se, em 2004, 85% dos casos criminais iam a julgamento ordinário, em 2012 a cifra de casos que envolvem algum tipo de consenso ficou em 34% (VITIELLO, Michael, *Bargained for justice: lessons from the Italians*. *University of the Pacific Law Review*, Sacramento, v. 48, p. 247-263, 2017, p. 262.). Sobre as características do sistema italiano que foram preservadas mesmo com a introdução de mudanças significativas, em especial os mecanismos de consenso, afirma o referido autor: “*Insofar as the Italian system provides defendants with speedy trials, the reforms to the Italian system are a success. But rapidly increasing rates of cases that the parties resolve through bargaining raises questions. I have not observed the Italian system in action and have not found scholarly accounts of how bargaining works on the ground in Italy. At least as drafted, Italian law continues important guarantees that prevent abusive prosecutorial overreaching. Prosecutors must explain their reasons for refusing bargains—decisions that judges must review. In theory, that is an important check on abuse. Jurisdictions in the United States provide far fewer checks on plea-bargaining.*” (p. 262).

aceitação de modificações pragmaticamente úteis para alguns delitos, mas resistência maior para a ampliação de institutos já existentes quando aplicados a delitos mais graves.<sup>247</sup>

Como restou claro, a realização de reformas não é simples. Havia valores em conflito com as novas formas de se fazer Justiça, o que se explica pela tradição jurídica italiana, que se chocaria com um modelo exatamente igual ao do *plea bargaining*, como: espaço de liberdade extrema ao Promotor de Justiça, em um sistema jurídico em que vige a obrigatoriedade da ação penal; apego à presunção de inocência e necessidade de alguma prova de culpa para justificar punição estatal; além de proporcionalidade entre a punição existente e o ato efetivamente praticado.<sup>248</sup>

Essas diferenças de cultura jurídica explicam a razão pela qual um modelo de extrema liberdade de negociação não foi adotado. Mais do que isso, mesmo um modelo regulado, como é o italiano, sofreu questionamentos relevantes e teve de ser adaptado à tradição jurídica do país. Parte do quanto se conhece e se aplica à lógica disputada também operou, em alguma medida, na lógica consensual. Nesse sentido, Stefano Maffei aponta que o controle dos atos em um ambiente de consenso se reveste de importância grande, de forma a evitar distorções possíveis e identificadas em um ambiente de negociação.<sup>249</sup> Por meio dele, são garantidos os direitos fundamentais do sujeito imputado, de modo a se verificar *voluntariedade e legalidade* do ato, evitando a já mencionada prática de coação, que pode tomar corpo em tal ambiente.<sup>250</sup>

Veja-se que esses receios exibidos pelas regras identificadas pela doutrina em solo italiano não se distanciam muito do quanto encontramos em outros locais, notadamente de

---

<sup>247</sup> Ver DANIELE, Marcello; FERRUA, Pablo. Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, n. 5, p. 75-88, 2019, p. 87-88. Em especial: “*Nella fascia dei reati di ridotta gravità, specie quando si tratta di applicare una pena pecuniaria o una pena detentiva soggetta a sospensione condizionale, il deficit conoscitivo e, quindi, il rischio di errore giudiziario può in qualche modo ritenersi compensato dai sensibili vantaggi in termini di economia; non così nella fascia di media o elevata gravità, dove il medesimo rischio risulta inaccettabile. Oggi la pena da concordare, al lordo dello sconto di un terzo, può raggiungere sette anni e sei mesi; e, supponendo la concessione delle generiche o, comunque la prevalenza di attenuanti, diventa negoziabile un elevato numero di reati, con la possibilità che confluisca nel rito deflattivo la maggioranza dei procedimenti. Elevare ulteriormente la soglia di ammissibilità del patteggiamento esporrebbe a forte rischio la funzione cognitiva del processo specie dove appare decisamente preminente l'interesse ad una corretta ricostruzione del fatto di reato.*” (p. 87). Os autores, ao longo do texto, questionam a forma como essas mudanças podem impactar na própria função que se atribui ao processo penal de forma geral.

<sup>248</sup> Ver VITIELLO, Michael. *Op. cit.*, p. 259-261. O autor lista essas divergências com uma visão de que a simples introdução de institutos similares àqueles dos EUA em um país com a tradição italiana, e com um sistema de Justiça continental estabelecido, não seria (como não foi) simples e ausente de questionamentos e adaptações realizadas.

<sup>249</sup> Ver MAFFEI, Stefano. Negotiations “on evidence” and negotiations “on sentence”: Adversarial experiments in Italian criminal procedure. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1050-1069, 2004, p. 1065.

<sup>250</sup> MAFFEI, Stefano. Negotiations “on evidence” and negotiations “on sentence”: Adversarial experiments in Italian criminal procedure. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1050-1069, 2004, p. 1065-1067.

tradição jurídica semelhante. O receio de que uma sanção acordada possa gerar distorções em prejuízo do sujeito imputado é um traço comum, e que é atacado de diferentes formas nas realidades vistas. No caso italiano, com um verdadeiro acordo sobre a sanção aplicada – em um expediente de maior liberdade do que o identificado no Brasil, em nossa leitura – é relevante notar a importância dada a formas de controle sobre como essas negociações se dão. Isso demonstra que, muito embora se vislumbre um aumento nas hipóteses de consenso, e mesmo o alargamento de institutos já existentes, tal expansão não se dá sem uma preocupação com o seu controle. Paralelo interessante que podemos traçar é com o instituto da colaboração premiada (tanto do acordo de imunidade quanto nas suas demais modalidades) em solo brasileiro que, previsto originalmente em 2013 e largamente utilizado, conheceu relevantes mudanças alguns anos depois, todas no sentido de melhor regulamentar o instituto e limitar as suas hipóteses de incidência.<sup>251</sup>

Por fim, devemos mencionar uma vez mais o aspecto da obrigatoriedade da ação penal em torno da realidade jurídica italiana. Verifica-se que as discussões sobre o alcance deste princípio precedem o surgimento do consenso.<sup>252</sup> De toda forma, podemos dizer que elas foram ressignificadas por conta desse fenômeno, quando a lógica unicamente disputada foi substituída pela possibilidade dos acordos processuais. E, com isso, sobre a existência de espaços de escolha por parte do representante do órgão acusatório não mais em torno de arquivar ou prosseguir com a persecução penal, mas sobre o *modo* de resolver o conflito de índole penal. Pelo que se apreende dos debates doutrinários e das leis criadas, a forma regulamentada dos mais distintos institutos criados parece caminhar num sentido de *poder-dever* a ser observado pelo órgão acusatório. Caminho esse que, com as diferenças típicas entre as legislações de diferentes países, foi também adotado por Portugal e pelo Brasil. E, naturalmente, verifica-se um afastamento da lógica do princípio da oportunidade (maior liberdade acusatória)<sup>253</sup>, da forma existente no exemplo estadunidense.

---

<sup>251</sup> Para uma análise aprofundada das reformas empreendidas no referido instituto, ver Seção 4.3.1.2.

<sup>252</sup> Sobre a discussão do alcance do princípio da obrigatoriedade e dos poderes do Ministério Público e de seu controle em torno do arquivamento da persecução penal, ver CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Notas sobre a perene crise do princípio de obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 118-149, 2017. Em especial: “Paradoxalmente, o princípio de obrigatoriedade da ação penal, concebido como expressão do princípio de igualdade, uma vez aplicado corre o risco de determinar desigualdades de disciplina entre os cidadãos. Assim interpretado, parece-se impedir uma regulamentação a nível central dos critérios de prioridade, deixando que cada procurador estabeleça discricionariamente os próprios critérios. Desta forma, o atual regime determina a substancial subtração ao controle democrático de verdadeiras escolhas de política criminal tanto em nível nacional como internacional.” (p. 122).

<sup>253</sup> O afastamento entre os modelos genericamente considerados não implica a impossibilidade de aprendizado ou de inspiração no exemplo estadunidense. Como exemplo, encontramos discussões acerca da falta de transparência e regulamentação acerca da atividade acusatória mesmo diante do princípio da obrigatoriedade



## 2.4 MODELO PORTUGUÊS

Como última experiência estrangeira a ser analisada, temos o caso de Portugal, que teve uma introdução de mecanismos consensuais gradual, sem mudanças abruptas no seu sistema processual penal, ainda que o princípio da obrigatoriedade tenha sido tensionado com a presença de mecanismos que fugissem da lógica (antes única) da disputa para a solução de conflitos de índole criminal.

Em termos gerais, o sistema processual português guarda semelhanças com o brasileiro, seguindo o modelo de tradição romano-germânica, e se caracterizando como inquisitorial (em contraponto a um modelo adversarial), com o Estado como ator principal na administração da Justiça, em busca da verdade material. Com isso, o exercício da ação penal é função privativa do Estado, na figura da instituição do Ministério Público, segundo previsão constitucional (Constituição da República Portuguesa, artigo 219, nº 1).<sup>254</sup>

Mais do que isso, segundo o próprio texto constitucional anteriormente mencionado, há de se considerar o *princípio da legalidade* como pilar fundamental de todo o processo penal genericamente considerado. Segundo se entende de tal conceito por seus intérpretes, o MP seria obrigado a proceder à acusação por todas as infrações (assim consideradas pela verificação de seus pressupostos mínimos) de que tiver conhecimento,<sup>255</sup> estando esta *obrigatoriedade* regulamentada pelos artigos 262 e 283, nº 1 e 2, todos do Código de Processo Penal Português

---

na Itália, recorrendo-se ao exemplo dos EUA como uma possibilidade de se pensar em meios de conferir transparência e clareza para as escolhas concretas formuladas pelos representantes do MP. Nesse sentido ver MARAFIOTI, Luca. L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità "di fatto". *Cassazione Penale*, [S. I], [S. n.], p. 208-223, 1992. Em especial: "*Nello specifico statunitense, le guidelines rappresentano un modo per imbrigliare una prassi ispirata al vigente canone di opportunità; nell'esperienza tedesca, in quella italiana, nonché, in quella latinoamericana, caratterizzate da un principio-base opposto, le direttive potrebbero, all'inverso, costituire i criteri-guida per una più trasparente deroga al canone di obbligatorietà proprio nel momento cruciale della decisione di non procedere.*" (p. 222).

<sup>254</sup> Da redação do texto constitucional: "Art. 219. (Funções e estatuto) 1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática."

<sup>255</sup> Ver MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 205-206. Segundo explicita o autor acerca do conceito adotado do princípio da legalidade, temos que: "O princípio da legalidade significa que a atividade investigatória se desenvolve sob o signo da estrita vinculação à lei e não segundo considerações de conveniência de qualquer ordem, políticas (e.g., *raison d'État*) ou económicas e financeiras (e.g., *ratio custo / benefício*). Em processo penal, o MP está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos factuais e jurídicos, substantivos e processuais, tenha tido conhecimento. Portanto, a promoção do processo penal é um dever para o MP. Não quer dizer que o MP seja obrigado a acusar a todo o transe, já que a decisão de acusação depende da existência de indícios suficientes ou prova bastante [...]" (p. 205-206).

(CPPP).<sup>256</sup> Pelo que se nota, há também em Portugal a aproximação da conceituação da legalidade com o que entendemos aqui como *princípio da obrigatoriedade* da ação penal.<sup>257</sup>

De toda forma, a obrigatoriedade pode ser vista com rigidez em solo português, pelo menos do ponto de vista de seu quadro normativo. A doutrina portuguesa chega, inclusive, a apontar as potenciais consequências de uma indevida atuação do membro do Ministério Público no âmbito do processo criminal: responsabilidade administrativa (disciplinar) e, inclusive, criminal.<sup>258</sup> Trata-se de um ordenamento jurídico que, em sua origem, tinha um modelo estritamente disputado que não abria qualquer sorte de espaço de *oportunidade* na atuação acusatória. Parece claro, pelo que já se expôs na Introdução e no Capítulo 1 da presente Tese, que são grandes as semelhanças com a realidade brasileira, o que reforça a ideia de um movimento internacional em torno do consenso, com impacto em diversos países.

Esse sistema processual brevemente descrito não se mostrou imune aos ventos internacionais e regionais por mudanças. O ordenamento jurídico português, assim como o italiano, sofreu influência da onda que se instaurara na Europa da busca pela eficiência e pela celeridade na Justiça, sendo o âmbito criminal uma área de especial atenção. Além de mudanças de outros países próximos, como a já mencionada Itália (ver Seção 2.3), há normativas internacionais (como a Resolução nº R (87) 18/1987, do Conselho de Ministros da Europa)<sup>259</sup>

<sup>256</sup> Da redação do Código de Processo Penal Português: “Art. 262 (Finalidade e âmbito do inquérito) 1 - O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação. 2 - Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito.” e “Art. 283 (Acusação pelo Ministério Público) 1 - Se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, deduz acusação contra aquele. 2 - Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança.”.

<sup>257</sup> Sobre a aproximação entre as conceituações dos princípios da legalidade e da obrigatoriedade no contexto da ação penal, ver Seção 3.2.2.1.2. Em apertada síntese, identificamos confusão semelhante no Brasil e explicamos a opção por qualificarmos esse conceito relativo à ação penal como de *obrigatoriedade*.

<sup>258</sup> Ver MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 205-206. Conforme explica o autor, embora haja certo tempero à responsabilidade criminal, a lei material efetivamente prevê crime para tais circunstâncias: “A violação do princípio por parte do MP (ou seja, a não promoção do processo) acarreta responsabilidade disciplinar e, eventualmente, criminal, neste caso por crime de denegação de justiça e prevaricação (art. 369 do CP, mas quanto à falta de impulso inicial é discutível a subsunção no âmbito de inquérito processual” (p. 206). No referido CP português, temos a previsão nos seguintes termos: “Art. 369: Denegação de justiça e prevaricação. 1 - O funcionário que, no âmbito de inquérito processual, processo jurisdicional, por contra-ordenação ou disciplinar, conscientemente e contra direito, promover ou não promover, conduzir, decidir ou não decidir, ou praticar acto no exercício de poderes decorrentes do cargo que exerce, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 120 dias. 2 - Se o facto for praticado com intenção de prejudicar ou beneficiar alguém, o funcionário é punido com pena de prisão até 5 ano.”.

<sup>259</sup> Sobre a referida normativa, que tratava de “*Recommendation of the Committee of Ministers to member states concerning the simplification of criminal justice*”, há especial abertura para a introdução de mecanismos negociais, notadamente por meio dos diversos dispositivos de seu item “*II. Summary procedures, out-of-court settlements and simplified procedures*”. Embora tenha saído pouco tempo depois da promulgação do Código de Processo Penal Português, é certo que as discussões para se chegar ao documento são pretéritas e sua influência também se verifica em ulteriores mudanças na legislação processual penal do referido país. Para o

que também impactam em Portugal, na busca por formas outras de realização de Justiça,<sup>260</sup> o que, como se passará a apresentar, refletiu em novos institutos neste ordenamento jurídico.

Mais do que isso, as críticas ao Sistema de Justiça do país se avolumaram, de tal forma que os antes aplaudidos direitos e garantias processuais, fruto de uma democratização do processo e do afastamento de regimes ditatoriais que marcaram Portugal no Século XX, passaram a também ser questionados pela demora na resposta estatal que poderiam ocasionar.<sup>261</sup> É nesse contexto, de um ambiente propício a modificações, que o consensualismo, antes inexistente e aparentemente incompatível com o modelo de obrigatoriedade na persecução penal e de busca pela verdade por meio do processo, ganha espaço em terreno luso.

#### 2.4.1 Introdução de elementos consensuais: o Código de Processo Penal Português

Em caminho semelhante ao adotado no Brasil, houve foco no tratamento a ser dispensado às pequena e média criminalidades,<sup>262</sup> e se utilizando como fonte inspiradora um paradigma estadunidense.<sup>263</sup> Com isso, o legislador português introduziu, quando do advento

---

acesso ao inteiro teor do documento público, ver: COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. *Recommendation n. R (87) 18 of The Committee of Ministers to Member States Concerning the Simplification of Criminal Justice*. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e19f8>. Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>260</sup> Nesse sentido, sobre a busca por eficiência e celeridade no contexto das normas internacionais europeias, ver: FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 71-102, jan./abr. 2017, p. 73-75.

<sup>261</sup> Ver DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre Sentença em Processo Penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 14-15. Em especial, “[...] é esse mesmo modelo que, na sua concretização praxista, alguns julgam estar na base da crise actual do processo penal português, apesar do aplauso internacional generalizado com que foi acolhida a sua tradução legislativa no nosso Código de Processo Penal de 1987. É esta mesma tradução que – no seu justificado propósito de assegurar os direitos fundamentais da pessoa, em especial do arguido, depois de mais de meio século de regime ditatorial – parece admitir, ou pelo menos ser incapaz de impedir, formas insuportáveis de actuação dos sujeitos processuais desde a complexificação inútil ou desnecessária (e quantas vezes contraproducentes) dos procedimentos e diligências, até a delongas, desleixos e abusos ou mesmo chicanas inqualificáveis no exercício dos direitos processuais. [...] fazem com que os processos penais se arrastem interminavelmente, as decisões se multipliquem e se contradigam, e, pior que tudo isso, a resolução final do caso seja recebida com desinteresse público e sorrisos irônicos, servindo só para oferecer ainda maior consistência ao sentimento de desconfiança e de frustração das legítimas expectativas comunitárias no exercício da justiça penal” (p. 14-15).

<sup>262</sup> De acordo com o colocado na Exposição de Motivos do CPPP: “[...] a procura de novas formas de controle da pequena criminalidade representa uma das linhas mais marcantes do actual debate político-criminal. Concretamente, é sobretudo com os olhos postos nesta específica área da fenomenologia criminal que, cada vez com mais insistência, se fala em termos de oportunidade, diversão, informalidade, consenso, celeridade.”. PORTUGAL. *Código de processo penal*. Lisboa, [1987?]. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em: 11 ago. 2022.

<sup>263</sup> Para além da inspiração na experiência de *common law* estadunidense, o Direito português, na criação dos institutos de direito penal consensual, inspirou-se também em outros modelos já consagrados dentro do continente europeu. Ver ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: Centro de Estudos Judiciários. *O Novo Código do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 321-322.

do Código de Processo Penal em 1987, *espaços de consenso*<sup>264</sup> dentro de um modelo até então estritamente disputado. Não houve mera transposição de institutos, em especial daquele mais identificado com o sistema dos Estados Unidos, que é o *plea bargaining*. Foi realizada, em verdade, uma tentativa de consonância da novidade do consenso com a forma de organização do ordenamento jurídico português de então.

Os novos institutos introduzidos quando do advento do CPPP de 1987 trataram de interiorizar um discurso que já ecoava internacionalmente (sobretudo nos EUA e em países da Europa ocidental), trazendo ideias de informalidade, cooperação, consenso e ressocialização. Trata-se da institucionalização de uma resposta a certos tipos de comportamento desviante que tende a evitar audiências de julgamento longas e, em alguns casos, deixa de aplicar a pena corporal. Isso corrobora com uma política penal não apenas de maior *eficiência*, como também com a diminuição da estigmatização do indivíduo – as próprias audiências de instrução no processo comum são caracterizadas como degradantes.<sup>265</sup> O paralelo com o Brasil não poderia ser mais bem desenhado: os institutos inaugurais de uma prática consensual sendo reservados para uma criminalidade de menor relevância, por meio de mecanismos que encurtam o procedimento criminal, com alguma forma de entendimento entre os sujeitos processuais.

Parte das razões que tornaram o CPPP de 1987 uma codificação verdadeiramente inovadora se deve ao contexto no qual o diploma foi idealizado. A referência aqui é feita à série de eventos histórico-políticos de relevância na história lusa no século XX, culminando na Revolução do 25 de abril de 1974 (“Revolução dos Cravos”), que dá fim ao Estado de exceção até então vigente no país. As leis processuais, até conhecerem a sua mais nova codificação, foram gestadas em regimes muito distintos, externando valores por vezes antagônicos em suas

---

<sup>264</sup> Existe debate na literatura portuguesa sobre a nomenclatura e qualificação dos institutos introduzidos no país. Apresentamos em tópicos pretéritos (Seções 1.5.2.2 e 1.5.2.3) as minúcias das qualificações, utilizando a literatura da área para tanto. Vamos seguir utilizando, ao longo deste Capítulo e do restante desta Tese, a nomenclatura de *Justiça consensual*. Para uma visão relevante de tal qualificação, tratando do caso português em específico, mas com generalizações teóricas de direito comparado, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre Sentença em Processo Penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 20-24.

<sup>265</sup> Ver ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *O Novo Código do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 320-322. Em especial, referindo-se aos institutos da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo, mas com reflexões que extrapolam para o modelo de consenso português: “Trata-se, com efeito, num e noutra caso, de institucionalizar uma reacção contrafática à frustração do comportamento desviante, evitando-se, num caso, a condenação e, em ambos, a audiência de julgamento, reconhecidamente a ‘cerimónia degradante’ mais amplificadora das sequelas da estigmatização. Em síntese: ambas as figuras em exame corporizam soluções processuais preferentemente situadas no que, à falta de melhor, poderemos designar por margem de consenso e do Estado de Direito material e social. Por contraposição à outra margem: a do conflito e do Estado de Direito, tout court, em que a igualdade de armas persiste como aspiração basililar.” (p. 321-322).

disposições.<sup>266</sup> Houve um movimento claro pela dignificação do processo penal, sendo essa uma área sensível à mudança de regime político.<sup>267</sup> Ato contínuo, com a promulgação de uma nova Constituição da República Portuguesa em 1976, o novo projeto do que viria a se tornar o CPPP deveria se adaptar aos ideais democráticos recém positivados no Texto Maior.

Em nome de uma maior eficiência da tutela jurisdicional, e numa tentativa de resolver grandes problemas de celeridade e redução de custos com o processo, sobretudo na seara criminal, a Justiça consensual se coloca como um novo paradigma de processo penal no panorama português.<sup>268</sup> Ela se dirige especialmente aos crimes que abrangem as pequena e média criminalidades, que poderiam ter a sua resposta atingida de uma forma alternativa à tradicional, mais célere, deixando o mais longo processo conflitivo para os crimes de mais alta gravidade.<sup>269</sup> Deste modo, são abertos espaços de consenso em meio a um modelo tradicionalmente disputado, modificando sobremaneira a forma como o conflito penal é solucionado.

São os institutos consensuais existentes em Portugal, conforme arrolados no Código de Processo Penal e na legislação especial: arquivamento em caso de dispensa de pena (CPPP, art. 280), suspensão provisória do processo (CPPP, art. 281), processo sumaríssimo (CPPP, art. 392, nº 1) e mediação penal (Lei nº 21/2007). Apesar de todos os institutos de acordos

<sup>266</sup> Conforme é descrito com muita clareza na Exposição de Motivos que deu origem ao CPPP: “Iniciado em 1929, o ciclo de vigência do Código de Processo Penal anterior caracterizou-se por uma produção praticamente ininterrupta de novos diplomas legais em matéria de processo penal: umas vezes com o propósito de sancionar inovações a inscrever no próprio texto codificado, outras a engrossar o já incontrolável caudal das leis extravagantes. Tratou-se, além disso, de diplomas projectados em horizontes históricos vários, com diferente densidade ideológica e cultural, e, por isso mesmo, prestando homenagem a distintas concepções do mundo e da vida, do Estado e do cidadão, da comunidade e da pessoa, e portadores de programas político-criminais centrífugos e frequentemente antagónicos. O quadro esboçado agravou-se ainda com as reformas ditadas e introduzidas pelas transformações iniciadas em 25 de abril de 1974. De tudo resultou um ordenamento processual penal minado por contradições, desfasamentos e disfuncionalidades comprometedores; um ordenamento onde, às dificuldades de identificação, na multidão de regulamentações sobrepostas, do regime concretamente aplicável, se somavam as emergentes das impossibilidades de referenciar um sistema coerente, preordenado à realização de uma teleologia claramente perspectivada e assumida”. PORTUGAL. *Código de processo penal*. Lisboa, [1987?]. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em: 11 ago. 2022.

<sup>267</sup> Ver MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 37-41.

<sup>268</sup> Ver COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 87-97, 2013, p. 87-88. Referido autor atribui a ideia de eficiência perseguida no processo penal a uma lógica importada do mundo empresarial, como se vê na seguinte passagem: “O que tudo converge com a generalização de uma lógica empresarial na gestão da coisa pública, em termos de inventário custos/benefícios. [...] É neste contexto que a justiça negociada adquire um novo fulgor, propondo-se como novo paradigma de processo penal: o consenso prevalecendo sobre o conflito na decisão do direito do caso. Estaria assim encontrada a fórmula de acelerar/simplificar, e simultaneamente embaratecer, o processo. Seria o triunfo da nova razão — a razão prática empresarial: com menos custos, em menos tempo, mais produtos acabados; no caso: mais processos findos e arquivados [...] O ‘eficientismo’, nova ideologia processual, correlativa do fordismo no velho mundo fabril [...]” (p. 87-88).

<sup>269</sup> Essa discussão acerca da eficiência como uma faceta central do novo processo penal que pretendia se instalar em solo português, é também referida no próprio preâmbulo da codificação, a qual diferencia a gravidade dos crimes como motivo de se adotar um ou outro modo de realização de Justiça criminal (*Ibid.*, p. 89-90).

processuais elencados serem presentes no ordenamento português, o que é mais largamente utilizado pelos Tribunais é a suspensão provisória do processo, possivelmente pelo rol alargado de hipóteses que abarcam a aplicação do instituto. Daí porque trataremos primeiramente dele e, após, passaremos pelos demais, de forma mais panorâmica, sempre no intuito de traçar inferências comparativas.

#### **2.4.2 Institutos de consenso em Portugal: introdução de modificações no modelo antes unicamente disputado**

Sobre a suspensão provisória do processo, podemos dizer que se trata do mais relevante dos institutos de consenso existentes em solo português. Isso porque, tem aplicação mais alargada,<sup>270</sup> sendo o instituto que mais genericamente é aplicado na realidade consensual portuguesa. Mais do que isso, há uma participação destacada de diversos atores, pois, para além dos representantes do Estado, que são o órgão acusatório e o magistrado (na função de controle), e o sujeito imputado (referido como *arguido*, pela doutrina), é de se destacar o papel desempenhado pela vítima do fato.<sup>271</sup>

Do ponto de vista de seu funcionamento (CPPP, art. 281), o instituto da suspensão provisória do processo é aplicável a crimes com pena menor ou igual a 5 anos de prisão ou com sanção diferente da prisão,<sup>272</sup> desde que não haja condenação anterior por crime da mesma

---

<sup>270</sup> Embora em Portugal não haja unanimidade acerca da relevância da introdução do consenso para fins de se aliviar o sistema de Justiça e gerar a propalada eficiência no processo penal, é fora de questão que a suspensão é o expediente mais comum de ser mobilizado. Como em: “As sucessivas ampliações do âmbito dos pressupostos de aplicação, refletindo a evidente intenção do legislador de `abertura`, fariam naturalmente esperar que se intensificasse a aplicação das medidas alternativas. Terá sido esse o caso? A resposta é negativa. [...] Nos dados que recolhi das estatísticas criminais, relativas aos anos de 2005 a 2010, só a suspensão provisória do processo sobe continuamente. Mesmo assim, em 2010, último ano de que há dados, para um total de 77.911 inquéritos acusados, só 10.352 foram suspensos provisoriamente. Do total de acusados só 5.358 o foram em processo sumaríssimo, e 4.644 em processo abreviado; e o art. 16, n. 3, do CPP, só foi utilizado 9.644 vezes.” (COSTA, Eduardo Maia. *Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo*. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 87-97, 2013, p. 92).

<sup>271</sup> Ver ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)*. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *O Novo Código do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 346-348. Em especial: “Não deve, com efeito, desatender-se que a suspensão provisória do processo surge à partida preferencialmente vocacionada para uma criminalidade em que a linha de afrontamento delinquente-vítima é decisiva. Isto é, uma criminalidade onde [...] a dimensão vitimológica é determinante. Pelo que só a participação empenhada da vítima deixará esperar algum sucesso na perspectiva de consenso e conciliação.” (p. 348). Ou seja, o êxito do processo, garantindo a reparação da vítima e demais efeitos de uma persecução penal, dependem também do próprio ofendido, e não apenas dos órgãos estatais.

<sup>272</sup> A Lei n° 51/2007, em seu artigo 11°, coloca alguns outros crimes que, mesmo tendo moldura abstrata da pena maior do que 5 anos, devem permitir a aplicação da suspensão provisória da pena, porquanto se tratam de tipos de criminalidade menos grave. Ainda, o artigo 9° da Lei n° 36/1994 prevê a suspensão provisória do processo por crime de corrupção ativa, por decisão do MP, com a concordância do juiz e do arguido, se ele tiver denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade. Isso se aplica mesmo que o

natureza, não tiver sido aplicada anteriormente a suspensão provisória do processo por tais crimes,<sup>273</sup> e não houver um grau de culpa elevado.<sup>274</sup> Ademais, é de se acrescentar que o cumprimento das *injunções* deve corresponder às exigências de prevenção, sempre verificadas a partir do caso concreto<sup>275</sup> em análise.

Da mesma forma como ocorre em países de tradição romano-germânica, em regra menos abertos a uma desregulada consensualização, são especificamente previstas as hipóteses de cabimento da suspensão provisória do processo. Há, ainda, determinados crimes que são especialmente destacados, com previsão específica sobre condições e modos de se proceder.<sup>276</sup> Importa aqui notar que as hipóteses são estritamente previstas, não havendo espaço para negociação de tal instituto fora do quanto ditado pelo legislador. Assim como ocorre em outros institutos de consenso em solo português (como o arquivamento do processo por dispensa de

---

acusado de corrupção ativa seja reincidente em crime da mesma natureza, ou sua culpa seja grave. Essas exceções à regra geral do CPP demonstram, mais uma vez, o empenho do legislador ao longo dos anos em alargar cada vez mais a aplicação deste instituto, ampliando essa política criminal.

<sup>273</sup> Entende-se por crimes da mesma natureza aqueles que protegem o mesmo bem jurídico, conforme leciona a doutrina portuguesa. Por todos, ver ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 761.

<sup>274</sup> Embora a expressão “*grau de culpa não elevado*” seja subjetiva, é colocado que um importante indício de que a culpa não é elevada consiste na reparação do dano causado, independentemente do seu valor. Devem os sujeitos processuais se basear nos artigos 71 e 72 do Código Penal Português, que tratam da determinação da medida da pena e da definição de atenuantes, conforme ensina a literatura do país. *Ibid.* p. 762.

<sup>275</sup> Sobre o dispositivo da lei processual portuguesa, em especial no que toca às sanções oriundas da suspensão, temos: “Art. 281 [...] 2 - São oponíveis ao arguido, cumulativa ou separadamente, as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado, a instituições privadas de solidariedade social, associação de utilidade pública ou associações zoófilas legalmente constituídas certa quantia ou efetuar prestação de serviço de interesse público; d) Residir em determinado lugar; e) Frequentar certos programas ou actividades; f) Não exercer determinadas profissões; g) Não frequentar certos meios ou lugares; h) Não residir em certos lugares ou regiões; i) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; j) Não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões; l) Não ter em seu poder determinados animais, coisas ou objetos capazes de facilitar a prática de outro crime; m) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso. 3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, tratando-se de crime para o qual esteja legalmente prevista pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor, é obrigatoriamente oponível ao arguido a aplicação de injunção de proibição de conduzir veículos com motor. 4 - Não são oponíveis injunções e regras de conduta que possam ofender a dignidade do arguido.”

<sup>276</sup> Sobre as condições específicas para determinados delitos, que fogem da regra geral prevista no *caput* do artigo 281, temos: “Art. 281 [...] 7 - Em processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, o Ministério Público, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1. 8 - Em processos por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado, o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1. 9 - No caso do artigo 203.º do Código Penal, é dispensada a concordância do assistente prevista na alínea a) do n.º 1 do presente artigo quando a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas.”

pena), não cabe recurso do despacho que valida a suspensão do processo, não constituindo esse em ato propriamente decisório do juiz.<sup>277</sup>

À primeira vista, a semelhança salta aos olhos na comparação com o instituto brasileiro da suspensão condicional do processo. Isso não apenas pelo nome dos institutos, que possuem muito próxima designação, mas pelo fato de serem bem regulamentados e dados a solucionar situações nas quais são identificados crimes de pequena e média gravidades – ainda que, no caso brasileiro, o parâmetro adotado seja a pena mínima e, no caso luso, a pena máxima. Mais importante ainda de ser notado é o fato de ambos os mecanismos consensuais operarem em realidades nas quais vige o *princípio da obrigatoriedade*. Isso significa dizer que alternativas como essas funcionam, nos dois casos analisados, como um antecedente que modifica o processo tradicional que viria como solução ao conflito, trazendo parâmetros para serem observados, e aplicados, para conformar uma saída alternativa e anterior à disputa de um processo judicial. A regulamentação não apenas diminui o poder dispositivo do órgão acusatório, como, ainda, vincula-o à adesão a critérios previstos em lei.

Do funcionamento básico da suspensão portuguesa, podemos destacar que ela pode ocorrer mediante determinação do Ministério Público, após verificação de condições expressamente previstas em lei,<sup>278</sup> bem como por pedido do arguido ou vítima (na figura de *assistente* no processo). Para que o ato do MP seja válido, é necessário que haja concordância do arguido e ratificação do juiz, salientando-se que o magistrado deve se limitar a avaliar objetivamente os pressupostos e a legalidade do quanto acordado.<sup>279</sup> A aplicação da suspensão

---

<sup>277</sup> Este entendimento é descrito pelo n° 7 do artigo 280 do CPP e foi reafirmado pelo Acórdão de Fixação de Jurisprudência n° 16/2009, do Supremo Tribunal de Justiça. Em sentido contrário, de que seria recorrível a decisão de discordância da suspensão, seja com base na discordância com o seu mérito ou com o período estipulado, seja com base na discordância com as injunções e regras de conduta acordadas entre MP, o arguido e o assistente, temos vozes na doutrina (ver ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 762).

<sup>278</sup> Sobre o dispositivo original da lei processual portuguesa, em especial no que toca às condições para o oferecimento da suspensão, temos: “Artigo 281. Suspensão provisória do processo 1 - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza; c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza; d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; e) Ausência de um grau de culpa elevado; e f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.”

<sup>279</sup> Coloca-se, inclusive, que “[...] o juiz deve exercer com máxima restrição o poder de censura e de adequação das injunções e regras de conduta às necessidades de prevenção especial e geral que se fazem sentir no caso”. Ver ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 763.



provisória do processo não depende da confissão dos fatos ou da culpa do arguido,<sup>280</sup> até porque não há estabelecimento de culpa da parte do Estado. Tampouco se altera o estado de inocência do sujeito que aceita o acordo.<sup>281</sup> Uma vez mais, as semelhanças com os institutos brasileiros chamam a atenção, pois as características gerais são absolutamente coincidentes.

Sobre os momentos de proposição do acordo, a legislação portuguesa é minudente na descrição de cada uma das possibilidades. Como regra, e na conformidade do já mencionado artigo de regência (CPPP, art. 281), a suspensão provisória do processo é proposta logo após a finalização do inquérito investigativo. Ainda assim, há previsão de sua proposição durante a fase de instrução (CPPP, art. 307), bem como em sede dos processos especiais sumário e abreviado (respectivamente, CPPP, arts. 384 e 391-B), além de legislações especiais, como a Lei de Combate à Droga (Decreto-Lei n. 15/1993, art. 56), Lei de Combate à Corrupção e Criminalidade Econômica e Financeira (Lei n. 36/1994, art. 9º).<sup>282</sup> Isso significa que o instituto é conhecido em diferentes procedimentos e mesmo em distintos momentos processuais, mas tem como marca comum a característica de ser entabulado em *fase preliminar* do processo criminal, anteriormente à audiência,<sup>283</sup> independentemente de qual seja o modelo procedimental que o instituto se insira.

Essa multiplicidade de momentos de aplicação do instituto possivelmente indique uma vontade do legislador português em garantir a aplicação do mecanismo em muitas diferentes circunstâncias. Com a sua previsão em distintas leis, que se sucederam no tempo, parece haver uma tentativa de garantir a sua aplicação, seja em procedimentos específicos, seja nos casos ordinariamente previstos. No sentido de ampliação do âmbito de aplicação do instituto, ainda que com maior flexibilidade no momento de sua propositura, podemos mencionar o

---

<sup>280</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 764.

<sup>281</sup> Ver ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *O Novo Código do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 353-354. Em especial: “[...] as injunções e regras de conduta ocorrem pondo-se entre parêntesis a questão da comprovação de culpa. O que tem implicações de tomo tanto do ponto de vista doutrinal como político-criminal. Significa, por um lado, que após a aplicação das injunções e regras de conduta, o arguido continua a coberto da presunção de inocência. Significa, por outro lado, que as injunções e regras de conduta têm de se orientar privilegiada ou exclusivamente para fins de prevenção.” (p. 354).

<sup>282</sup> Ver CANILHO, Inês. Suspensão provisória do processo: incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituosos e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In: PEREIRA, Luís Manuel Cunha da Silva *et. al.* (coord.). *Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 95-96.

<sup>283</sup> Audiência aqui compreendida no sentido expresso na legislação portuguesa para o início dos atos do chamado *Julgamento*, a que poderíamos ter como paralelo a instrução brasileira. Frise-se, neste momento, que o que a doutrina portuguesa chama de *instrução* se insere na fase preliminar da persecução penal. Se algum paralelo se faz possível, seria ele com os atos que ocorreriam perante o juiz de garantias na legislação brasileira (CPP, art. 3º-A e seguintes).

*patteggiamento* italiano,<sup>284</sup> que também tem lugar em um ordenamento em que vige a obrigatoriedade da ação penal. No caso português, vislumbramos mais uma semelhança com a realidade brasileira, por meio de uma previsão exaustiva de hipóteses de cabimento e de forma de proposição dos acordos processuais. Por isso, ainda que com mais fartas possibilidades de aplicação do instituto da suspensão, não identificamos, no ponto, maior *discricionariedade* dos representantes do Ministério Público em Portugal na sua atuação funcional.

Nesse rumo, há uma característica no sistema português que singulariza tal experiência e contribui decisivamente para compreender a forma como a *obrigatoriedade* pode ser lida em um contexto de expansão do consenso. Na direção oposta de um movimento por maior discricionariedade, mencionamos documento da Procuradoria-Geral da República (Directiva 01/2014)<sup>285</sup>, com diretrizes específicas sobre a atuação dos membros do MP. Em tal documento, com determinações a serem seguidas pelos representantes do órgão acusatório, há não apenas o reconhecimento da necessidade de aplicar as soluções consensuais, presentes os seus pressupostos,<sup>286</sup> como o estabelecimento (de forma transparente e pública) de critérios a serem utilizados quando da apreciação dos casos concretos. Esse é um traço digno de nota, pois ataca uma questão há muito discutida pela doutrina, de buscar uniformizar critérios de aplicação da lei penal, visando justamente à igualdade na sua aplicação. Mais do que isso, mesmo em um cenário de maior concentração de poder nas mãos do representante do órgão acusatório, em que tanto se discute a mandatoriedade ou não da propositura dos mecanismos de consenso, o órgão de cúpula do Ministério Público busca não apenas mostrar a necessidade de enveredar pelo caminho de tais saídas que fogem da disputa, como busca regulamentar sua aplicação.

Além da fartamente estudada suspensão do processo, existem outras formas de consenso previstas no ordenamento jurídico português. São elas o processo sumaríssimo, o arquivamento em caso de dispensa de pena, bem como a mediação.

---

<sup>284</sup> Para a comparação entre esses dois institutos, haja vista serem essas saídas chamadas de *diversão com intervenção*, em que se renuncia a uma instrução mais longa em nome de imposição antecipada de uma sanção jurídica pelo Estado, ver TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 176-177.

<sup>285</sup> Referida *Directiva* foi publicada pela Procuradoria-Geral da República portuguesa sobre a suspensão provisória do processo, e teve alguns poucos acréscimos realizados pela Directiva 01/2015. Com isso, há uma maior uniformização da atividade acusatória em solo português no que toca à realização de acordos, conforme explicita a existência de um documento como esse, elaborado pelo seu órgão de cúpula.

<sup>286</sup> Das Notas Complementares da referida Directiva 01/2015: “A opção por uma das formas de tratamento do litígio penal não é um ato discricionário, pois as soluções de conflito só deverão ter lugar quando não se verificarem os pressupostos legais de aplicação das soluções de consenso. A redação do n.º 1 do art. 281.º resultante da revisão de 2007 do Código de Processo Penal deixou claro, quanto à suspensão provisória do processo, a obrigatoriedade da sua aplicação quando os respetivos pressupostos estiverem reunidos, sendo responsabilidade do Ministério Público dirigir o inquérito com esse objetivo.”. Disponível em: [https://simp.pgr.pt/circulares/mount/anexos/1430757379\\_diretiva\\_1\\_2014\\_versao\\_atualizada.pdf](https://simp.pgr.pt/circulares/mount/anexos/1430757379_diretiva_1_2014_versao_atualizada.pdf). Acesso em: 29 nov. 2022, p. 13.

Primeiramente, sobre o *processo sumaríssimo*, temos uma forma mais célere de resolução do processo penal em Portugal. Ao invés de receber uma pena imposta pelo magistrado ao fim do julgamento, o arguido se dispõe a demonstrar sua concordância com a sanção sugerida pelo Ministério Público. Nos moldes do CPPP (art. 392 e ss.), o processo sumaríssimo é aplicado em casos de crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos, ou apenas com pena de multa, e quando o Ministério Público entender que deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade. Em tais casos, não ocorre a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos pelo juiz no momento da sentença: é aplicada diretamente, a pedido do Ministério Público e com a concordância do juiz e do arguido, uma pena não corporal.<sup>287</sup>

No processo sumaríssimo, a sanção aplicada será calculada, definida e proposta pelo Ministério Público, por meio de um requerimento que ele mesmo elabora e dirige ao juiz. Ao contínuo, o juiz notifica o arguido, que deve concordar com a proposta do órgão acusatório. Se, nas ocasiões em que se aplicaria o processo sumaríssimo, o arguido não aceitar a proposta sancionatória, terá lugar o reenvio para outra forma de processamento, normalmente seguindo-se o rito do processo comum.<sup>288</sup> Também ocorre tal reenvio se o juiz verificar qualquer nulidade no procedimento (CPPP, art. 395, n° 1). Esse instituto também se aplica a delitos de média gravidade, com simplificação procedimental, na qual se renuncia à instrução processual. Não vislumbramos um paralelo tão direto com a realidade brasileira, mas isso se insere na esteira de iniciativas de simplificação processual em nome de acordos, na forma como temos apontado.

Passamos agora ao instituto do *arquivamento pela dispensa de pena*, que está regulado no artigo 280 do CPPP, instituto esse que, em determinadas circunstâncias, efetivamente redundaria na não aplicação de uma sanção criminal mediante algumas condições.<sup>289</sup> Tal instituto se aplica aos crimes em que cabe a dispensa de pena, caso assim for requerido pelo Ministério Público, havendo concordância do arguido e, posteriormente, do juiz. Os crimes aos quais cabe a dispensa de pena são os puníveis com pena de prisão não superior a 6 meses, ou apenas com

---

<sup>287</sup> Destaca-se ainda que, em caso de a pena não corporal deixar de ser cumprida, não há conversão para pena de prisão, como se observa nas penas substitutivas propriamente ditas. Neste sentido, ver SANTOS, André Teixeira dos. *Do Processo Sumaríssimo: uma idílica solução de consenso ou uma verdade produzida? O Direito*, Lisboa, v. 137, n. 1, 2005, p. 157.

<sup>288</sup> Ver MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 54-55.

<sup>289</sup> Sobre o dispositivo do Código de Processo Penal Português: “Artigo 280. Arquivamento em caso de dispensa da pena 1 - Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa. 2 - Se a acusação tiver sido já deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos da dispensa da pena. 3 - A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não é susceptível de impugnação.”.

pena de multa não superior a 120 dias, caso se verifiquem os pressupostos que se encontram previstos na lei penal— mais especificamente a ilicitude do fato e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado e à dispensa de pena não se opuserem razões de prevenção (art. 74 do Código Penal de Portugal).

Esse instituto possui margem mais diminuta de aplicação e, em vista de sua abrangência, pode ser comparado com a transação penal. Chama a atenção, como em qualquer instituto de consenso que lide com crimes de baixa gravidade ou contravenções penais, um dos requisitos da lei portuguesa, que é justamente o da diminuta culpa do agente, condição para a perfectibilização do acordo. É de se questionar se, em casos tais, a reposta penal seria a mais adequada, isto é, se haveria justa causa para a continuidade da persecução penal. Em nosso caso, da transação penal, propomos no Capítulo 6 a análise minudente do *requisito geral de justa causa* para a viabilidade de qualquer acordo, o que é, inclusive, uma condição necessária para a aplicação da obrigatoriedade: uma situação que mereça a tutela do braço mais forte do Estado. A obrigatoriedade da ação penal, em seu sentido tradicional ou residual, possui como pressuposto a verificada existência de elementos suficientes para justificar a atuação estatal. Nesse sentido, a existência de uma saída mais simples e baseada em alguma forma de consenso não pode ser utilizada para justificar procedimentos que não resistiriam a uma análise mais criteriosa quanto aos requisitos mínimos.

Também trazemos, por fim, o instituto da *mediação penal*, que foi introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei nº 21/2007. Esse instituto é uma medida que dá cumprimento ao Estatuto da Vítima em Processo Penal de 2001, da União Europeia, do qual o Estado português é signatário. A mediação penal surge como uma opção para conferir maior democraticidade na decisão do conflito penal, como a manifestação de uma política de maior participação das partes.<sup>290</sup> Por ser um instituto muito novo e ainda em implantação, o sistema de mediação penal funciona de forma experimental apenas em algumas comarcas do país.<sup>291</sup> Mais do que isso, e importa o registro, a resistência da aplicação de um instituto que não previa a compulsoriedade foi especialmente relevante para que a mediação não encontrasse atores capazes de aplicá-la de forma sistemática.<sup>292</sup> Nesse sentido, o paralelo mais próximo da

---

<sup>290</sup> Ver LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 24, n. 4, p. 577-613, 2014, p. 581.

<sup>291</sup> *Id.* Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 11, p. 9-28, 2014, p 16-17.

<sup>292</sup> Aspecto da participação dos atores é particularmente destacado no seguinte trecho: “Começando pela entidade que, em regra, remete os processos para esta forma de resolução alternativa de litígio (RAL), tendo em conta o actual regime de avaliação dos magistrados do MP e a necessidade de apresentação de ‘baixas’ de processos em número elevado, uma remessa para a mediação é, em regra, entendida como mais um inquérito pendente, quando os elementos indiciários se acham já carreados no sentido de deduzir uma acusação. Donde acaba por

realidade brasileira seria com a Justiça restaurativa, aspecto que, conforme já justificado, não será abordado com profundidade neste trabalho.

Sua incidência fica limitada a processos criminais que dependam de acusação particular ou de queixa, tendo como objeto crimes contra as pessoas ou contra o patrimônio puníveis com pena de prisão até 5 anos ou pena de multa, que não cumpram os pressupostos para a aplicação dos processos sumário ou sumaríssimo. O envio de um processo para o sistema de mediação penal é ato privativo do Ministério Público, podendo esse envio ocorrer por pedido das partes, ou por decisão de ofício do MP. Assim, é designado um mediador penal para intermediar um acordo entre as partes. O mediador penal informa o arguido e o ofendido sobre o procedimento da mediação penal, os seus direitos e deveres e a natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação penal. Caso o arguido e o ofendido aceitem expressamente a mediação penal, iniciam-se as sessões de mediação.

Sobre esse instituto, é de se dizer que não possuímos no Brasil, ainda, institutos como esse em matéria criminal. A ideia de mediação de interesses, ou de resolução de conflitos em âmbito criminal que fuja do binômio disputado ou consensual não encontra guarida normativa mais densa em nosso país, da forma como fizemos referência quando da justificação para a não abordagem da Justiça restaurativa. De todo modo, pela relevância de tais modos de solução de conflito e de sua potencial importância futura, vale o registro nestas linhas, nem que sobre isso tenhamos poucas inferências comparativas.

### **2.4.3 Críticas às soluções consensuais em matéria penal na realidade portuguesa e o questionamento à obrigatoriedade**

Dentre as críticas reservadas ao consenso em Portugal, talvez a maior delas seja quanto à sua (baixa) incidência de aplicação. Isso porque, desde a criação dos principais institutos no final da década de 1980, há uma baixa aderência, sobretudo entre os membros do Ministério

---

ser mais 'cômodo' elaborá-la do que remeter o processo para esta modalidade de RAL sem que se saiba, sequer, se vai ou não existir acordo de mediação e que, por isso, pode apenas saldar-se, vistas as coisas em perspectiva puramente utilitária, em uma perda de tempo. Assim, o que se verifica é que somente os magistrados do MP que pessoalmente se interessam pela temática a ela vão recorrendo, sobretudo por acreditarem na filosofia subjacente à mediação, o que é muito pouco. Os advogados também não vêem esta forma de RAL da melhor forma, por poder implicar uma resolução extrajudicial com as desvantagens em termos de honorários. Por consequência deste 'caldo', os próprios interessados, apesar de o poderem fazer (art. 3, n. 2), não estão dispostos, em geral, a recorrer à mediação. Se tivesse havido uma verdadeira e concertada acção de sensibilização destes grupos profissionais, sublinhando as vantagens da RAL, porventura os resultados teriam sido distintos, embora se não negue que sempre existiriam – e existirão – resistências. Bastaria, para tanto, alterar o modo como a avaliação dos magistrados do MP se opera neste particular e que houvesse orientações claras da hierarquia." (LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 11, p. 9-28, 2014, p 18).

Público,<sup>293</sup> à sua aplicação. E, de modo a tentar transformar esta realidade, podemos observar um aumento nas hipóteses de incidência dos acordos processuais previstos no CPPP, avançando as iniciativas legislativas (em especial pelas Leis nº 59/1998 e nº 48/2007) cada vez mais nessa linha como solução preferencial para o tratamento das pequena e média criminalidades.<sup>294</sup>

Isso se deve ao fato de, quando da promulgação no CPPP, vários institutos tiveram como previsão inicial um campo de aplicação muito restrito. A suspensão provisória do processo, por exemplo, era aplicável aos crimes que previam sanção não maior que 3 anos de prisão (atualmente, como visto, são de até 5). O processo sumaríssimo tinha também poucas hipóteses, sendo aplicável apenas aos crimes puníveis com pena de prisão não superior a seis meses de prisão ou só com pena de multa. O mencionado documento de Directiva 01/2014 pode também se enquadrar numa tentativa de demonstrar a necessidade de engajamento dos membros do órgão acusatório nas saídas consensuais, as quais, segundo tal fonte, seria de observância mandatária.

Desta feita, com o alargamento da moldura abstrata das penas dos crimes que podem ser resolvidos por um caminho consensual, o legislador luso demonstra sua expectativa em aumentar a aplicação de acordos processuais no país. Com mais hipóteses de aplicação, e o crescente preparo dos membros do Ministério Público, fazem-se valer os objetivos de celeridade e combate às pequena e média criminalidades de forma diversa<sup>295</sup> (fora do sistema tradicional de Justiça), os quais guiaram a criação de tais institutos. Mesmo como alternativas ao tradicional sistema de disputa, é inegável que venham crescendo as alternativas consensuais, da mesma forma como podemos verificar em solo brasileiro. É fato que existem mudanças nos papéis antes atribuídos a cada um dos sujeitos, sendo que as modificações, oriundas da transição de uma lógica estritamente disputada, para outra na qual também existem saídas consensuais, geram reações na literatura e nos atores forenses.

---

<sup>293</sup> Em crítica realizada após mais de uma década de implementação dos acordos processuais, Pedro Caeiro argumenta que a ausência de comprometimento do Ministério Público com a aplicação dos referidos acordos processuais poderia explicar a sua baixa aplicação. Ver, especialmente: “Segundo os dados conhecidos, a suspensão provisória evidencia uma altíssima taxa de êxito (98%) e, apesar disso, é manifestamente subutilizada (nos anos de 1989-1995 a proporção entre suspensões e acusações foi de 1 para 99). Talvez a compreensão das decisões de arquivar e de suspender o processo como deveres a que o MP se encontra adstrito, uma vez verificados os respectivos pressupostos, possa contribuir para um aumento efectivo da diversão no processo penal português.” (CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000, p. 46.). Essa colocação demonstra uma vez mais a importância de aderência de mudanças nos atores do sistema de Justiça para verificação de resultados.

<sup>294</sup> Ver COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 87-97, 2013, p. 91-94.

<sup>295</sup> Essa expressão faz alusão ao termo utilizado pela doutrina portuguesa de *diversão*, como um conceito que sintetiza a ideia de se solucionar o conflito de maneira diversa, fora do sistema tradicional de Justiça.

Por meio de documento oficial publicado pelo Ministério Público de Portugal, analisando a atuação do órgão ao longo do ano de 2021, pode-se notar um esforço em registrar a tentativa de dar importância para os institutos de consenso e os métodos de simplificação processual. Parece ser fruto de um movimento ativo das instituições ligadas à Justiça o aumento da incidência de tais hipóteses como modos de solução do conflito criminal localizadas no país.<sup>296</sup>

Do ponto de vista acadêmico, localizamos outros questionamentos. Em crítica interessante, e que reforça o papel da cultura processual ao ser confrontada com inovações, Eduardo Maia Costa menciona o papel dos sujeitos processuais, que se veria desvirtuado com a amplificação da incidência de acordos, vez que muito poder se concentraria nas mãos do órgão acusatório, relegando ao magistrado um papel menor e diferente de sua função original, de árbitro imparcial e equidistante, transformando-se, ao inverso, em um mero homologador de decisões tomadas pelas partes.<sup>297</sup> O magistrado tem o dever de controlar as hipóteses de consenso firmadas pelas partes. Sobre essa atribuição, há menos debates.

O que pode gerar dificuldade de interpretação está no tipo de controle que o magistrado pode fazer, notadamente se discordar da decisão do Ministério Público em não formular proposta de acordo. Segundo Pedro Caeiro, não existiria possibilidade de o magistrado obrigar o membro do MP a propor o acordo ou mesmo encerrar a persecução penal, devendo, em tais casos, mesmo com a discordância da análise do membro do órgão acusatório, seguir com a persecução penal em seus ulteriores termos.<sup>298</sup> Trata-se de discussão que também encontramos em solo brasileiro (ver Capítulo 4), e que se relaciona com a forma de se estruturar a persecução penal. O papel do magistrado no Brasil, de controle da obrigatoriedade, há de ser exercitado

---

<sup>296</sup> Segundo o Relatório Síntese do Ministério Público de Portugal (2021), de todos os casos do referido ano que reuniram elementos suficientes para o exercício da ação penal, 55,9% foram resolvidos por formas simplificadas de processo ou institutos de consenso, e, os restantes 44,1% foram resolvidos pelo processo comum. Vale notar, dos meios que fogem ao ordinário processamento na Justiça, a suspensão provisória responde a quase metade dos casos, com 45% deles. Disponível em: [https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio\\_sintese\\_2021\\_definitivo.pdf](https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_sintese_2021_definitivo.pdf) (especialmente p. 175-176). Acesso em: 20 nov. 2022.

<sup>297</sup> Ver COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 87-97, 2013, p. 94. Em especial: “E seria infringir ao ‘processo equitativo’ algumas lesões tão profundas que o atingiriam no seu cerne, de que faz parte, como figura central, o juiz independente e terceiro relativamente às partes. Ora, é precisamente o papel central do juiz que a justiça negociada põe em crise, relegando-o para mero ‘homologador’ do acordo já estabelecido entre o Ministério Público e o arguido, ou, talvez pior ainda, convertendo-o num ‘promotor’ de um acordo ainda não alcançado. Em qualquer dos casos, o seu papel de decisor imparcial, supra-partes, é completamente desvirtuado. Os seus poderes transferem-se, em grande medida, para o Ministério Público, assim se administrativizando o processo.” (p. 94).

<sup>298</sup> Ver CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a persecução penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000, p. 43.

também para as saídas consensuais, que se constituem em um *poder-dever* do membro do Ministério Público.

Parte da doutrina, ainda, tece críticas quanto aos modelos adotados de Justiça consensual em meio ao modelo legalista de Portugal. Assim, considera-se que o apego à eficiência da solução de conflitos acabaria por inserir a tutela em uma lógica empresarial, estranha ao direito público e aos ideais norteadores do que até então se concebia sobre Justiça.<sup>299</sup> Esses debates se assemelham àqueles que conhecemos quando da introdução do consenso no Brasil, nos idos dos anos 1990. Ocorre que essa realidade se impôs e, mesmo com as críticas realizadas, é de se apontar que se trata de um fenômeno internacional com alta aderência em diferentes sistemas jurídicos, tendo já se estabelecido como uma realidade em tais localidades.

De todo modo, embora genericamente se considere que em Portugal exista a obrigatoriedade da ação penal, localizamos questionamentos doutrinários sobre a pertinência de tal classificação em função da ampliação de hipóteses de consenso. Questionamento esse fundamental e que inspirou, em solo brasileiro, a redação da presente Tese. Tratando especificamente do instituto da suspensão provisória do processo luso, Manuel da Costa Andrade defende a existência de uma *legalidade aberta*, que explicaria a presença de critérios, mas com alguma abertura de margem de atuação para o órgão acusatório.<sup>300</sup> Esse exemplo demonstra a pertinência da pergunta de pesquisa e o fato de que discussões semelhantes são travadas em outros sistemas jurídicos. E, interessantemente, a forma de se enfrentar a questão encontra valiosos paralelos, como na designação de *nomen juris* variados<sup>301</sup> para enfrentar a questão.

Ainda que tratando da suspensão em conjunto com o arquivamento em caso de dispensa de pena, Pedro Caeiro tem posição bastante esclarecedora, que coloca o debate em termos muito

---

<sup>299</sup> Ver COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 87-97, 2013 p. 87.

<sup>300</sup> Ver ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *O Novo Código do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 352. Em especial: “Há-de, por outro lado, usar-se de algum cuidado nas tentativas de classificação conceitual do regime do artigo 281, como uma expressão, sem mais, da oportunidade. Sempre teria, pelo menos, de se qualificar a oportunidade para se prestar justiça aos limites e vinculações de que a lei faz depender a suspensão provisória do processo. Que, por um lado, precluem qualquer programa político-criminal autónomo e divergente do programa codificado na lei penal substantiva; e, por outro lado, afastam quaisquer soluções arbitrárias e discriminatórias. Talvez, por isso, fosse mais acertado reconduzir este instituto ao princípio da legalidade aberta, com o sentido e alcance que tivemos oportunidade de sugerir.” (p. 352). A semelhança com as qualificações doutrinárias encontradas no Brasil chama a atenção. Por aqui, a mais consagrada delas possivelmente seja de *oportunidade regrada*, com o objetivo de passar ideia semelhante à observada no contexto português. Para aprofundamento, ver Seção 3.2.2.

<sup>301</sup> Fazemos referência, no ponto, ao correto diagnóstico acerca da obrigatoriedade mitigada (ainda que ele seja insuficiente para explicar o fenômeno como um todo), bem como às muitas variações de “princípios alternativos” à obrigatoriedade, como a *discricionariedade regrada* ou *oportunidade regulada*.



semelhantes ao que encontramos no Brasil, pois, do ponto de vista de não deduzir a hipótese acusatória em face da suficiência de elementos para tanto, haverá quem enxergue tal circunstância como ausência da obrigatoriedade (ou *legalidade*, como comumente chamada em Portugal), e a presença de algum grau de *discricionariedade*.<sup>302</sup> Sofisticando o raciocínio, entretanto, o autor reconhece que, embora existam espaços de atuação distintos para o Ministério Público, com maior amplitude de possibilidades de atuação, não se verificaria uma oportunidade propriamente dita porque não poderia o órgão acusatório simplesmente se utilizar de critérios discricionários para optar por uma saída de consenso ou por aquela disputada. Conforme já adiantamos, e aprofundaremos ainda mais ao longo desta Tese (em especial no Capítulo 5), temos entendimento semelhante, olhando para o caso brasileiro, ainda que tenhamos apresentado um princípio próprio para melhor desnudar a questão.

Em outras palavras, a competência do MP se encerraria na sua liberdade de interpretação considerada para um dado caso concreto, sendo vedado a tal agente de Estado enveredar por considerações outras (de política criminal, ordem econômica ou outro motivo) para deixar de oferecer a proposta consensual prevista especificamente em lei.<sup>303</sup> Tal posição, interessantemente, também qualifica a situação de Portugal como de “legalidade aberta”, na esteira do recém mencionado. A determinação do acordo processual, portanto, não se trata de uma faculdade do Ministério Público, mas de um autêntico *poder-dever*.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> Ver CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000, p. 38-39.

<sup>303</sup> Ver CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000, p. 41-42. Em especial: “Só que, a ser assim, não se vislumbram interesses, cuja protecção imponha a decisão de acusar, diversos daqueles que já são acautelados pelos requisitos exigidos para a promoção do arquivamento ou da suspensão provisória (exigências de prevenção geral e especial, gravidade do facto, gravidade da culpa, reparação do dano). Por outras palavras: a ‘conveniência’ da decisão de acusar só pode derivar da falha de um dos pressupostos legais da diversão. De onde decorre que a chamada ‘oportunidade’ consiste apenas num juízo sobre a verificação dos pressupostos legais do arquivamento e da suspensão. Afastada a relevância de interesses transcendentais ao sistema penal, e não sendo possível identificar interesses jurídico-penais diferentes daqueles que condicionam o arquivamento e a suspensão, há que admitir que o MP, ao concluir pela verificação positiva dos respectivos pressupostos legais, se encontra constituído no dever (poder-dever) de arquivar / suspender o processo, tal como a insubsistência daqueles pressupostos determina o dever de acusar. Dificilmente se poderá falar, portanto, de oportunidade em sentido próprio. Trata-se, mais uma vez, de um juízo cujo resultado constitui o MP num dever, embora um dos sentidos da decisão desemboque num limite ao princípio da legalidade: o dever de acusar cessa através da emergência de um dever de arquivar / suspender o processo. Do mesmo modo, a decisão de acusar só pode ser fruto do princípio da legalidade, e não de uma qualquer conveniência ou oportunidade, pois pressupõe a insubsistência dos requisitos legais que permitem limitar tal princípio.”

<sup>304</sup> Neste sentido, sobre a suspensão portuguesa, ver: CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000; CARMO, Rui do. A suspensão provisória do processo no código de processo penal revisto – alterações e clarificações. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 9, p. 321-336, 2008, p. 324-325; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de*

## 2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS: SISTEMAS PROCESSUAIS ESTRANGEIROS E O IMPACTO DO CONSENSO NA ESTRUTURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL NAS EXPERIÊNCIAS ANALISADAS. OS PRINCÍPIOS DA OPORTUNIDADE E DA OBRIGATORIEDADE APLICADOS

As experiências estrangeiras estudadas dão concretude a aspectos antes apresentados apenas de maneira teórica: as diferentes formas como os países vão se moldando às novas formas de solução do conflito penal. Com caminhos diferentes, pudemos notar como em cada uma das experiências brevemente apresentadas o aspecto da *cultura processual local*<sup>305</sup> ficou marcado nas soluções adotadas, moldando institutos jurídicos. Na comparação com o caso brasileiro ficaram marcadas relevantes diferenças, que podem ser explicadas pelo elemento da *tradição*, que opera distintos efeitos em cada localidade considerada.

Nos casos estudados, os contextos de maiores reformas ficaram no lado dos países da Europa Continental. Nos Estados Unidos, a introdução do consenso se dá significativamente antes dos demais países estudados, já tendo registros de sua adoção mais ampliada a partir do século XIX. Assim, o estudo do caso do país norte-americano demonstra a apreensão de um objeto já maturado durante mais de um século, em um contexto de mais ampla liberdade acusatória, lastreado no princípio da oportunidade. Nos países europeus, assim como ocorre no caso brasileiro, os ventos consensuais em matéria criminal são bem mais recentes, operando seus efeitos a partir das últimas décadas do século XX. Na Itália, a introdução de tais mecanismos ocorreu em paralelo com a busca de *adversarização* de seu sistema processual penal. Mais do que isso, o processo histórico foi significativamente intrincado, com modificações legislativas e até na Constituição, com idas e vindas de decisões da Corte Suprema, para que se conformasse o ordenamento tal como o vemos hoje. No caso de Portugal, pudemos observar um movimento menos radical por mudanças, as quais foram paulatinamente sendo inseridas. Processo esse que guarda muito mais semelhança com o ocorrido no Brasil, com as hipóteses de consenso – tanto lá, quanto cá – sendo posteriormente ampliadas. E, nos

---

*Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 759.

<sup>305</sup> Mesmo em um contexto de reforma, esse aspecto é ressaltado por Teresa Armenta Deu: (ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 137-138). Em especial: “*Trasladar una institución no se hace “en el vacío” sino en un conjunto de instituciones y de prácticas jurídicas que modifican frecuentemente el resultado, al margen de la capacidad transformativa en el tiempo que dicha traslación comporte. Por no mencionar otro aspecto trascendental, cual es que dos sistemas de procesos penales no son sólo una forma de resolver un conflicto o de distribuir funciones entre una serie de sujetos, sino más fundamentalmente formas de concebir algo tan arraigado en la cultura de un país como la administración de justicia, que a su vez hunde sus raíces en el devenir histórico y la conformación de la sociedad.*” (p. 137).

casos de países de tradição romano-germânica, o princípio da obrigatoriedade foi tensionado em função da chegada do consenso.

Antes de retomarmos os principais achados que particularizam cada um dos países estudados, é necessário registrar traços comuns que eles ostentam. Talvez o principal deles seja o de que há uma tendência à existência de mecanismos que de alguma forma se afastem do modelo clássico de adjudicação plena. Tal diagnóstico não é propriamente novo, tendo sido exaustivamente demonstrado em já mencionado estudo comparado de Maximo Langer.<sup>306</sup> Mesmo assim, a análise detida de cada um desses três países foi elucidativa no sentido de ilustrar esse aspecto com casos concretos, agregando o fato de que os processos históricos demonstram como, mesmo em um cenário global de ampliação de espaços para crescimento das soluções ditas “alternativas”, cada país lidou de forma muito particular com a consensualidade.

Interessante chegar em implicações teóricas que comparatistas já sugeriram, como Stephen Thaman, que sustentara que as alternativas verificadas em diversos sistemas ao redor do globo são desenhadas para, de alguma forma, escapar do modelo de *full-blown trial* (em tradução livre, *processo penal conflitivo julgado*),<sup>307</sup> sendo os caminhos para isso os mais distintos. Nos EUA, há um modelo lastreado numa negociação bastante livre entre as partes, permitida pelo princípio da oportunidade da ação penal, enquanto, nos países europeus, com diferenças nos institutos, há um modelo mais regulado e regrado de saídas consensuais para colocar fim ao processo com imposição de sanção. No Brasil, de tradição semelhante aos países europeus, parece-nos claro que a solução adotada foi semelhante, de criação e posterior ampliação de institutos de consenso bem regrados e delimitados. Como ficou marcado, a própria conformação dos institutos possivelmente beba da estruturação da persecução penal lastreada no princípio da obrigatoriedade.

---

<sup>306</sup> A análise comparada com elementos quantitativos feita pelo autor é significativa para demonstrar em números a expansão e o impacto dos “*trial-avoiding conviction mechanisms*”, que redundam no identificado fenômeno da administratização da Justiça. Embora, para os fins metodológicos escolhidos pelo autor (por não terem como resultado uma condenação criminal em sentido estrito), tanto o caso brasileiro quanto o português não se enquadrem na moldura daquelas soluções assemelhadas ao *plea bargaining* de resolução não-judicial, entendemos que são parte de uma mesma tendência internacional de simplificação e resolução mais rápida de conflitos, inclusive em âmbito criminal. Ver LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, Palo Alto, v. 4, p.1-66, Sept. 2019. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3453576>. Acesso em: 2 out. 2022, p. 1-8.

<sup>307</sup> Ver THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (ed.) *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 331-393.

Sobre os países concretamente considerados, resta claro que os Estados Unidos acabam sendo o modelo com a chegada mais antiga da negociação no direito penal e que, por sua consolidação e disseminação, representa um “artigo de exportação”. Por isso que o estudo de seu sistema jurídico com os institutos pertinentes se mostrou tão relevante. Apesar de algumas semelhanças destacadas (como entre o instituto do “*deferred prosecution agreement*” com o acordo de não persecução penal), interessa ao presente estudo marcar as notáveis diferenças presentes entre as realidades estadunidense e brasileira. E isso vai além do papel desempenhado pelos sujeitos processuais, ou mesmo da conformação específica de um ou outro instituto existente. A divergência maior a ser destacada está na própria estruturação da persecução penal no que toca à relação com a ação penal. E, mais uma vez, recorreremos ao princípio que a rege: no caso dos EUA, podemos identificar a *oportunidade* da ação penal pública.

Essa diferença não é singela, mas estruturante. A maior liberdade conferida ao órgão acusatório para definições de como se proceder à persecução penal de natureza pública acaba por pautar a interpretação dos institutos. A ausência de critérios legais rígidos sobre a necessidade de se proceder à saída consensual, ou enveredar pela via conflitiva, é decisiva para a qualificação de tal persecução penal. E esses são predicados típicos de um sistema alimentado pelo princípio da oportunidade. Longe de ser uma filigrana teórica, trata-se de elemento central para a compreensão do sistema estadunidense.

E foi nesses termos que as diferentes saídas consensuais foram gestadas. Assim, ainda que a paisagem de determinados institutos de consenso concretamente considerados possa guardar algumas semelhanças, as quais fizemos questão de apontar, a diferença sistêmica é marcada, e merece ser destacada. O caso brasileiro (e de outros países de tradição jurídica romano-germânica) acaba por se diferenciar decisivamente do modelo dos EUA pela forma como sua persecução penal se estrutura. É dizer, o princípio da obrigatoriedade como estruturador da ação penal é central para determinar esse afastamento. A concessão de poderes *discricionários* para os membros do Ministério Público, na forma como ocorre no âmbito dos EUA, acabou por não ocorrer nos países europeus continentais estudados e no Brasil.

E tal distanciamento não é algo propriamente novo quando se trata de institutos de consenso no Brasil. Isso porque, ao menos desde os debates inaugurais do que veio se tornar a Lei nº 9.099/1995, já se mencionava especificamente o caso estadunidense, para se afirmar justamente que não se pretendia implementar no país um modelo com tamanha liberdade para o órgão acusatório (ver Seção 4.2.1). Embora o caso estadunidense seja conhecido nos fóruns internacionais, e o modelo negocial do *plea bargaining* seja frequentemente mencionado em discussões sobre o avanço do consenso, isso não implica a sua adoção (ou algo diretamente nele

inspirado) nos ordenamentos jurídicos dos países que passam por reformas. Se tal afastamento estava apenas no plano discursivo, inicialmente, a formatação concreta dos institutos acabou por confirmar a construção de um outro modelo *à brasileira*. Ainda que com a presença do consenso cada vez mais relevante, o que pode ser apontado como influência dos EUA, o Brasil acabou tomando um rumo bastante distinto, isto é, com a manutenção da obrigatoriedade da ação penal, e com uma atuação vinculada dos membros do órgão acusatório.

No caso da Itália, pudemos observar um movimento que declaradamente buscou aproximar o seu ordenamento jurídico daquele encontrado em solo estadunidense. Isso tanto do ponto de vista da busca por uma feição mais *adversarial*, isto é, de um mais autêntico processo de partes, como do ponto de vista da introdução do *consenso*. Chama a atenção um modelo de obrigatoriedade da ação penal com assento constitucional, como o italiano, envolto em processo de modificações legislativas para a ampliação de saídas que escapam ao modelo tradicional de um processo disputado. E nesse sentido a comparação com o caso brasileiro se tornou ainda mais interessante, pois o principal instituto italiano, o *patteggiamento*, embora possua uma rigidez em sua regulamentação para fins de definição de hipóteses de incidência e forma de se realizar o acordo processual, possui menor delimitação do ponto de vista do momento processual a ser proposto. Longe de ser uma filigrana teórica, isso impacta na formatação do próprio instituto e da estruturação da persecução penal. Embora com maior liberdade no que toca ao momento processual de propositura de um acordo processual, o órgão acusatório não necessariamente deve concordar com a solução consensual para ser ela aplicada – tendo o juiz, em tais casos, poder de, ao final da instrução, aplicar os benefícios que seriam originados de um acordo não aceito (injustificadamente) pelo MP.

Em Portugal, registramos que o principal instituto de consenso, a suspensão provisória do processo, possui um espectro mais alargado (do que o brasileiro) de hipóteses no que toca ao momento de propositura do referido acordo processual. Todavia, diferentemente do caso italiano, em solo luso temos uma mais minudente regulamentação dos exatos cenários em que o consenso é proposto, ainda que seja ele previsto em distintos procedimentos especiais. Mais do que isso, a regra é ocorrer em fases preliminares, funcionando como antecedente à disputa. Mesmo com essa formatação, chamou especialmente a atenção, no caso português, a existência de documento oficial da Procuradoria-Geral da República com instruções (ou *guidelines*) específicos para o cumprimento pelos membros do MP. Isso denota uma tentativa de maior vinculação institucional em direção a uma uniformidade não apenas na aplicação das (antecedentes) saídas consensuais, como também no que toca aos critérios utilizados para tanto. Interessante se notar que, mesmo em contextos de ordenamentos jurídicos com raízes

semelhantes, e com a vigência do princípio da obrigatoriedade, a forma de manifestação dos institutos concretamente considerados pode variar e, como efetivamente se verificou, resultar em diferenças relevantes no que toca à conformação da persecução penal.

Embora no caso dos dois países europeus se possa falar em obrigatoriedade e, mais ainda, em *poder-dever* da parte do membro do órgão acusatório em verificar as hipóteses de incidência do consenso, é fato que a feição de tal mandatoriedade é diferente na Europa (ao menos nos dois países estudados) e no Brasil. Isso demonstrou a riqueza de se analisar experiências comparadas, pois, ainda que com nomes semelhantes e mesmo com eventuais inspirações recíprocas, a formatação dos institutos impacta na interpretação jurídica de cada um dos sistemas. Assim, tanto a obrigatoriedade como outros conceitos correlatos, como a discricionariedade do membro do órgão acusatório, encontram diferentes acepções em cada um dos casos concretamente considerados. No Brasil, por exemplo, há maior controle e determinação sobre o momento processual a ser verificado pelo membro do órgão acusatório, enquanto que, na Itália, há um menor poder de decisão nas mãos do MP e, em Portugal, destacamos a existência de tentativa de centralização administrativa sobre a necessidade de mandatoriedade da aplicação das saídas alternativas pelos representantes do Ministério Público.

Tendo nos debruçado sobre três modelos estrangeiros, passaremos então à segunda parte desta Tese, com o foco específico no sistema processual penal brasileiro. Os movimentos vividos por esses países, que possuem alguma influência em nossa realidade, serão mencionados mais à frente, quando pertinente.



**PARTE II**  
**O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**





### **CAPÍTULO 3 DO PROCESSO PENAL ESTRITAMENTE DISPUTADO À ABERTURA AO CONSENSO DO MODELO BRASILEIRO**

Após a incursão sobre o estudo dos sistemas processuais, com foco nas classificações possíveis e distinções mais relevantes para os fins desta Tese de Doutorado, bem como o breve mergulho nas experiências estrangeiras, com foco no olhar acerca do caráter obrigatório (ou não) da ação penal pública e da porosidade às soluções consensuais, voltamos aqui a atenção ao modelo brasileiro. Passaremos a apresentar com mais detalhe a evolução do quadro normativo de nosso ordenamento jurídico, com descrição das principais características de dispositivos legais que importam para a compreensão da nossa tradição jurídica em torno do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública e de como se deram o surgimento, consolidação e ampliação dos diferentes mecanismos de consenso em solo nacional.

E, antes de adentrar nos efetivos mecanismos que foram sendo introduzidos em nosso ordenamento jurídico a partir da promulgação da Constituição de 1988, importa dar um passo anterior para buscar compreender a forma como nosso sistema se estruturava antes dessas significativas mudanças. Faremos, assim, uma exposição dividida em dois momentos, para efeitos de comparação de cada um dos quadros nos distintos momentos históricos: primeiramente, o momento que chamamos de *caldo cultural* do sistema processual brasileiro e, na sequência, abordamos as *rupturas* nessa tradição cultural presente no país.

A análise empreendida neste Capítulo será guiada pela identificação do princípio da obrigatoriedade à luz do marco teórico explorado na Parte I, em especial da presença de elementos das Justiças disputada e consensual. Além disso, buscamos compreender como a literatura organizou teoricamente esse sistema processual em mudança, com uma análise crítica acerca da aderência dos conceitos ao quanto verificado na normativa processual. Há valiosa possibilidade de descrever as interpretações teóricas acerca ação penal de iniciativa pública no país.

### 3.1 NOTAS METODOLÓGICAS: DO CALDO CULTURAL DA OBRIGATORIEDADE À SUA RUPTURA. JUSTIFICATIVA DA ANÁLISE HISTÓRICO-NORMATIVA E TEÓRICA A PARTIR DO CPP DE 1941

Antes da apresentação do cenário encontrado na realidade concreta brasileira, destrincharemos os aspectos metodológicos a serem observados na análise que se segue, explicitando, inicialmente, a escolha pela análise histórica tendo como marco fundante o Código de Processo Penal de 1941. Após, ainda nestas notas metodológicas, exporemos com mais vagar as características a serem observadas na realidade normativa, como a porosidade ao consenso e o princípio estruturante da ação penal de iniciativa pública. Por fim, justificamos a razão de, em cada um dos grandes recortes temporais feitos, fazermos uma análise teórico-doutrinária, com foco na interpretação acerca da ação penal no país.

Após as incursões teóricas e da breve análise de experiências estrangeiras da Parte I, dedicamos esta Parte a uma abordagem específica do ordenamento jurídico brasileiro. Antes, entretanto, de realizarmos um estudo vertical sobre os institutos consensuais concretamente considerados, entendemos como relevante percorrermos um passo anterior para analisarmos a formação do sistema processual brasileiro. De forma análoga ao que fizemos quando da análise de experiências estrangeiras (ver Capítulo 2), utilizamos categorias teóricas (explicitadas no Capítulo 1) para interpretar o ordenamento jurídico como um todo. Isto é, buscamos categorizar as características reinantes em um dado período histórico, para definir quais as feições determinantes para que o sistema jurídico seja qualificado.

Sobre a análise histórica a ser empreendida, optamos por um recorte pragmático, que tem como marco inicial de análise o Código de Processo Penal de 1941. Isso porque se trata da norma que orienta a persecução penal em nosso país, sendo tal codificação utilizada como base para a realização de Justiça no âmbito processual criminal. Não se tem a pretensão, com isso, de realizar um levantamento historiográfico para determinar as origens das normas jurídicas presentes no CPP. O que importa é ter essa Lei como lastro para as inferências que serão feitas, utilizando a referida codificação como a base fundante do nosso sistema processual, no sentido de ser a norma jurídica que exprimiu significados que pautaram a persecução penal a partir de então.

O Código de Processo Penal é utilizado como a norma jurídica que retrata o primeiro momento analisado de nossa processualística moderna, a que chamamos de *caldo cultural* do sistema brasileiro. Analisaremos, assim, as suas principais características, tendo como foco a marca registrada da persecução penal daquele período: a obrigatoriedade da ação penal de

iniciativa pública. Esse sistema é, na sequência, comparado com uma nova ordem, vinda de modificações normativas. Mudanças essas oriundas do próprio texto constitucional e de legislações que foram se acumulando nos anos seguintes, fazendo com que tivéssemos o que chamamos de *ruptura na tradição cultural* então descrita. Sobre isso, utilizamo-nos do mesmo expediente para sustentar e demonstrar tais mudanças. A divisão dos tópicos busca contrastar cada um desses momentos do sistema processual brasileiro, possibilitando uma análise espelhada sobre cada um dos momentos analisados.

O objetivo não é meramente *rotular* um dado sistema processual, mas demonstrar a quais cargas históricas um dado ordenamento jurídico responde, o que auxilia na compreensão da sua conformação, assim como da porosidade a eventuais mudanças. E isso será realizado para cada um dos momentos históricos considerados: o primeiro, a partir do Código de Processo Penal de 1941, o qual se contrasta com aquele inaugurado com a promulgação da Constituição de 1988.<sup>308</sup>

Insta registrar que, após a análise das feições gerais do sistema processual encontrado em cada um dos períodos considerados, empreenderemos uma análise doutrinária. Esse passo consiste em uma revisão da literatura, especificamente no que toca à interpretação acerca da ação penal de iniciativa pública. Com os elementos identificados em cada momento sobre o nosso ordenamento jurídico, buscamos compreender como que a literatura especializada definiu os contornos da ação penal. E, considerando o objeto principal da presente Tese de Doutorado, identificamos o papel desempenhado pelo princípio da obrigatoriedade. Apresentamos a forma inicial como era visto, como uma relevante norma fundante do que chamamos de caldo cultural tradicional, e, após, como isso foi se transformando no momento das rupturas em nossa tradição jurídica, desde a sua identificada mitigação até chegarmos ao ponto de haver vozes defendendo o abandono de tal princípio.

Do quanto apresentado, resta claro o objetivo deste Capítulo: fazer uma análise panorâmica, com viés histórico-analítico, tendo como base o Código de Processo Penal e chegando até as mais recentes mudanças legislativas. Isso tudo para construir um quadro analítico acerca do sistema processual penal brasileiro e mapear as principais considerações teóricas sobre a ação penal de iniciativa pública.

---

<sup>308</sup> Vale registrar que as datas são meras referências e foram colocadas baseadas em marcos jurídicos relevantes. O importante é identificar *movimentos de mudanças*, que podem ter nesses momentos históricos indicativos das modificações que se consolidaram com o passar dos anos. Por essa razão que não explicitamos nos títulos uma divisão por datas, mas fazemos referências aos marcos relevantes, de forma a se localizar no tempo os eventos significativos que dão lastro para a análise empreendida.

Explicado e justificado o objetivo geral, passemos às características observadas no caldo cultural clássico, bem como no momento da ruptura da tradição cultural, tanto do ponto de vista da conformação geral do sistema processual, quanto daquelas buscadas na análise doutrinária.

Sobre as principais características observadas, dividiremos a exposição dentro dos dois grandes grupos analíticos considerados para cada um dos períodos observados (*caldo cultural* e da *ruptura da tradição cultural*). O primeiro grupo analítico é o relativo à estruturação da persecução penal, dentro do qual observamos os predicados gerais que identificam um dado sistema processual. Já no segundo grupo, trataremos de análise doutrinária, que se refere à forma como a literatura especializada apreendeu os fenômenos anteriormente descritos, notadamente no que toca à conformação da ação penal de iniciativa pública.

Sobre a forma de exposição da estruturação da persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvemos a análise levando em consideração as principais características já trabalhadas no Capítulo 1. Numa abordagem bastante panorâmica, faremos referência às características gerais do sistema processual, com eventuais menções às categorias tradicionais. Entretanto, serão tais elementos tratados com a acessoriedade que possuem para a compreensão do objeto, vez que a dicotomia que será chave para a compreensão é aquela que contrapõe os diferentes modos de solução do conflito penal, entre disputado e consensual. Até porque, a acusatoriedade ou a adversariedade, conforme já desenvolvido, são predicados que, geralmente, são utilizados para descrição do âmbito disputado da resolução de conflito penal, sem maior influência na variável de maior relevância para a análise, que é dos mecanismos de consenso. Mais especificamente, de verificação do seu impacto, e conseqüente tensionamento, da antes absoluta obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

No que toca à característica da porosidade ao consenso, pode-se dizer que um debate estruturado ainda é incipiente. Fenômeno recente no país, a consensualidade passou ao largo de nossas principais construções doutrinárias e se tornou mais relevante apenas na metade dos anos 1990, quando os primeiros institutos deste gênero entraram na legislação brasileira. Isso não nos dispensa da tarefa de observar com cuidado os dois momentos: o inicial, em que existia solitária a saída disputada em âmbito criminal, e aquele posterior, em que se introduziram as saídas consensuais, convivendo com a realidade do confronto.

Após a análise sobre características marcantes que estruturam a persecução penal em cada período, dedicamo-nos ao aspecto doutrinário, fazendo um mergulho na forma como a literatura interpretou a ação penal de iniciativa pública em cada um desses momentos distintos. Para tanto, observamos os conceitos que orbitam tal temática, com foco grande no aspecto que integra o título da presente Tese de Doutorado, que é *o princípio da obrigatoriedade*. Registre-

se que esforço semelhante de análise da doutrina para fins de exposição das categorias jurídicas existentes foi feito por Vinicius Vasconcellos,<sup>309</sup> certo que algumas de suas inferências foram consideradas.

É interessante também sublinhar desde logo que a nossa doutrina, habituada a um sistema estritamente disputado, não conseguiu integrar a contento o mundo consensual com o até então exclusivo solucionamento disputado. Daí a importância de ressaltarmos as características de nossa legislação e as principais interpretações imanentes, de forma a medir o impacto das mudanças experimentadas, para colocarmos em perspectiva esse movimento de chegada e consolidação de um paradigma consensual, que se enraizou no Brasil.

Ainda, buscaremos situar as opiniões doutrinárias, tanto quanto possível, no momento histórico em que elas foram formuladas, o que se faz por motivos de rigor analítico, reforçado pelo fato de que as recentes mudanças legislativas podem motivar eventuais (re)posicionamentos teóricos. Como última nota metodológica, registramos que a maior parte das referências teóricas utilizadas nesta etapa são brasileiras, o que se justifica pelo objeto específico deste tópico, sem prejuízo de eventuais menções localizadas a debates internacionais<sup>310</sup> sobre a matéria.

### 3.2 O CALDO CULTURAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Para melhor compreender o impacto das mudanças recentes que são alvo prioritário da presente Tese de Doutorado, focamos a análise em apresentar o caldo cultural que se formou em nosso ordenamento jurídico. Ou seja, as experiências que foram por muito tempo compartilhadas pelos principais atores do sistema de Justiça, por meio da interpretação e aplicação das leis postas, para estruturar nosso sistema processual de persecução penal. Pois é do marco normativo fundamental para a formação desse caldo cultural que partimos, isto é, do Código de Processo Penal de 1941.

---

<sup>309</sup> Ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 33-53. A discussão acerca de obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública não é central na obra do referido autor, sendo ela utilizada como uma forma de acessar o modo como a barganha no processo penal seria lida no contexto brasileiro. Ademais, importa registrar que, quando da publicação original do referido trabalho, o instituto do acordo de não persecução penal, que generaliza a possibilidade de consenso para grande parte dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não existia.

<sup>310</sup> Debates internacionais são mencionados quando pertinentes, mas não pretendemos realizar uma exaustiva revisão da literatura estrangeira sobre a ação penal de iniciativa pública, vez que isso fugiria do principal escopo do presente tópico, que consiste na compreensão com verticalidade do fenômeno no Brasil.

### 3.2.1 Estruturação da persecução penal: o CPP de 1941

Sem a pretensão de realizar uma análise historiográfica exaustiva de nossas leis, partiremos do Decreto de nossa codificação processual para apresentar a forma como se estruturou a persecução penal em nosso ordenamento jurídico a partir desse período. Isso, por certo, agrega para a compreensão da magnitude das mudanças posteriormente realizadas, principalmente no que toca à maior acusatoriedade e à introdução do consenso em matéria criminal.

À guisa de introito necessário, é de se registrar que o nosso Código de Processo Penal foi elaborado em um contexto no qual o país não vivia sob um regime democrático, em meio ao Estado Novo (1937-1945). Isso não significa assumir, de forma simplista, que toda e qualquer disposição da legislação elaborada no período terá necessariamente uma feição autoritária,<sup>311</sup> mas, de toda sorte, o contexto histórico jamais pode ser ignorado<sup>312</sup> quando da análise de um documento jurídico.

Vale registrar que referida norma jurídica foi decretada pela Presidência da República, regulando os principais aspectos que regem as relações processuais penais, e, mesmo com determinadas modificações,<sup>313</sup> o texto guarda parte de seus dispositivos até hoje, não tendo

---

<sup>311</sup> Ainda que, com apoio na literatura, possamos apontar que o CPP tinha uma inspiração autoritária e tal característica se refletia em suas disposições. Nesse sentido, ver: VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/ago. 2018, p. 790-792.

<sup>312</sup> Sobre o contexto histórico, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, publicada em 13/10/1941 e assinada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, guarda importantes indícios do caráter marcado de proteção ao Estado em detrimento de garantias individuais. Veja-se alguns trechos emblemáticos, no capítulo de contexto sobre as reformas a serem empreendidas: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. [...] As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do in dubio pro reo.”.

<sup>313</sup> Até hoje, não foi transformada em lei a ideia de promulgar um Novo Código de Processo Penal. Entre seus projetos de modificação, aquele recente que mais demonstrou aptidão para tal foi o PLS 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, tendo como base um texto de anteprojeto elaborado pelos juristas Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Segundo alguns de seus autores e entusiastas, o texto “[...] consiste na compatibilização do processo penal brasileiro com os valores democráticos da Constituição de 1988, em especial o princípio acusatório. O sistema processual penal vigente no país é estruturado a partir do Decreto-lei 3.689, instituído por Getúlio Vargas em 3/10/1941. Trata-se de cópia (ou quase isso) do Código Rocco italiano de 1930, o qual tem por base, além de ideais fascistas, uma estrutura inquisitorial”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei “anticrime”: mirando a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 9 dez. 2021. Sobre o referido projeto, ver Seção 6.5.

havido uma completa revogação, como houve com o Código de Processo Civil (introduzido pela Lei nº 13.105/2015). Iniciaremos, então, a descrição com os elementos mais gerais do sistema processual, em sua relação com a obrigatoriedade, para, após, tratar do aspecto atinente à dicotomia entre disputa e consenso.

### ***3.2.1.1 A obrigatoriedade imanente ao sistema de persecução penal inquisitiva e de matriz inquisitorial***

Trata-se o Código de Processo Penal de legislação com um carácter marcadamente *inquisitivo*, com características relevantes como a dos poderes instrutórios do juiz, o qual se porta não apenas como destinatário da prova, mas também como um agente com iniciativa para buscá-la. Trata-se de um representante do Estado que não apenas possui como atribuição o julgamento, como detém possibilidade de *ativamente* determinar a realização e produção de elementos de prova, capazes de influenciar no deslinde da instrução processual e, naturalmente, na decisão final do caso. Essa marca é possivelmente aquela mais definidora de um ideal inquisitivo: presença de relevantes zonas de intersecção entre os papéis de julgador e acusador, concentrados em um mesmo ator da relação processual.

Esse, possivelmente, seja um dos traços que mais afaste a redação original de um modelo qualificado como acusatório. Em verdade, da sobreposição do magistrado a um papel de órgão acusador.<sup>314</sup> Em função da expressividade de tais características, há posições bastante definidas no sentido de que o sistema processual brasileiro, em sua fundação, seria de *base inquisitiva*. Nesse sentido, o Código de Processo Penal possui uma maior inclinação de prever mecanismos de controle da prova pela figura do magistrado, o que é uma característica dessa inquisitividade.<sup>315</sup>

Ainda sobre o papel do magistrado, era uma figura que se aproximava de uma parte, com possibilidade de influenciar os rumos do processo, atuando de ofício para buscar a

---

<sup>314</sup> Ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, 2009. p. 111. Em especial: “Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiciendo o órgão acusatório.” (p. 111).

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 111. E é interessante notar que o autor sustenta essa característica mesmo com as reformas empreendidas no final da década de 2000, veja-se: “O CPP – e o sistema como um todo – como poucos outros instrumentos legais, oferece condições quase ilimitadas para o agir jurisdicional nesse âmbito (de busca e produção da prova), em qualquer das fases processuais, agora ainda mais ressaltado pelas regras do art. 156 (CPP), com redação da Lei n. 11.690, de 09.06.08, comprovação inequívoca de ser o sistema, na base, inquisitorial” (p. 111).



verdade.<sup>316</sup> Ocorre que isso poderia causar desequilíbrios na relação processual, com uma confusão entre o papel do julgador com aquele desempenhado pelas partes. Nesse sentido, é frequentemente mencionado o art. 156 do CPP<sup>317</sup> (que veio a ser modificado apenas em 2008), que trata da mais clara hipótese de o magistrado determinar diligências de ofício, sempre no intuito de influenciar na persecução penal para a descoberta da verdade.

Devemos mencionar outros dispositivos com objetivos semelhantes. Referimo-nos a possibilidades de atuação de ofício do magistrado, com a justificativa de fundo de contribuir para a elucidação da verdade, mas que, vistas por outro ângulo, podem representar atividades em substituição à função da acusação. São elas referentes à possibilidade de determinação de ofício de determinadas medidas, como de incidente de falsidade e de busca e apreensão (arts. 147 e 242,<sup>318</sup> respectivamente).

Outro aspecto digno de menção se refere ao procedimento de controle do inquérito policial então adotado (CPP, art. 28).<sup>319</sup> Pela sistemática prevista, era o magistrado o responsável por, discordando das razões de arquivamento invocadas pelo Ministério Público, remeter os autos à revisão hierárquica do órgão acusatório. A própria forma como a doutrina hoje se refere ao controle eventual exercido pelo juiz dá pistas de característica inquisitiva: “controle anômalo”<sup>320</sup> é expressão comumente encontrada. Trata-se, como se nota, de função atípica a ser exercida pelo magistrado, de controle da persecução penal (ou da *obligatoriedade*

<sup>316</sup> Ver VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/ago. 2018, p. 791.

<sup>317</sup> Redação original do CPP: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”. A título de registro, foi apenas por meio da Lei nº 11.690/2008 que a referida redação foi modificada, em direção a uma prática mais identificada com a acusatoriedade, restringindo e regulando as hipóteses de atuação de ofício do magistrado. Veja-se a nova redação: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”.

<sup>318</sup> São os outros dispositivos mencionados: “Art. 147. O juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade.” e “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.”

<sup>319</sup> Da redação original do Código de Processo Penal: “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>320</sup> Ver BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O sistema acusatório e o arquivamento do inquérito Policial. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 122-125. TAVARES, Guilherme Fernandes Ferreira. As novas normas sobre o arquivamento do fato penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 166-169; LIMA, Renato Brasileiro de *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 235.

de sua propositura), que, feita dessa forma, poderia prejudicar sua imparcialidade frente ao caso, vez que, para divergir das razões mobilizadas pelo membro do MP, deve ele se imiscuir nos elementos de prova já angariados para, só assim, provocar a revisão administrativa pelo órgão hierárquico do Ministério Público.

Pelo que se nota, a original inquisitividade do CPP era um traço característico. Mas, sua existência não era a responsável por pautar as discussões em torno do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A divisão entre os papéis do agente de Estado não possui uma influência direta na forma de se estruturar a persecução penal em torno da ação penal pública. Ou seja, esses parâmetros são relevantes, pois fornecem uma imagem geral de como a persecução penal é organizada, mas não possuem influência direta nos princípios que informam a ação penal. Mesmo no caso do controle do arquivamento do inquérito policial, não há uma vinculação tão direta, pois, modificado o ator estatal responsável por seu controle, não se afeta com vigor o princípio da obrigatoriedade – como efetivamente ocorreu após a reforma empreendida pela Lei Anticrime. Ou seja, uma vez mais apontamos os limites existentes nas categorias tradicionais para fins do objeto do trabalho.

Na sequência da análise sobre aspectos gerais, e para além das características já descritas, vale registrar a presença de uma maior direção estatal no sentido da produção da prova ao longo do processo penal. O controle da persecução penal nas mãos do Estado é característica do tipo de influência que temos em nosso país na fundação do sistema processual. O paradigma da busca pela verdade é relevante em nossa cultura jurídica e pode ser relacionado com a tradição inquisitorial (não adversarial) que informa o nosso direito processual, que tem o CPP como marco analítico.

Outro aspecto relevante está na figura do representante do Estado-juiz. O magistrado, no desenho de nosso Código de Processo Penal original, possuía uma proeminência na persecução penal. Para além de não raramente se valer de competências associadas a uma atividade acusatória, ele presidia o processo penal com uma centralidade ímpar. Exemplo valioso disso está na própria audiência, momento máximo do exercício do contraditório (entre as partes), e no qual os debates se voltavam essencialmente ao juiz. Pelo que se lê da redação original do art. 212 do CPP,<sup>321</sup> o magistrado possuía maior importância nas inquirições de testemunhas e do próprio acusado, sendo o primeiro a inquirir as pessoas e a figura com maior importância na realização de tal atividade.

---

<sup>321</sup> Da redação original do Código de Processo Penal: “Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.”

Essas características demonstram um traço relevante, com ecos até os presentes dias, em nossa tradição jurídica: um processo penal com controle oficial. Isso resulta em dois parâmetros relevantes a serem observados, que são a busca pela verdade por meio do processo, bem como o proeminente papel do magistrado a ser desempenhado no processo,<sup>322</sup> tendo em vista essa primeira premissa.

À guisa de conclusão, devemos sublinhar a relevância do controle oficial (em oposição à característica da adversariedade) como um traço marcante em nosso ordenamento jurídico-processual. Da mesma forma como se observa quanto à inquisitividade, não há uma vinculação direta entre o predicado da tradição inquisitorial e o princípio da obrigatoriedade. O controle oficial do processo não informa necessariamente a obrigatoriedade, assim como uma maior proeminência das partes não implicaria abertura a algo próximo da oportunidade em um dado ordenamento jurídico. É de se ressaltar que a relação com a busca pela verdade pode variar a depender da tradição jurídica que se considere (ver Seção 1.4.2.3.2), mas isso não significa dar um papel decisivo a esse parâmetro.

A breve descrição do nosso sistema processual penal gestado pelo Código de Processo Penal de 1941 pelas lentes das qualificações tradicionais demonstra a relevância que pode ter em termos de descrição de uma dada realidade. E, de outro lado, aponta para a insuficiência de tais parâmetros para desvendar o papel da obrigatoriedade da ação penal pública. E é no registro da dicotomia entre as Justiças disputada e consensual que teremos marcos teóricos mais relevantes para tal fim. E sobre isso que se dedicará a Seção seguinte.

### ***3.2.1.2 A obrigatoriedade da ação penal gestada no modelo estritamente disputado de persecução penal***

Uma característica fundamental e marcante de nosso processo penal pátrio nesse recorte temporal que conformou a nossa cultura processual da obrigatoriedade é o seu caráter da disputa, tendo como tradição a contenda para a resolução criminal.<sup>323</sup> Essa característica, a

<sup>322</sup> Vale a referência ao conhecido como “procedimento judicialiforme”, previsto nos artigos 531 e seguintes da redação original do CPP, que facultava um procedimento específico, que poderia ser iniciado pelo Delegado de Polícia ou pelo magistrado, nos casos de contravenções penais. Nesses casos, a persecução penal poderia ser iniciada, de ofício, pelo juiz. Para além da não recepção pela Constituição de 1988, tais dispositivos foram expressamente revogados pela Lei nº 11.719/2008.

<sup>323</sup> Ver FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 373-374. O autor utiliza expressão ligeiramente diferente da que vimos utilizando para se referir à feição de nosso ordenamento jurídico, mas que guarda sentido semelhante: tradição de “cunho eminentemente contencioso” (p. 373). Adotamos o termo *disputado*, mas com significado semelhante a este.

que chamamos de marca *disputada* de realização de Justiça e já explicitada teoricamente na Seção 1.4,<sup>324</sup> é identitária do sistema processual brasileiro fundado pelo Código de Processo Penal de 1941. Essa é a marca que conforma a nossa cultura processual quando refletimos acerca de um sistema.

Mais do que isso, não há dúvidas em se afirmar que a lógica do conflito, com a sua *persecução obrigatória* pelos agentes do Estado, reinava sozinha no Código de Processo Penal. Tal modelo advém desde pelo menos o Código de Processo Criminal do Império, o que auxilia na explicação da herança histórica sobre o monopólio da vingança pública e do modo conflitivo de resolução de conflito.<sup>325</sup> Não havia previsão de qualquer instituto que se assemelhasse às soluções consensuais que podemos observar no atual ordenamento jurídico brasileiro (introduzidas por lei apenas nos anos 1990).

Havia, é verdade, alguma forma de benefício ao imputado que de alguma maneira colaborasse com a instrução criminal. Tais benesses, tímidas na redação original do Código de Processo Penal, possuem característica de bonificação a uma colaboração à realização da Justiça, muito mais vinculada à lógica de prêmio para a confissão. Como exemplo em tal sentido, podemos mencionar a redação originária do art. 318,<sup>326</sup> que previa a possibilidade de

<sup>324</sup> Para além da referência ao momento do presente trabalho em que se menciona a distinção teórica, uma vez mais referenciamos a origem de tal dicotomia muito utilizada ao longo desta Tese. Ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27-60.

<sup>325</sup> Ver MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gian Gianpaolo Poggio; PEZZOTTI, Olavo Evangelista. A discricionariedade da ação penal pública. *Argumenta Journal Law, Jacarezinho*, n. 30, p. 353-390, jan./jun. 2019, p. 375-376. Embora fuja do escopo principal da análise, os dispositivos mencionados do Código de Processo Criminal do Império pelos referidos autores são os artigos 37 e 74, abaixo transcritos (na ortografia original), por razões históricas de possíveis antecedentes de institutos que até hoje discutimos: “Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes: 1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras. 2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciaes. 3º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça. [...] Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo: § 1º Nos crimes, que não admittem fiança. § 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. § 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Principes, ou Princezas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia. § 4º Em todos os crimes publicos. § 5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funções. § 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.”. Sobre as origens remotas da obrigatoriedade em nosso país, ver também JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 85-92.

<sup>326</sup> Isso se vê da redação de referido dispositivo, revogado expressamente apenas em 2011, por meio da Lei nº 12.403/2011. No texto original: “Art. 318: Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito.”.

se colocar o réu em liberdade em face de uma sentença absolutória antes do trânsito em julgado, acaso confessasse um crime que havia sido imputado a terceiro ou tivesse sua autoria desconhecida.<sup>327</sup>

De todo modo, a regra era a de sempre haver um processo completo de adjudicação para se chegar à formação de culpa pelo Estado, com a conseqüente aplicação de sanção. Ou seja, o processo penal, em sua forma disputada, com duas partes representando interesses antagônicos e uma terceira na posição de julgadora acerca do conflito, era o *único* modelo existente. A Justiça penal se associava com o seu processamento, na forma de um modelo judicializado em que se decidia sobre as condutas tidas como delitivas, com as partes apresentando teses opostas, colocadas em disputa. Esse era o modo por excelência de solução do conflito penal.

Em tal modelo, não é de se estranhar a presença da *obrigatoriedade* da ação penal de iniciativa pública. É nessa lógica que a obrigatoriedade é gestada. Isso porque, em um contexto no qual a disputa como forma de resolução do conflito criminal impera, parece lógica a ausência de outras mediações para que os órgãos de persecução penal exerçam o seu papel de impulsionar a persecução penal. Havendo suficientes elementos de informação, com indícios de autoria e materialidade delitivas, seria mandatória a persecução penal por meio do regular oferecimento da denúncia e conseqüente processamento do crime perante o Poder Judiciário. Não há forma alternativa de composição, mas o simples processamento da questão pelo Estado, para que, ao final, se chegado ao estabelecimento de culpa, fosse determinada uma pena.

Nesse sentido, foi mantida a lógica de um procedimento administrativo de verificação e investigação iniciais da ocorrência de um conflito, que é o inquérito policial, funcionando tal expediente como aquele “*processo preliminar ou preparatório da ação penal*”.<sup>328</sup> Como

---

<sup>327</sup> Ver BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 359-390. set./out. 2016, p. 362-3654). Como se nota, a regra em um primeiro momento era a prisão processual do acusado até o trânsito em julgado da sentença absolutória. Sobre a aplicação do dispositivo mencionado e da análise da Suprema Corte nos anos 1960: “O caráter utilitário do instituto foi, inclusive, objeto de exame pelo STF, em situação na qual um acusado buscava obter o benefício de apelar em liberdade por ter cooperado. Contudo, assim como a atenuante da confissão, a colocação em liberdade do réu confesso não era aplicada nos casos em que a autoria era conhecida e a colaboração era inócua.” (p. 364-365).

<sup>328</sup> Retirado da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Embora tenhamos destacado preteritamente características do CPP original que relativizam direitos individuais, é de se sublinhar a expressamente marcada característica do inquérito policial como um momento de minorar eventuais persecuções penais apressadas, fundadas no clamor social. Em especial: “[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma

consequência lógica de tal processo, desemboca-se no momento da propositura da ação penal de iniciativa pública, quando, em posse dos elementos indiciários suficientes, deve ela ser intentada pelo membro do Ministério Público, sob pena de revisão,<sup>329</sup> a ser exercida pelo membro do Poder Judiciário e, na sequência, pelo órgão hierárquico do Ministério Público.

Resta claro, pelas breves descrições realizadas, que essa é a variável de relevo para a compreensão da conformação da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública no Brasil. O traço do conflito, reservado a toda e qualquer hipótese, foi determinante para se gestar a ideia de obrigatoriedade. Trata-se de um modelo com coerência interna e que, da forma como funcionava, não criava qualquer sorte de questionamento de ordem teórica. A obrigatoriedade da ação penal, em sua acepção pura, encontrava terreno fértil na lógica exclusiva da disputa do CPP de 1941.

Tal traço marcante conformou o nosso sistema processual penal por décadas. Algum tipo de mudança só se fez ver no horizonte com a promulgação da Constituição de 1988 e a abertura ao consenso em matéria criminal. Em vista da longevidade de tal lógica, dedicamos a próxima Seção a destrinchar as principais interpretações doutrinárias acerca da ação penal de iniciativa pública, gestadas a partir de tal cenário dominante.

### **3.2.2 Interpretação doutrinária sobre a ação penal de iniciativa pública: o princípio da obrigatoriedade**

Feitas as considerações sobre o caldo cultural do sistema processual brasileiro, tendo como marco fundador a sua codificação processual penal de 1941, importa voltar o olhar para

---

provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.”

<sup>329</sup> O Ministério Público é reconhecido como titular da ação penal, com o adendo de ser prevista a intervenção atípica do magistrado na sua esfera de atuação no específico caso de não ser exercida a ação penal. Conforme se coloca na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: “O projeto atende ao princípio ne procedat iudex ex officio, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal. [...] Para dirimir dúvidas que costumam surgir no caso de recusa do promotor da justiça em oferecer denúncia, adotou o projeto a seguinte norma: ‘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.’”. Trata-se, como se nota, da redação original do art. 28 do Código de Processo Penal, que só veio a ser modificada em 2019 – e, vale frisar, encontra-se suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal.

as principais características teóricas identificadas com esse ordenamento jurídico, notadamente o entendimento que se tem sobre o princípio da obrigatoriedade, bem como sua relação com a legalidade (em uma perspectiva processual-penal).

Foi nesse ambiente, de um modo de realização de justiça estritamente disputado, que a noção de *princípio da obrigatoriedade* foi desenvolvida em nosso país. Em outras palavras, nessa tradição jurídica em que o Brasil se inseria, a ausência de disponibilidade da ação penal era um traço característico (e pouco contestado). A legislação e a interpretação doutrinária eram uníssonas até a mudança de nossa Lei Maior. Vejamos, nas próximas Seções, os contornos dessa importante marca em nosso ordenamento jurídico, com detalhamento sobre o princípio da obrigatoriedade e os conceitos que a ele orbitam.

### 3.2.2.1 *Destrinchando o princípio da obrigatoriedade*

Uma análise de dispositivos do Código de Processo Penal sob o prisma da ação penal de iniciativa pública tem o condão de demonstrar, de maneira (ora mais, ora menos) explícita, a opção legislativa consagrada acerca da sua obrigatoriedade. Em sua disposição mais evidente, no art. 24,<sup>330</sup> fica bem estabelecido que a ação penal há de ser exercitada pelo representante do órgão acusatório. Nesse caso e, pode-se dizer, nas demais disposições presentes na codificação processual, não se vislumbra nenhuma forma de ressalva<sup>331</sup> a esse *princípio*<sup>332</sup> apto a reger as relações de processo penal em nosso país.

Tal conceito possui como resultado mais palpável a busca pela garantia da *igualdade* na persecução penal, numa concepção que associa esse predicado ao seu caráter *democrático*.<sup>333</sup> Quando se coloca uma mesma régua, isto é, da necessidade de persecução

<sup>330</sup> Da redação originária do CPP: “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”. Há outros dispositivos por vezes mobilizados pela doutrina para justificar a existência de previsão legal acerca da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, mas, em nossa visão, são eles menos explícitos e definitivos do que o dispositivo mencionado. São eles os arts. 5º, § 3º, 18, 29 e 395, todos do Código de Processo Penal.

<sup>331</sup> Tratamos aqui de ação penal de iniciativa pública, sem fazer maiores considerações acerca da ação penal privada, exceção em nosso ordenamento jurídico e que depende da vontade do particular, a qual não precisa ser motivada e, portanto, não pode ser controlada. Esses fatores retiram o interesse da presente pesquisa, que se foca na análise do sistema processual em suas características mais marcantes, além de merecer maior atenção a atuação dos órgãos estatais na persecução penal – Ministério Público, órgão acusatório por atribuição constitucional, e o Poder Judiciário, responsável pelo controle do processo penal.

<sup>332</sup> Por ora, ficamos apenas com a consagração teórica feita pela literatura. Para aprofundamento sobre a concepção utilizada de princípio, e sua diferenciação com as regras, ver Seção 5.2.

<sup>333</sup> Nesse sentido, de reconhecimento do princípio e de sua associação com uma concepção de democracia, diferentemente da matriz a que chama de princípio da oportunidade, ver JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 56-60. Em especial: “Na verdade, antes mesmo de louvar diretamente este princípio processual, podemos ressaltar a sua importância,

penal (obrigatória) de todos aqueles possíveis delitos que chegarem ao conhecimento do titular da ação penal de iniciativa pública, consagra-se a busca pela *equidade* de tratamento para todo e qualquer caso. Esse é o núcleo fundante do princípio que estrutura a ação penal em nosso país, conforme será aprofundado.

As próximas Seções se dedicarão à organização dos posicionamentos existentes sobre a temática, de modo a registrar a forma como a doutrina nacional prevalentemente compreende o princípio da obrigatoriedade em sua forma *pura*. Nesse sentido, a exposição será iniciada pela apresentação do conceito do princípio da obrigatoriedade, com suas principais características distintivas e impactos notados no ordenamento jurídico pátrio, considerado esse um conceito então amplamente aceito em nosso país. Na sequência, apresentaremos a sua frequente (e equivocada, em nossa leitura) aproximação ao conceito de legalidade, confusão morfológica e teórica que buscaremos clarear. E, por fim, apresentaremos as regras decorrentes do princípio da obrigatoriedade.

#### 3.2.2.1.1 Conceituação da obrigatoriedade

Fizemos breve referência ao conceito majoritariamente mobilizado pela doutrina para explicar o funcionamento da ação penal de iniciativa pública no Brasil e, para formatar as discussões que se seguem, importa buscar nos textos doutrinários as suas mais relevantes definições, que buscam qualificar e amplificar a definição legal contida no já mencionado art. 24 do Código de Processo Penal.<sup>334</sup> O objetivo da presente Seção é descrever os aspectos mais relevantes que singularizam o princípio da obrigatoriedade (em sua acepção pura) da ação penal, vez que se trata de um conceito largamente utilizado e que, por isso, merece ser compreendido, apontando-se seu alcance e eventuais críticas acadêmicas.

A principal característica do princípio da obrigatoriedade da ação penal consiste em, havendo elementos de materialidade e autoria delitivas, ser o órgão acusatório obrigado a enveredar pela via conflitiva de solução do conflito ao oferecer a denúncia criminal.<sup>335</sup> Assim,

---

dialeticamente, desmistificando o falso aspecto liberal do princípio oposto, qual seja, o da oportunidade. Para nós, não há nada de liberal na autorização ao membro do Ministério Público para decidir, no caso concreto, se invoca ou não a aplicação do Direito Penal: não faz qualquer sentido, em uma sociedade democrática, outorgar tal poder a um órgão público. A aplicação inarredável da norma penal cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos." (p. 56).

<sup>334</sup> Trata-se, como falado, do dispositivo frequentemente mencionado pela doutrina, conforme reconhece Renato Brasileiro de Lima (ver LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 235).

<sup>335</sup> Em boa síntese: "O Ministério Público não poderá concluir que há justa causa para a ação penal, mas optar por não exercer o direito de ação mediante oferecimento da denúncia" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182).



frente a elementos de informação em sede de investigação preliminar que indiquem a existência de um fato criminoso, com uma pessoa identificada como responsável pela referida conduta,<sup>336</sup> isto é, não sendo caso de arquivamento, é mandatório que o Ministério Público proceda ao oferecimento da denúncia. Em outras palavras ainda, é lícito se afirmar que, em contato com elementos que indiquem a *justa causa* para a deflagração da ação penal, o membro do *Parquet* é obrigado a oferecer a peça acusatória.

Embora possa haver ligeiras diferenças na forma de apresentar o conceito do princípio da obrigatoriedade, o fundamental é a inexistência de *espaços de escolha*<sup>337</sup> para os representantes do Ministério Público. Numa régua que meça os mais diferentes graus de liberdade conferidas aos membros do órgão acusatório, podemos entender que a obrigatoriedade representaria o seu ponto extremo da ausência de escolha, vez que a atuação ministerial teria como característica mais marcante o caráter mandatório – não sendo caso de arquivamento, como já sublinhado.

Seu conteúdo pode ser singelamente resumido na seguinte afirmação: diante de elementos suficientes de autoria e materialidade delitivas, é *obrigatório* ao órgão acusatório

---

<sup>336</sup> Há diferenças teóricas entre autores com relação aos elementos de condição da ação penal que seriam necessários para justificar a deflagração da ação penal. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 202.) fala em *justa causa*, assim como Renato Brasileiro (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 235), conceito esse sujeito a relevantes e áridas discussões teóricas. Para aprofundamento em tal tema, notadamente sobre a conceituação das condições da ação após a reforma processual da Lei nº 11.719/2008, ver ZILLI, Marcos. Ainda sobre as condições da ação penal. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArts, 2017, p. 231-253.

<sup>337</sup> Vale registrar que a ação por parte do órgão acusatório necessariamente passa pela *interpretação* jurídica dos fatos submetidos a cada um dos seus membros. Nesse sentido, a afirmação quanto à inexistência de escolha ignora o processo prévio de interpretação realizado pelo integrante do Ministério Público, pois, se for considerado que determinados elementos não são indiciariamente suficientes, não haveria que se falar em quebra da obrigatoriedade por conta da sua inação. Esse debate traz conceitos especialmente relevantes para se entender a atuação do órgão acusatório, notadamente a *independência funcional* de seus membros cotejada pela unidade de atuação. Por não ser objeto central da presente tese, fazemos referência ao texto de Hugo Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 731, p. 9-33, jan./abr. 2013.) que traz, com propriedade, essas discussões e busca traçar limites a tais conceitos. Do ponto de vista mais prático, há comentários sobre recentes decisões do Conselho Nacional do Ministério Público, quando se qualifica a insindicabilidade de decisões em matéria disciplinar quando se tratar de ato finalístico (e sujeito à independência funcional), mas frisando que a liberdade de atuação tampouco é plena e, sujeita à Constituição e às leis, encontra limites. Daí, pode ser controlada (inclusive, disciplinarmente). Ver, nesse sentido, FREIRE, Luciano Nunes Maia. A independência funcional sob a ótica do controle disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener (coord.). *CNMP em ação: uma análise teórica da sua jurisprudência*. Brasília, DF: CNMP, 2020. v. 2, p. 38-46. Em especial: “Importante enfatizar que, em se tratando de desvio de conduta de membro do Ministério Público no exercício da atividade ministerial finalística, o exercício do controle disciplinar exige maior cautela. Com efeito, a possibilidade do exercício do controle disciplinar de condutas de membros do Ministério Público decorrentes da atividade ministerial finalística pressupõe acontecimento passível de confrontação objetiva entre o exigido e o que foi efetivamente realizado (ação) ou que deixou de ser realizado (omissão) pelo agente ministerial.” (p. 43).

proceder à persecução penal. Não haveria, portanto, espaço alternativo para o Ministério Público, pois, finalizada a investigação preliminar e verificados os requisitos, seria imposto o oferecimento da denúncia,<sup>338</sup> a via existente para se proceder à persecução penal.

Pelo que se nota, não haveria espaço (como facultado na vigência do princípio da *oportunidade*) para que o representante do Ministério Público, face à situação de elementos de informação suficientes, pudesse optar por não intentar a persecução penal.<sup>339</sup> Com tal interpretação, verifica-se que a obrigatoriedade se contrapõe a uma maior liberdade de escolha do órgão acusatório face aos indícios de autoria e materialidade delitivas, o que afastaria de seus membros a possibilidade de fazer política criminal segundo critérios próprios.<sup>340</sup>

Isso quer dizer que a *política criminal*,<sup>341</sup> isto é, os fatos da vida sujeitos à tutela penal, são definidos pelas leis do país e, caso cheguem ao conhecimento do Ministério Público condutas (i) em tese tipificadas como crimes e (ii) com elementos identificadores de autoria, não haveria qualquer espaço para que o membro do órgão público deixasse de agir no sentido de proceder à via disputada de persecução penal, que é inaugurada pelo oferecimento da denúncia. Tal discussão é muito cara para determinados autores, pois o princípio da obrigatoriedade dialogaria diretamente com o respeito à legislação penal posta, não podendo ser o posicionamento individual de membros do órgão acusatório o filtro definidor daquilo que *pode* ou *não pode* ser alvo da tutela punitiva estatal.

A descrição de sua característica fundamental demonstra o impacto que um princípio como o da obrigatoriedade traz a um ordenamento jurídico, vez que o papel dos sujeitos processuais, e do órgão acusatório em especial, representa a forma como a persecução penal se estrutura. A liberdade de escolha do Ministério Público, portanto, incide direta e concretamente na forma como o Estado maneja e entende o adequado uso de seu poder

---

<sup>338</sup> Tal fato, inclusive, garantiria a aplicabilidade da política criminal definida por um determinado Estado. Em explicação didática: “O Estado estabelece quais são os fatos criminais e determina obrigatoriedade de investigá-los. Uma vez provados, sem causas excludentes, a eles se aplica uma sanção criminal. Nenhum órgão acusador pode dispor da aplicação da pena, não podendo, um dos órgãos estatais, decidir quais são os fatos tipificados que investiga, sob pena de deixar a aplicação do *ius puniendi* ao livre arbítrio de determinados sujeitos” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101).

<sup>339</sup> Ver JARDIM, Afrânio Silva. *Di,eito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 105. Em especial: “Desta maneira, não se justificaria, como regra geral, pudessem os funcionários investidos no órgão público afastar a aplicação do Direito Penal legislado ao caso concreto, ao seu talante ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos” (p. 105).

<sup>340</sup> Ver LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 202-203.

<sup>341</sup> De acordo com Guilherme Nucci, o ideal por trás do exercício do princípio da obrigatoriedade seria “[...] a fidelidade ao interesse público quanto à ocorrência de determinados crimes, lesivos a importantes bens jurídicos tutelados” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 99-100).

punitivo (*jus puniendi*) frente a fatos naturalísticos da maior relevância que demandam a tutela penal.

Por força de tais características, há a já mencionada dimensão democrática associada ao conceito, de igualdade (ou isonomia)<sup>342</sup> na persecução penal. Nesse sentido, a faceta mandatória de um dever de ação do órgão acusatório, quando diante de elementos de informação suficientes, implica tratamento similar a uma coletividade, pois a consequência seria necessariamente a mesma para todos, sem espaço para utilização de quaisquer critérios de conveniência (que poderiam gerar distorções e, por conseguinte, desigualdades).

### 3.2.2.1.2 Confusão conceitual com o princípio da legalidade. Uma necessária diferenciação

Um primeiro aspecto crítico a ser desenvolvido no questionamento acadêmico aos contornos que se estabelecem sobre o conceito do princípio da obrigatoriedade (puro) está na constante aproximação entre *legalidade* e *obrigatoriedade*. Trata-se de marca comum nos trabalhos doutrinários na matéria e que, tanto pela sua alta incidência quanto pela relevância da aproximação conceitual, merece ser aprofundada. Aqui, elucubraremos sobre a possível gênese dessa confusão,<sup>343</sup> descrevendo as opções da academia nesse campo e, também, destrinchando o motivo de sustentarmos a necessidade da distinção conceitual.<sup>344</sup>

Sobre essa aproximação, entendemos que há mais do que uma indistinção morfológica, isto é, do uso de ambos os conceitos como associados ou mesmo como sinônimos. Possivelmente, a sua utilização pela doutrina advenha do fato de que, ao menos desde o decreto do Código de Processo Penal de 1941, o regime processual penal brasileiro estabelecido em lei foi o da obrigatoriedade da proposição da ação penal de iniciativa pública. Se tomarmos por base apenas a redação original da codificação processual, as disposições previstas em lei

---

<sup>342</sup> Nesse sentido, ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 30, p. 163-198, 1998, p. 183-186. Para o autor, referido princípio da ação penal derivaria do princípio constitucional da isonomia. Em especial: “Este princípio diz com a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, para evitar-se qualquer manipulação por parte do órgão acusador e, por outra parte, eventuais pressões que possa sofrer. Assim, entende-se que, presentes as condições da ação, deve exercitá-la [...] embora seja certo ser uma decorrência do princípio constitucional da isonomia.” (p. 183).

<sup>343</sup> Utilizamos o termo “confusão” com o significado de algo que se mistura, que não se distingue. Embora estejamos apresentando divergência da interpretação teórica exposta por diversos pensadores do direito, não entendemos que diferenças de leitura sejam fruto de engano dos que pensam de outra forma, mas, sim, de abordagens teóricas diversas.

<sup>344</sup> Apresentaremos, nesse momento, apreciação crítica sobre essa confusão conceitual e, mais à frente, no Capítulo 5, trataremos a definição própria do princípio da obrigatoriedade residual, bem como a definição adotada para a legalidade.

apontavam de modo uníssono para o caráter mandatório da persecução penal, reunidas as condições necessárias para tanto.

Assim, por muito tempo, a *legalidade* (considerada como o sentido interpretativo oriundo das leis processuais penais postas) correspondia à *obrigatoriedade* da propositura da ação penal, o que pode explicar a gênese<sup>345</sup> da junção de tais conceitos. Trata-se de uma hipótese explicativa por nós formulada com base no histórico normativo brasileiro, que explicaria a constante aproximação de dois conceitos que não são, em um sentido interpretativo estrito, idênticos.

Independentemente das origens da confusão dos conceitos, fato é que *obrigatoriedade* é aproximado da *legalidade*, ao ponto de serem considerados marcos teóricos indistintos ou que guardam uma necessária simbiose. De forma exemplar, Afrânio Jardim reconhece a indistinta nomeação, mas opta por se utilizar do conceito de *obrigatoriedade* para realçar que ele decorre diretamente do princípio da *legalidade*:

Fala-se em princípio da legalidade ou em princípio da *obrigatoriedade*. Preferimos usar a expressão princípio da *obrigatoriedade*, a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercer a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito.<sup>346</sup>

De modo esquemático, podemos identificar duas formas comuns de leitura por parte da doutrina que realiza a tal aproximação que colocamos em questão: (i) a *obrigatoriedade* como uma *consequência* da regência do princípio da legalidade, e (ii) a *obrigatoriedade* como *expressão sinônima* à legalidade. Além da falta de rigor conceitual para amparar tais escolhas teóricas, ambos os caminhos são criticáveis porque se baseiam em conclusões que não se sustentam diante de simples modificações normativas. No caso brasileiro, isso viria a ocorrer apenas após a Constituição de 1988, fazendo com que, até aquele momento, tais qualificações não fossem devidamente desafiadas.

Sobre a primeira das formas comuns de leitura conceitual, podemos dizer que a *obrigatoriedade* é vista como expressão sinônima da legalidade, justamente por consistir em uma decorrência lógica desse princípio no âmbito processual penal. De acordo com essa leitura, a observância do princípio da legalidade redundaria na aplicação da *obrigatoriedade*

<sup>345</sup> Para Jacinto Coutinho, essa coincidência de termos pode se explicar pelo fato de a *obrigatoriedade* determinar um dever legal da parte do órgão acusatório, daí o título de legalidade a tal conceito (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 30, p. 163-198, 1998, p. 183). Em favor de tal explicação, temos que tal confusão conceitual é também realizada em Portugal (ver Seção 2.4), em que encontramos, numa exata mesma língua, significados semelhantes para *obrigatoriedade* e legalidade no contexto de processo penal.

<sup>346</sup> Ver JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 104.

da ação penal de iniciativa pública.<sup>347</sup> Ou seja, da interpretação direta de nossa lei processual, decorreria a conclusão de que o sistema processual penal se estrutura de forma a compelir o órgão acusatório a, reunidas as condições necessárias, proceder à persecução penal por meio da propositura da regular ação penal. A obrigatoriedade *derivaria*, então, da aplicação da legalidade.

Há ainda a outra forma de leitura identificada, segundo a qual ambos os conceitos são verdadeiros sinônimos.<sup>348</sup> A forma arraigada como essa indistinção ocorre em nossa doutrina jurídica justifica(ria) a mera referência como suficiente para apresentar os conceitos, como se o mesmo significado tivessem. Nesse caso, a identidade é ainda mais profunda: a obrigatoriedade não derivaria da legalidade, mas *seria* a própria legalidade. Numa interpretação das consequências dessa aproximação completa, de uma verdadeira intersecção conceitual, agir de forma distinta da obrigatoriedade seria atuar em desconformidade com a própria legalidade.

Pelo que se nota, nenhuma das construções teóricas que identificam legalidade com obrigatoriedade se sustenta. Isso porque o princípio da obrigatoriedade tem origem normativa própria e não se relaciona com a opção única de uma saída disputada para operar seus efeitos.<sup>349</sup> De toda forma, foi relevante demonstrar como essa lógica da solução penal estritamente conflitiva pautou os debates, inclusive teóricos, levando à indevida aproximação entre conceitos que não se comunicam.

No próximo tópico, dando sequência ao objetivo de destrinchar o princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura, explicamos as principais regras decorrentes da existência do princípio da obrigatoriedade.

---

<sup>347</sup> Ver GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 305. Em especial: “Portanto, o acusador oficial não poderá, presentes os requisitos legais, deixar de acusar, arquivar o expediente investigatório, eleger o acusado ou o fato criminal. Sua atuação está baseada na observância do princípio da legalidade”. A obrigatoriedade (e seu consectário indeclinabilidade da ação penal) decorreria também da aplicação do princípio da legalidade segundo NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 74.

<sup>348</sup> Nesse sentido, ver: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 241. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56, 87. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 260. AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 133. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 235.

<sup>349</sup> Isso fica mais claro a partir da explicitação das mudanças conhecidas pelo nosso ordenamento jurídico, notadamente a existência da consensualidade no âmbito processual penal. Entretanto, como fica claro pelo próprio título do presente trabalho, não propomos o simples descarte do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, mas a sua qualificação teórica, que origina o princípio da obrigatoriedade *residual*. Para explicitação do conceito, ver Seção 5.3. Sobre os conceitos relativos à ação penal que adotamos no presente trabalho, com a sua devida justificativa teórica, ver Seção 5.4.

### 3.2.2.1.3 Regras decorrentes da obrigatoriedade

Para além da importância que possui o conceito do princípio da obrigatoriedade no entendimento do sistema de persecução penal, tem ele também uma série de outras decorrências em nosso ordenamento jurídico. Típico de princípios em nosso direito, seus efeitos são irradiados em outras *regras* existentes nas leis processuais, o que é mais um demonstrativo da sua relevância. Algumas dessas regras são comumente classificadas pela doutrina como *princípios*. Por entendermos que essas definições para os conceitos específicos não se enquadram em um quadro teórico coerente, o qual será aprofundado posteriormente (ver Capítulo 5), faremos, por ora, apenas esse registro<sup>350</sup> e salientaremos essas eventuais diferenças de leitura em notas de rodapé.

Nos próximos tópicos apresentaremos as principais regras que se enquadram em tal categoria, iniciando com a principal delas, da não disponibilidade, e seguindo com as demais, que também impactam na compreensão da ação penal, que são: oficialidade, divisibilidade, bem como regras mais procedimentais que se relacionam com o caráter mandatório da persecução, como arquivamento da investigação, aditamento da denúncia e ação penal privada subsidiária da pública:

a) indisponibilidade da ação penal

Por certo, a regra mais relevante que se aponta como decorrência direta do princípio da obrigatoriedade é aquela relativa à *indisponibilidade* (ou *indeclinabilidade*) da ação penal de iniciativa pública. Referido regramento amplia os efeitos da obrigatoriedade para momentos processuais posteriores ao inicial oferecimento da denúncia, vez que consiste na impossibilidade de se desistir da ação penal regularmente proposta e, por isso, dar consequência à solução disputada prevista em lei e resolvida por meio do processo judicial. Uma vez deflagrada a ação penal de iniciativa pública, a persecução penal não pode mais ser interrompida, nem mesmo por quem detém competência constitucional (poder-dever) de iniciá-la, o que demonstra, uma vez mais, o aspecto mais controlado que reina na realização de Justiça criminal no Brasil.

---

<sup>350</sup> Também para fins de registro, há doutrinadores que identificaram a mesma imprecisão teórica, como o fez Eugênio Pacelli de Oliveira: “Embora a doutrina, frequentemente, enumere um número bastante extenso de princípios relativos à ação penal pública, bem como vários outros, comuns a ambas, pública e privada, observamos que, pelo menos em sua maioria, não se cuida de nenhum princípio, mas sim, de regras processuais específicas.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 137).

Em um sistema no qual, reunidas as condições necessárias, o oferecimento da denúncia é imposto (*mandatório*), nada mais lógico do que a vedação à desistência da ação penal (ou mesmo de um recurso já interposto) quando já conformada a relação jurídico-processual pela via judicial disputada. Em tais casos, foi bastante clara e direta a Lei Processual Codificada ao enunciar as regras pertinentes, tanto em seu artigo 42: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”, como no artigo 576: “O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”. As regras, de modo explícito, expressamente vedam a desistência pelo Ministério Público da ação penal já iniciada ou do recurso regularmente interposto (ainda que facultado, segundo sua livre convicção, *requerimento* pela absolvição<sup>351</sup> do sujeito imputado ou deixar de interpor recurso após uma decisão judicial).<sup>352</sup> Não se trata de tolher a liberdade funcional de interpretação, mas, sim, da impossibilidade da *mera desistência* da persecução penal.

Há que se apontar que os referidos comandos legais conferem logicidade e unidade ao sistema processual descrito, pois se, num primeiro momento, é obrigatória a propositura da ação penal, em um momento posterior, não se permite a sua desistência. A indisponibilidade poderia, assim, ser compreendida como um verdadeiro complemento do referido princípio da obrigatoriedade,<sup>353</sup> dele se diferenciando pelo momento processual em que produz os seus

---

<sup>351</sup> Ainda que seja facultado o requerimento do órgão acusatório pela absolvição do sujeito imputado em qualquer das fases da persecução penal. Importante diferenciar o poder de unilateralmente desistir da ação regularmente proposta daquele de *requerer* ao juízo competente a absolvição ou sanção menos gravosa à outra parte. Na forma como previsto na regra insculpida no CPP, não há poder do órgão acusatório para, uma vez proposta a ação penal, deixar de ter interesse nela – mesmo que não mais busque a condenação. No dispositivo pertinente do Código de Processo Penal, previsto desde sua redação original, temos: “Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.” Ver, também, no sentido de que o requerimento pela absolvição não fere a indisponibilidade: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*: parte geral (arts. 1º a 120). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 931-932. Sobre a compatibilidade do requerimento de absolvição com o princípio da obrigatoriedade: “[...] o Ministério Público atua inicialmente como órgão acusador do Estado, submetido ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Ao depois, diante da prova produzida, deve pugnar livremente pela correta aplicação da lei ao caso concreto, funcionando como custos legis, já que o Estado não tem qualquer interesse de ver acolhida uma pretensão punitiva que se demonstre como injusta, seja na essência, seja na sua quantidade.” (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 26).

<sup>352</sup> Ver CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 518.

<sup>353</sup> Ver OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 137-138. Em especial: “Parece-nos, em tais hipóteses, que a apontada regra não vai além de consequência fundamental do princípio da obrigatoriedade, que estaria irremediavelmente atingido se se permitisse ao Ministério Público, obrigado a propor a ação penal, dela desistir após a sua propositura. A única distinção que se pode observar entre obrigatoriedade e indisponibilidade seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela.” (p. 137-138). Vale a referência de que, da mesma forma como temos sustentado, o autor encara a indisponibilidade como mais uma regra (decorrente da obrigatoriedade).

efeitos.<sup>354</sup> Nesse sentido, a redação originária do Código de Processo Penal foi coerente ao estabelecer disposições complementares para momentos processuais distintos, existindo, por isso, unidade sistêmica;

b) outras regras decorrentes do princípio

Além da principal regra que dialoga diretamente com a própria existência do princípio da obrigatoriedade, que é a da mencionada indisponibilidade, há outras também relevantes que derivam da norma principiológica. Para organizar a exposição, apresentaremos suas principais decorrências em blocos, de forma didática. Assim, o primeiro bloco se refere à (i) institucionalidade do órgão acusatório e as feições na persecução penal (oficialidade); num segundo, temos (ii) regras atinentes à igualdade (divisibilidade e indivisibilidade da ação penal), e, por fim, (iii) regras do próprio processamento, por isso mais instrumentais (arquivamento do inquérito policial, aditamento da denúncia e ação penal privada subsidiária da pública).

Sobre o primeiro aspecto, temos aquelas regras que conversam mais diretamente com a instituição do Ministério Público. Conforme apontado por setores da doutrina, trata-se de clara decorrência do princípio irradiador da obrigatoriedade,<sup>355</sup> refletindo-se em outras regras que estruturam nosso ordenamento.

Nesse sentido, a *oficialidade* deve ser entendida como a regra que vincula a condução da persecução penal a um órgão de Estado. Mais do que isso, estaria a ação penal, como padrão, adstrita a um órgão do Estado,<sup>356</sup> mais especificamente o Ministério Público, conforme atribuição expressa oriunda do texto constitucional (CRFB, art. 129, inciso I). Assim, na ação penal de iniciativa pública, o Estado, por meio do Ministério Público, tem um dever de praticar seus atos de ofício,<sup>357</sup> isto é, utilizar da *persecutio criminis* como o instrumento hábil para atuação do Direito Penal.

---

<sup>354</sup> Ver BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 183. Para o autor, trata-se de outro princípio.

<sup>355</sup> Ver OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 138. Para os fins da presente tese, mencionamos a mais relevante regra referente à instituição do Ministério Público, decorrente da obrigatoriedade da ação penal, que é a *oficialidade*. Apenas para registro, há outras regras por vezes mencionadas, mas que decorrem do mesmo caráter oficial reconhecido à persecução penal pública, que seriam a *autoritariedade* (função exercida por representante do Estado) e *oficiosidade* (da necessidade de atuação de ofício para exercício de tal múnus).

<sup>356</sup> Ver BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182. O autor se refere como *princípio* da oficialidade, mas, pelas definições adotadas no presente trabalho (ver Capítulo 5), a qualificação acertada é de *regra*.

<sup>357</sup> Ver PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral* (arts 1º a 120). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 931. O autor se refere como *princípio* da oficialidade, mas, pelas definições adotadas no presente trabalho (ver Capítulo 5), a qualificação acertada é de *regra*.



Nesse sentido, o MP, munido dos necessários elementos de informação, deverá propor a ação penal por iniciativa própria (*monopólio estatal*), sem a interferência de terceiros, salvo nas hipóteses de ação penal pública condicionada, quando a representação deverá ser por parte da vítima ou de seu representante legal, bem como nas hipóteses de ação penal privada, promovida por parte da vítima ou de seu representante legal, por meio de advogado com poderes especiais de atuação.<sup>358</sup>

Outra discussão importante se refere ao aspecto da preservação da igualdade na persecução penal, mais especificamente a discussão quanto à divisibilidade ou indivisibilidade da ação penal, que também, em nossa leitura, tem sua decorrência direta do princípio da obrigatoriedade. Interessantemente, pelo mesmo motivo de *igualdade*, a interpretação jurídica majoritária<sup>359</sup> vai no sentido de termos regras distintas a depender do caráter da ação penal, isto é, se de iniciativa pública ou privada. Referida diferenciação possui lógica interna e demonstra a relevância da consideração do caráter mandatório da ação penal.

Embora já tenhamos clarificado que a assim chamada ação penal privada<sup>360</sup> não é objeto prioritário da presente Tese, para esse tema em específico é necessário entrarmos nesse âmbito. Como premissas, é de se registrar que não apenas não se fala de obrigatoriedade do particular responsável pela formulação da queixa-crime, sendo facultada a *renúncia ao direito de queixa* (CPP, arts. 49 e 57), como que esse sujeito goza de uma forma de disponibilidade da ação penal, haja vista a possibilidade de *perdão* (CPP, arts. 51 e 58).

Em apertado resumo, a regra da indivisibilidade consiste na impossibilidade de, havendo elementos de informação suficientes, serem incluídos determinados autores na ação penal, e não outros. Trata-se de regra que é prevista de forma expressa para as ações penais privadas (CPP, arts. 48 e 49),<sup>361</sup> justamente para se evitar que o particular deixe de incluir

<sup>358</sup> Ver SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: ICPC, 2012, p. 624-625.

<sup>359</sup> Para opiniões divergentes acerca desse tema, ver LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 154-155. JARDIM, Afrânio Silva. O princípio da indivisibilidade e ação penal pública condicionada. *Justitia*, São Paulo, v. 51. n. 146. p. 96-99. abr./jun. 1989, p. 98-99. Interessante observar que, mesmo que para se chegar a conclusões diametralmente opostas, a literatura recorre à obrigatoriedade da ação penal para a justificação. Em alguns autores, ainda, encontramos o reconhecimento da indivisibilidade para a ação penal de iniciativa pública, mas com a ressalva de que o membro do MP poderia realizar a imputação criminal a apenas alguns dos autores (entre outros possivelmente existentes), se os elementos de informação assim o apontarem (ver POLASTRI, Marcellus. *Ministério Público e persecução criminal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 308-309.). Em nossa leitura, tal posição “intermediária” apresenta, em verdade, a regra da divisibilidade e, mais do que isso, reforça o fato de tal regra se aplicar devidamente apenas para os casos de ação penal de iniciativa privada.

<sup>360</sup> Também temos restrição ao conceito de ação penal privada, sendo que o modo correto de se referir seria de *iniciativa* privada. Manteremos, em alguns momentos, a expressão mais curta, mas se registre a ressalva. Em sentido semelhante, ver ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 662.

<sup>361</sup> Tais dispositivos são previstos desde a redação original do Código de Processo Penal. A seguir, sua transcrição: “Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público

algumas pessoas (e não outras) no polo passivo do processo penal, por razões de mera conveniência.<sup>362</sup> A grande discussão se dá em torno da *igualdade*, pois, tanto na renúncia ao direito de queixa, quanto na possibilidade de perdão, o particular querelante pode fazê-lo por seus motivos, desde que não haja favorecimento a um sujeito imputado em detrimento de outro (ou outros). Ou seja, na chamada ação penal privada, é pacífico que se aplique a chamada indivisibilidade da ação penal,<sup>363</sup> garantindo-se, assim, tratamento isonômico<sup>364</sup> aos sujeitos que eventualmente tenham concorrido para um mesmo delito.

De outro lado, setores relevantes da doutrina<sup>365</sup> e os próprios Tribunais Superiores<sup>366</sup> não reconhecem a indivisibilidade nas ações penais de iniciativa pública. E tal regra decorre justamente por força da obrigatoriedade, já que, em tais casos, seria o órgão ministerial obrigado a oferecer a denúncia para casos que reúnam suficientes elementos indiciários, razão pela qual a não persecução de todos os indivíduos numa determinada investigação não seria fruto de opção de mera liberalidade do MP, mas, sim, de ausência de configuração das necessárias condições da ação. Isso tudo sem prejuízo de outra ação penal, após novos e suficientes elementos indiciários posteriormente angariados, para sujeitos eventualmente preservados num primeiro momento.

---

velará pela sua indivisibilidade. Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.”

<sup>362</sup> Na ação penal de iniciativa privada, sem maiores debates doutrinários ou jurisprudenciais, reconhece-se a ampla liberdade do particular em decidir pela tutela estatal no caso concreto.

<sup>363</sup> Ver ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 665-666.

<sup>364</sup> Ver PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral* (arts 1º a 120). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 938. Em especial: “Se as normas processuais transferem ao ofendido, em determinados casos, o exercício do jus accusationis, não seria lícito, no entanto, que lhe outorgassem, ainda, a faculdade de influir na extensão subjetiva da acusação. Caso o ofendido deixe de apresentar a queixa contra algum de seus agressores, incumbirá ao Ministério Público aditá-la, tal como lhe faculta o artigo 45 do Código de Processo Penal, porquanto deverá, nos termos da lei, velar pela indivisibilidade da ação penal.” (p. 938).

<sup>365</sup> Por todos, ver OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 157-161. Em especial: “Em tema de indivisibilidade, cumpre, por último, ressaltar que a regra não se aplica evidentemente às ações penais públicas, pautadas, como já visto, pelo princípio da obrigatoriedade. Assim, sendo o órgão da acusação obrigado a propor a ação penal, é ele obrigado a fazê-lo em relação a todos os autores do fato, sendo desnecessário o recurso à regra da indivisibilidade.” (p. 160-161).

<sup>366</sup> Pelo que se observa da jurisprudência do Supremo, o Tribunal entende a questão de forma consolidada, tendo diversas decisões que apontam no mesmo sentido de que o membro do Ministério Público não tem a obrigação de, havendo uma pluralidade de sujeitos investigados pela prática de uma dada conduta delitiva, oferecer denúncia contra todos eles num mesmo momento. E, interessantemente, a justificação utilizada é precisamente a obrigatoriedade da ação penal, pois, se o titular da ação penal entende que não há elementos suficientes para a persecução de todos os indivíduos, não há qualquer prejuízo em não intentar a persecução penal nesse primeiro momento, certo que, no futuro e com distintos elementos de informação, a ação penal será intentada. Ver, a esse respeito: HC 141.710/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. 16/11/2018; Inq 3.979/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 27/09/2016; AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17/12/2012; RHC 111.211/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 30/10/2012; HC 117.589/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 12/11/2013.

É, portanto, do próprio caráter mandatório da ação penal que deriva a desnecessidade de sua indivisibilidade quando se trata de uma ação penal de iniciativa pública, pois uma eventual divisão não se fundará em razões de mera conveniência do Ministério Público. Trata-se, como se vê, de aplicação direta do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Existem ainda outras facetas mencionadas pela doutrina em que os efeitos do princípio da obrigatoriedade se fazem sentir, essas últimas relacionadas a procedimentos, de caráter instrumental. Afrânio Silva Jardim aponta que a sistemática do arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 28) contaria com uma fiscalização do princípio da obrigatoriedade, vez que a não propositura da ação penal decorrente do inquérito policial é controlada em tais casos.<sup>367</sup> Vai além o autor para reconhecer mais regras existentes no processo penal como uma decorrência do referido princípio, como a possibilidade de aditamento da denúncia<sup>368</sup> (CPP, art. 384).<sup>369</sup> Por fim, é de se mencionar a sistemática aplicável à ação penal privada subsidiária da pública, que faculta à vítima intentar a ação penal em caso de inércia do representante do

---

<sup>367</sup> Ver JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 118. Ao tempo de escrita de sua obra, a redação do referido art. 28 do CPP determinava que o juiz detinha essa função de realizar o controle da acusação, ainda que a palavra final coubesse ao Procurador-Geral ou ao órgão superior do MP. Mesmo com a alteração do referido dispositivo pela Lei nº 13.964/2019, entendemos que a conclusão não seria afetada substancialmente, vez que ainda há um controle previsto do arquivamento da investigação preliminar. Possivelmente, inclusive, tenha esse controle da acusação ficado ainda mais estrito, vez que, de nossa leitura, há uma determinação pela remessa necessária, fazendo com que o órgão hierárquico avalie todo e qualquer pedido de arquivamento, e não apenas aqueles que um terceiro (no caso, o magistrado) houvesse apontado possíveis razões insuficientes para a não persecução penal. Sistemática semelhante a essa é conhecida na instituição do MP, mas em matéria de inquérito civil, sendo também exigida a remessa necessária no caso de arquivamento sem a propositura da ação civil pública (Lei nº 7.347/1985, art. 9º). A grande mudança em termos sistêmicos possivelmente reside no fato de o centro de poder para decisão acerca do que será ou não objeto de persecução penal ficar a cargo de órgãos do Ministério Público, sem qualquer participação judicial nesses casos.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 123. Em especial: “Diante de uma interpretação isolada desta regra jurídica, pode surgir a falsa impressão de que se apresenta para o Ministério Público tão-somente uma faculdade, a ser exercida segundo critérios de oportunidade ou conveniência. Na verdade, assim não se passa. Também aqui a atividade do órgão estatal está vinculada ao princípio da obrigatoriedade. Assim como este novo fato já deveria ter sido imputado na denúncia, caso dele se tivesse alguma prova naquela oportunidade, agora à denúncia ele deve ser agregado, via aditamento, para completar a acusação, que é obrigatória, tendo em vista o surgimento da prova no curso do processo” (p. 123).

<sup>369</sup> Dispositivo previsto desde a redação original do Código de Processo Penal: “Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.”. Vale destacar que houve alteração no dispositivo pela Lei nº 11.719/2008, por meio da qual se manteve a existência de uma regra sobre o aditamento, mas com modificações tendentes a conferir maiores poderes da acusação (e seu aditamento) ao órgão acusatório, num movimento que identificamos com uma busca por maior acusatoriedade. Como todo o tópico se dedica ao caldo cultural clássico, optamos por deixar a transcrição do texto original. Para aprofundamento desse aspecto no ordenamento jurídico brasileiro, ver Seção 3.3.1.1.

órgão acusatório de Estado,<sup>370</sup> possuindo esse regramento assentos constitucional e legal (CRFB, art. 5º, LIX, e CPP, art. 29).<sup>371</sup>

Pelo que se apresentou, há convergentes definições acerca do princípio da obrigatoriedade (em sua acepção pura) da ação penal de iniciativa pública no Brasil e são apontadas relevantes consequências, notadamente as regras decorrentes da irradiação de seus efeitos. Os contornos do conceito de tal princípio e as regras dele decorrentes conferiam lógica e coerência ao sistema descrito. Porém, paulatinas mudanças legislativas passaram a colocar em xeque premissas da referida obrigatoriedade, fazendo com que esse modelo teórico construído fosse tensionado, de uma forma generalizada. Embora tenha havido outras mudanças, especialmente a guinada rumo a uma maior acusatoriedade e mesmo uma ligeiramente maior participação das partes ao longo da instrução processual, é na introdução do consenso em paralelo à lógica disputada que se encontram os maiores nós para uma conceituação mais coerente por parte da literatura.

É assim que passamos, na próxima Seção, a analisar as rupturas verificadas em nosso ordenamento jurídico para, ao final, avaliarmos o comportamento da doutrina em face de uma nova realidade.

### 3.3 RUPTURAS NA TRADIÇÃO CULTURAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A nossa lei processual de 1941 sofreu reformas legislativas ao longo das décadas seguintes, mas nada capaz de modificar a feição descrita ao longo de toda a Seção 3.2. Processos históricos são paulatinos, mas apontamos o marco da Constituição de 1988 como o principal para demarcar a onda de mudanças substanciais que passamos a descrever. Com a nova Lei Maior encontramos relevantes alterações na formatação da persecução penal, com impactos em nosso sistema processual.

No que interessa ao presente trabalho, em paralelismo ao realizado quando da análise do modelo clássico que conformou o nosso caldo cultural do processo criminal, começaremos com a breve descrição de reformas tendentes a transformar o sistema processual penal, seguido

---

<sup>370</sup> Ver LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 133-135.

<sup>371</sup> Dispositivos previstos desde as redações originais: CRFB, art. 5º, LIX: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;” e CPP: “Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.”

das análises doutrinárias que passaram a ser realizadas nesse cenário das mudanças, em especial a introdução dos mecanismos consensuais em território nacional.

### **3.3.1 Mudanças na estruturação da persecução penal: o tensionamento da obrigatoriedade**

Apresentamos neste tópico as principais mudanças experimentadas pelo nosso ordenamento jurídico, que permitem afirmar que nossa cultura processual foi sendo paulatinamente alterada, até que chegássemos ao ponto hoje visto. Daremos início com a maior acusatoriedade e pela manutenção do caráter marcadamente inquisitorial, aspectos que, embora relevantes, não possuem influência direta na obrigatoriedade (e em seu tensionamento). Após, apresentamos a abertura ao consenso, maior novidade em nossa processualística penal e elemento decisivo para entendermos a mudança de feição de nosso ordenamento jurídico. Com isso, e após a descrição da evolução do consenso inaugurado pelo permissivo constitucional, analisamos como a doutrina interpretou esse modo distinto de solução do conflito penal, em especial com a lente do impacto no princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

#### ***3.3.1.1 Baixo impacto na obrigatoriedade oriundo da maior acusatoriedade e da manutenção da direção estatal da persecução penal***

Uma grande discussão doutrinária que encontramos em solo nacional ainda diz respeito ao grau de *acusatoriedade* de nosso ordenamento jurídico. Isso porque, embora tenha características identificadas com o modelo acusatório, advindas de algumas reformas legislativas das últimas décadas (notadamente após a promulgação da Constituição), nosso sistema processual possui uma raiz inquisitiva (ver Seção 3.2.1.1).

Se havia qualquer dúvida acerca do movimento do sistema processual brasileiro em direção à maior acusatoriedade, isso se dissipou com a promulgação da Constituição de 1988. Por meio de dispositivos com feição explícita (em especial, CRFB, arts. 5º, XXX e 129, I), podemos afirmar que o modelo constitucional brasileiro consagra o ideal acusatório.<sup>372</sup> Ao

---

<sup>372</sup> Ver ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar. 2021, p. 226-227. Em especial: “O olhar sobre a Constituição revela uma certeza: a ordem constitucional consagrou a estrutura acusatória do processo penal. Assim procedeu ao proclamar o poder privativo do Ministério Público para o oferecimento de ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, CF). Com um só toque, a proclamação constitucional tornou incompatível a assunção daquele poder por outros atores, como por exemplo o juiz.

mesmo tempo em que o prevê em diversos de seus dispositivos, juristas fazem a ressalva de que esse movimento não é necessariamente adotado na prática processual, o que poderia qualificar essa situação como uma mera “*promessa acusatória*”.<sup>373</sup> É sobre essas nuances e complexidades que envolvem o tema que nos dedicamos.

Segundo as lições de Marcos Zilli, as modificações em direção à acusatoriedade em nosso processo penal após a Constituição tiveram algumas facetas. Em primeiro lugar, o afastamento do magistrado da função acusatória, mas não só. A melhor definição e a diminuição de sua margem de *atuação de ofício* em sede de cautelares também foi movimento relevante ocorrido.<sup>374</sup> Sobre o aspecto do afastamento da função de acusação, há mudança bastante significativa empreendida no dispositivo que regulava o instituto do *mutatio libelli*. (CPP, art. 384),<sup>375</sup> tendo sido diminuído sobremaneira o papel que então era reservado ao magistrado, ficando a função de aditamento da denúncia e revisão da imputação realizada ao inteiro cargo do membro do órgão acusatório.<sup>376</sup> Tal mudança não foi meramente procedimental, mas possui raiz relevante na acusatoriedade, no sentido de afastar o juiz da imputação criminal, fazendo com que ele se concentre na tomada de decisões em torno dos fatos postos a julgamento – e perfectibilizados por meio da denúncia criminal, de atribuição exclusiva do Ministério Público.

Do ponto de vista de cautelares, há alterações que, de igual modo, apontam para a maior acusatoriedade. As mudanças do papel do magistrado face à decretação de prisões são

---

Rechaçou, dessa forma, o modelo inquisitório. Nesse sentido, dispositivos processuais que afrontavam a dinâmica acusatória não foram recepcionados.” (p. 227).

<sup>373</sup> Ver PRADO, Geraldo L. M. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 300-301.

<sup>374</sup> ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar. 2021, p. 227-230.

<sup>375</sup> O instituto no processo penal implica a mudança na capitulação de um determinado fato a um distinto tipo penal, o que impacta a persecução penal como um todo, porque afeta a forma de se analisar um determinado ato naturalístico à luz de nossa legislação e cotejá-lo com os elementos de prova angariados na instrução processual. A nova redação do dispositivo, nos pontos mais relevantes para demonstração de mudanças em direção à maior acusatoriedade, é: “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. [...] § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.”

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 226-227. Em especial: “A benfazeja reforma consagrou a regra da correlação entre acusação e sentença que, por sua vez, é expressão dos ideais que permeiam o processo acusatório. O juiz não pode e não deve imiscuir-se na pretensão acusatória. Está vinculado aos termos da imputação. É este o limite da prestação jurisdicional para a qual foi ele provocado a decidir.” (p. 228).

exemplares nesse sentido. Vale, neste ponto, a menção a duas legislações,<sup>377</sup> promulgadas após a Constituição e distantes mais de dez anos entre si, que mudaram a feição de duas formas de prisões processuais: da prisão temporária, tratada pela Lei nº 7.960/1989, e da prisão preventiva, tratada pela Lei Anticrime. Sobre o instituto da prisão temporária, fica marcada que sua decretação é feita pelo juiz, mas apenas após a provocação (do membro do MP ou da Autoridade Policial), o mesmo acontecendo com a prisão preventiva, que agrega a possibilidade de serem feitos pedidos pelo querelante ou assistente.<sup>378</sup>

Última menção relevante está no fato de tal característica ser reconhecida por nossa Suprema Corte. A associação feita pelo STF é justamente entre acusatoriedade e as presenças de contraditório e ampla defesa, com a clara separação entre as funções na relação processual.<sup>379</sup> Embora possamos fazer considerações acerca do pleno atendimento dessa separação de função na prática forense, é fato que, do ponto de vista de seu reconhecimento por nossa mais alta Corte de Justiça, há esse relevante aceno.

Uma simbólica e muito recente característica que podemos fazer referência, e que demonstra a atualidade de tais debates, é que (apenas) após a promulgação da Lei nº 13.964/2019 o sistema brasileiro passou a ser legal e formalmente definido como *acusatório*. A construção doutrinária, com base na interpretação da Constituição e das leis de regência na matéria, passou a conviver com a enunciação expressa no art. 3º-A do Código de Processo Penal, acerca da estrutura acusatória do processo penal brasileiro: “O processo penal terá

---

<sup>377</sup> ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar. 2021, p. 229-230.

<sup>378</sup> Sobre a prisão temporária, temos os dispositivos importantes já da redação original da referida Lei nº 7.960/1989: “Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. § 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.”. Já com relação à prisão preventiva, fazemos referência ao dispositivo incluído pela também mencionada Lei Anticrime: “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”.

<sup>379</sup> Para análise em detalhes sobre posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da acusatoriedade em nosso sistema, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O “Sistema Acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-204, jul./dez. 2015, p. 182-188, 199. Em especial, com valioso resumo sobre as principais conclusões: “A partir da análise empreendida acerca dos posicionamentos recentes do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que, na visão do julgador máximo brasileiro, os contornos do modelo acusatório estão intimamente relacionados com a efetivação do contraditório e da ampla defesa. Além disso, pode-se apontar que, nos termos expostos nas decisões referidas, o núcleo da acusatoriedade diz respeito à separação das funções de acusar, julgar e defender a atores diferentes do campo jurídico-penal. Contudo, percebe-se tendência restritiva a tal diretriz, limitando sua plena incidência somente à fase pré-processual da persecução penal, de investigação preliminar, em que se afirma cristalinamente a posição passiva do julgador na função de garante de direitos fundamentais. Assim, enfraquecendo a separação das funções de acusar e julgar, aceitou-se, inclusive, a iniciativa instrutória do julgador, em casos subsidiários, arrolando testemunhas de ofício e realizando questionamentos durante oitivas.” (p. 199).

estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Com isso, o passo em direção à maior acusatoriedade ganhou um reforço formal e declaratório relevante, com a sua previsão específica.

A Lei Anticrime trouxe mudanças significativas também na distribuição dos papéis entre os representantes do Estado na persecução penal: Ministério Público e Judiciário. Para alguns autores, o que houve foi uma verdadeira “*readequação*” dos referidos papéis,<sup>380</sup> pois, ao mesmo tempo, (i) foi previsto de forma expressa o modelo acusatório, sendo vedada a iniciativa instrutória do magistrado (CPP, art. 3º-A), (ii) foi prevista a vedação a medidas constritivas determinadas diretamente pelo juízo (CPP, arts. 282, §§ 2º a 4º)<sup>381</sup> e, principalmente, (iii) foi modificada a sistemática de possibilidade de revisão do arquivamento de peças de investigação (CPP, art. 28).<sup>382</sup>

O tema do arquivamento do inquérito policial é central para a compreensão do tamanho da mudança operada por essa legislação, sob a ótica da maior acusatoriedade em nosso ordenamento jurídico. O *controle heterodoxo* até então realizado pelo magistrado, que possibilitava a ele dissentir das razões invocadas pelo titular da ação penal para o arquivamento, e, diante disso, remeter os autos ao órgão hierárquico do MP, foi substituído pela remessa administrativa necessária ao referido órgão de sobreposição.<sup>383</sup> Não se trata mais de

<sup>380</sup> Ver BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O Sistema Acusatório e o arquivamento do inquérito Policial. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. *et al.* (coord./org.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 117-118.

<sup>381</sup> Seguem as transcrições dos dispositivos trazidos pela Lei Anticrime: “Art. 282 [...] § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.”.

<sup>382</sup> Segue a transcrição do dispositivo trazido pela Lei Anticrime: “Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.”.

<sup>383</sup> Tratando sobre a redação original do CPP e a melhora trazida pela reforma, Marcos Zilli aponta que: “Nesse ponto, não atenua a distorção da nossa opção normativa o fato de o juiz agir como mero provocador do reexame que será realizado pelo próprio órgão detentor da legitimidade ativa para a propositura da ação penal. É que a provocação implica um juízo sobre a convergência de quadro autorizador do oferecimento da ação penal, atribuição reservada a quem foi outorgado este poder. De fato, cabe ao acusador não só avaliar o substrato jurídico e material de eventual ação penal, como também lhe cabe uma análise sobre as estratégias que envolverão a viabilidade de sustentação de eventual tese acusatória. Tudo isso é estranho ao juiz que, vinculado à matriz acusatória do processo, não promove a acusação.” (ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./abr. 2021, p. 232).



requerimento de arquivamento formulado pelo representante do *Parquet*, mas de “decisão de não acusar”,<sup>384</sup> a qual é necessariamente reexaminada por órgão de sobreposição da própria instituição. Para além da maior coerência sistêmica, privilegia-se, assim, o modelo acusatório, no sentido de não envolver o juiz na atividade acusatória, preservando-se a sua necessária imparcialidade.

Pelo que se nota, as mudanças que o sistema processual brasileiro experimentou após a promulgação da Constituição são bastante significativas nesse aspecto. Não há dúvidas que o ordenamento jurídico caminha em direção a uma maior acusatoriedade, com divisão mais clara entre as funções de acusar e julgar, conforme previsto em diversos dispositivos normativos (constitucionais e legais). O questionamento que voltamos a fazer se refere ao impacto real que tais mudanças impõem à obrigatoriedade. E a resposta, uma vez mais, é que tal influência é baixa, ou indireta. Pode-se argumentar que a melhor regulamentação de prisões processuais fortalece as garantias do imputado, mas não há relação direta de tais conquistas com o aspecto da obrigatoriedade da iniciativa da persecução penal. E mesmo no tema que com isso mais diretamente dialoga, que é o do arquivamento do inquérito policial, entendemos que, ainda que louvável do ponto de vista sistêmico, o controle da obrigatoriedade já existia, e seguiu sendo feito, tendo tido como mudança apenas o órgão de Estado responsável por fazê-lo.

Seguindo na análise das mudanças, outra feição relevante é a do controle oficial do processo sendo realizado pelos agentes de Estado. Nesse quesito, ao longo dos anos e das reformas realizadas, não houve tantas alterações no sentido de abalar essa marca de nosso ordenamento jurídico. Há, possivelmente, maior espaço para atuação das partes, mas não podemos qualificar o modelo brasileiro como algo remotamente próximo a uma lógica verdadeiramente *adversarial*<sup>385</sup> de um processo penal.

---

<sup>384</sup> Ver BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O sistema acusatório e o arquivamento do inquérito Policial. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7), p. 126. Vale o registro da divergência que temos com os autores quando afirmam que tais mudanças consagram um modelo de atuação do MP mais condizente com a *oportunidade* ou *discrecionariade* (p. 137-138). Desenvolveremos esses temas com especial verticalidade no Capítulo 5.

<sup>385</sup> Ainda assim, há setores da doutrina que identificam uma influência internacional, notadamente dos Estados Unidos, e uma aproximação da lógica adversarial nas reformas empreendidas pelo Brasil. Frequentemente é associada a existência de mecanismos de consenso com essa aproximação. Nesse sentido, ver JARDIM, Afrânio Silva. A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v.17, n. 2, p. 2-10, jul./dez. 2016, p. 4-5. Em especial: “De há muito, venho me opondo doutrinariamente à ‘importação’ de institutos processuais peculiares ao sistema processual norte-americano, fundado em bases jurídicas e valores sociais diversos da nossa cultura latina. Por outro lado, temos evoluído em prol do aperfeiçoamento do sistema penal acusatório, mas não devemos chegar ao exagero do que se convencionou chamar de ‘sistema adversarial’. O processo não é ‘coisa das partes’, mas sim um instrumento público, através do qual o Estado presta a sua jurisdição. O interesse público, cristalizado na legislação cogente, está fora do alcance do poder dispositivo da acusação e da defesa. É o princípio da legalidade, fundante do sistema ‘civil law’, que nos foi legado pela tradição grega e romana.” (p. 5). Como explicitado em nossa

Exemplo interessante de tal lógica está na inquirição das testemunhas (CPP, art. 212). Fizemos referência a esse aspecto quando da descrição do cenário inquisitorial encontrado na origem de nosso Código de Processo Penal (ver Seção 3.2.1.1), com a redação original de tal dispositivo, que colocava o magistrado em uma posição de centralidade. Com as mudanças trazidas pela Lei nº 11.690/2008,<sup>386</sup> resta claro que foi feito um movimento no sentido de empoderamento das partes na instrução processual,<sup>387</sup> com decisiva participação na formulação de perguntas aos inquiridos. Mesmo nesse caso, com um maior protagonismo das partes no desenrolar do processo, com a inquirição de testemunhas não tendo no magistrado a figura central, a sua presença ainda é fundamental em dois sentidos: no controle daquilo que será perguntado e, ao final, na possibilidade de realizar a própria inquirição da testemunha, na forma que entender adequada.

Se teve algum aspecto que influenciou no enfraquecimento do controle oficial do processo, esse foi a introdução da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas). Tema que se confunde com a presença da negociação em nosso ordenamento jurídico, e que é aplicada em contextos específicos, a legislação traz elementos que podem apontar para uma possível exceção à sistemática geral, com contornos de verdadeiro empoderamento às partes na persecução penal.

Sobre o instituto da colaboração premiada em si, vale o registro de que formas distintas de *delação* não eram estranhas ao ordenamento jurídico pátrio, ao menos desde os anos 1990. A Lei nº 8.072/1990 (conhecida como Lei dos Crimes Hediondos) foi a responsável pela introdução de instituto premial assemelhado no Brasil, ainda que realizado de forma mais singela,<sup>388</sup> funcionando efetivamente como uma causa de diminuição de pena do sujeito

---

metodologia, não fazemos essa automática identificação entre o sistema adversarial e a lógica consensual, razão pela qual, inclusive, separamos as análises em distintas Seções. De todo modo, é necessário o registro de que o maior empoderamento de uma lógica de partes no ordenamento jurídico brasileiro, em nossa visão, derivou da introdução da colaboração premiada – um exemplar de barganha entre partes em nosso direito.

<sup>386</sup> Nova redação do CPP feita por meio da referida Lei nº 11.690/2008: “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

<sup>387</sup> Sobre o alinhamento, neste aspecto específico, do processo penal brasileiro ao modelo adversarial, ver ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar 2021, p. 227.

<sup>388</sup> Vale registrar como tais institutos premiais surgiram inicialmente em nosso ordenamento jurídico, da forma como previstos na referida Lei dos Crimes Hediondos: “Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo: ‘Art. 159. [...] § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. 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’.”

imputado, sem qualquer impacto na feição inquisitorial de nosso sistema. Nos anos seguintes, novos movimentos legislativos deram origem a institutos similares em outras leis e relativas a distintas situações,<sup>389</sup> ainda que as previsões de delações premiadas tivessem natureza jurídica semelhante ao instituto originalmente previsto.

Foi com a promulgação da referida Lei nº 12.850/2013 que a colaboração premiada muda de figura. Há uma série de razões que podem ser mobilizadas para explicar esse fato, mas, inegavelmente, a própria formatação da lei, com a procedimentalização<sup>390</sup> não apenas do prêmio, mas também da efetiva colaboração a uma dada persecução criminal, foi aspecto relevante. A característica mais definidora<sup>391</sup> desse instituto para o Estado é que ele se traduz em um negócio jurídico-processual e um meio de obtenção de provas, muitas vezes mobilizado nas fases preliminares, de apuração de fatos potencialmente delitivos. Por meio da sua utilização, elementos de prova antes desconhecidos<sup>392</sup> podem vir a ser descobertos, o que se realiza pela cooperação de algum sujeito particular, o qual, em troca, pode receber prêmios previstos em lei (redução de pena, perdão judicial, ausência de oferecimento de denúncia). Ou

---

<sup>389</sup> Fazemos referência às diversas Leis Federais promulgadas após aquele marco inicial do ano de 1990, que são: Lei nº 9.034/1995 (antiga Lei do Crime Organizado, com previsão do instituto em seu art. 6º), Lei nº 9.080/1995 (que modifica a Lei nº 8.137/1990 para, no parágrafo único do art. 16, prever o instituto), Lei nº 11.343/2006 (a conhecida como Lei de Drogas, com previsão premial em seu art. 41), Lei nº 12.529/2011 (arts. 86 e 87, referentes a crimes contra a ordem econômica), bem como a Lei nº 12.683/2012 (alterando a Lei de Lavagem de Dinheiro para introduzir o instituto no § 5º do art. 1º).

<sup>390</sup> Nesse sentido, ver MANZANO; Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 198-199. Em especial: “A colaboração era indispensável e a lei previa suas condições, mas não se sabia a forma como deveria ser instrumentalizada, a quem cabia a iniciativa e o papel do juiz no controle e na concessão do benefício legal. Não havia um regramento que disciplinasse a legitimidade, a forma, o processamento, a natureza do ato judicial decisório, o controle, o prazo, a competência, as condições e os pressupostos, enfim, para a concessão dos benefícios legais, bem como o grau de colaboração exigido para a obtenção do prêmio” (p. 199).

<sup>391</sup> Há setores da doutrina que identificam como diferencial na colaboração premiada instituída pela Lei de Organizações Criminosas a sua amplitude, calcada em três grandes características: (i) pode incidir sobre investigação ou processo envolvendo o crime de organização criminosa ou delito praticado em seu âmbito; (ii) a colaboração, voluntária, mostre-se efetiva para o sucesso da persecução criminal; e (iii) que dessa interação se tenha como resultado revelações sobre a estrutura do cometimento de infrações que possam redundar em sua prevenção e eventual recuperação de valores (GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21-22.).

<sup>392</sup> Ver MANZANO; Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 205-209. Especificamente: “Sob a ótica do órgão acusador, o uso da colaboração premiada será sempre conveniente quando viabilizar avanços necessários para a elucidação dos fatos, recuperação de ativos, identificação de agentes. E mais: quando tais vantagens apenas forem possíveis com o uso exclusivo das palavras do colaborador naquele momento da investigação” (p. 207).

seja, é um instituto que visa a obter benefícios próprios por meio do fornecimento de informações ou documentos que impliquem terceiros.<sup>393</sup>

Essa estrutura prevista viabilizava a realização de negociações diretamente entre o sujeito imputado, acompanhado de seu advogado, com o representante do órgão acusatório. Trata-se de oportunidade de se concretizar uma maior negociação a ser formalizada em um acordo escrito,<sup>394</sup> ou, em outras palavras, uma verdadeira *barganha*, isso porque o instituto é efetivamente mais aberto, pois não há uma vinculação tão explícita entre a subsunção dos dispositivos legais e dos prêmios a serem concedidos. É exemplar nesse aspecto o fato de não haver um momento processual estabelecido para que o acordo seja firmado,<sup>395</sup> podendo ocorrer antes de deflagrada a ação penal, durante a instrução penal ou, ainda, em fase de recursos e mesmo após o trânsito em julgado.<sup>396</sup> Suas particularidades são tamanhas, e a aplicação cotidiana pelos atores do sistema de Justiça gerou tantas controvérsias, que nossa Corte Suprema se debruçou sobre o instituto, proferindo algumas decisões aptas a guiar a sua mobilização, traçando importantes balizas.<sup>397</sup>

---

<sup>393</sup> Sobre o atingimento da esfera constitucional de direitos de terceiros e o papel do Estado, ver, em especial: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017, p. 146.

<sup>394</sup> Sobre a característica da formalização do acordo e de seu maior controle para o imputado, diferentemente do que ocorria com a simples confissão ou com as outras formatações de delação premiada previstas em leis pretéritas: “Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido. Já a colaboração, em razão do acordo escrito, permite um ajuste concreto dos benefícios e das hipóteses em que o acordo será considerado válido ou inválido. Ademais, a homologação judicial retira parte da incerteza do acordo existente na confissão e na delação, institutos que o juiz somente avalia no momento de proferir a sentença. Ao se comprometer previamente com aquelas condições, vinculam-se não apenas os limites do acordo, mas também o próprio órgão jurisdicional” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 359-390, set./out. 2016, p. 374).

<sup>395</sup> Embora haja a possibilidade de que os acordos sejam firmados em momentos processuais diferentes, os benefícios podem variar ligeiramente, não se permitindo o perdão judicial após a sentença. Ver, sobre o debate acerca da constitucionalidade desses dispositivos, em especial pela possível ofensa à coisa julgada, NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 78-79.

<sup>396</sup> Sobre a celebração de acordos após o trânsito em julgado, há um questionamento imanente sobre a concessão de benefícios a uma pessoa que já poderia estar presa, o que, intuitivamente, pode se relacionar a alguém mais suscetível a cooperar com a Justiça por ver esgotadas outras formas de reação à persecução estatal. Talvez, porém, o momento mais sensível e que mereça registro seja aquele das prisões processuais, que podem influenciar (senão coagir) o imputado a assumir a conduta e enveredar pelo caminho da implicação de envolvidos. Sobre o tema da colaboração premiada no contexto de prisões, ver, por todos: CRUZ, Flavio Antonio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, v. 2, p. 145-219, 2016, p. 203-205.

<sup>397</sup> Fazemos especial referência ao Habeas Corpus nº 127.483/PR (Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em 27/08/2015). A sistematização de três aspectos fundantes do acordo foi feita, em termos de *existência*, dizendo respeito ao formato de como o acordo deve ser apresentado e instruído, o aspecto da *validade*, que dialoga com a liberdade da declaração de vontade do colaborador e da viabilidade jurídica de seu objeto, bem como da *eficácia*, aspecto vinculado diretamente à atividade judicial de homologação do

Feito esse breve panorama sobre o acordo de colaboração premiada genericamente considerado, resta claro que ele possui características inovadoras em nosso sistema jurídico. Aquela que chama mais a atenção é a sua discrepância com outros institutos de consenso,<sup>398</sup> pois, como regra, não funciona por meio do impulso oficial pelo órgão acusatório e, em razão disso, podemos qualificá-la como uma verdadeira estratégia de defesa a ser eventualmente mobilizada pelo particular. Mais do que isso, ele empodera as partes processuais, que detêm a possibilidade de realizarem composições, ainda que dentro de regras estabelecidas em lei. Embora possamos apontar diferenças marcantes entre este instituto e o do *plea bargaining* típico do modelo estadunidense,<sup>399</sup> é fato que há maior autonomia das partes do que se via até então em nosso processo penal. E isso representa uma mudança de relevo em nosso sistema jurídico, acostumado que estava à maior direção estatal da persecução penal.

De institutos forenses, mais assemelhados a verdadeiras causas de diminuição de pena mais comparáveis com a confissão, passamos a conviver com uma estrita negociação entre o órgão acusatório e um sujeito potencialmente envolvido com fatos criminosos de alta gravidade. Com isso, as próprias partes do processo podem realizar uma composição capaz de conferir ao particular determinados benefícios e, ao Estado, meios de obtenção de elementos de prova capazes de implicar terceiros. É claro que o controle judicial de tal acordo ainda se faz presente, tendo sido esse papel amplificado ainda mais com as reformas empreendidas pela Lei Anticrime (ver Seção 4.3.1.2). De todo modo, não podemos ignorar que, em um sistema com características inquisitoriais (não adversariais) tão marcadas, haja um instituto que confere poderes tão explícitos às partes, e ao largo de um controle pretérito do Estado-Juiz.

---

quanto disposto pelas partes, o que é feito em dois momentos, de provimento inicial e, posteriormente, de sentenciamento. Essa divisão didática acerca da decisão da Suprema Corte Brasileira foi feita por DELORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 293-338, maio 2019, p. 303-305.

<sup>398</sup> Em vista de tais características, não qualificamos a colaboração premiada genericamente considerada como um instituto de consenso, sendo apenas a sua modalidade do acordo de imunidade (não denúncia) um verdadeiro instituto assim qualificado. Para uma justificativa mais ampla de tal diferenciação, ver Seção 4.1.

<sup>399</sup> Possivelmente o controle judicial existente na colaboração premiada seja fator que a afasta decisivamente da *plea bargaining* estadunidense, instituto que foi detalhadamente analisado na Seção 2.2.2.1. Em nossa literatura, há registros sobre essa relevante diferenciação, como em: “O modelo americano da ‘*plea bargaining*’ é feito para o processo de partes, com plena negociação, até da pena e o juiz na função meramente controladora dos excessos. Não é esse o modelo predominantemente europeu, nem brasileiro – no qual o jogo das partes possui limite, intervenção e controle judicial, para que nele vença não quem tem mais dinheiro ou poder processual, mas o ideal de justiça. Não cabe em nossa colaboração premiada pretender plena negociação, em que possa o Ministério Público negociar livremente imputações, culpa e pena. O modelo da ‘*plea bargaining*’ serve como referência de eficiência para a imposição da culpa, mas não como modelo de forma e limite de negociações no Brasil”. (CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 48-49).

Interessante observarmos que, de modo geral, a permanência do controle oficial do processo ou uma maior abertura às partes possui influência indireta no aspecto da obrigatoriedade. O caráter inquisitorial não afeta de forma direta esse aspecto, ainda que tal tradição possa auxiliar a moldar a forma como institutos que afetam a obrigatoriedade venham a operar. E, curiosamente, os questionamentos à obrigatoriedade derivam justamente de um instituto de negociação criado em 2013, que é a colaboração premiada. Como pode ser visto, as partes efetivamente detêm mais poderes de disposição, conferidos por lei, como forma de desbaratar complexas organizações criminosas. Embora nem todas as modalidades de colaboração sejam autênticos institutos de consenso, é certo que a obrigatoriedade, em sua acepção pura, é mitigada com a existência de tal negócio jurídico processual.

É de se ressaltar que a afetação da obrigatoriedade se deu em razão de um instituto negocial criado, e não por conta de um maior poder de disposição das partes. Nesse caso específico, ambos os parâmetros andaram juntos, mas essa não é a regra. Como restará claro nos tópicos subsequentes, são as hipóteses que envolvem algum tipo de consenso que efetivamente tensionaram a antes consagrada obrigatoriedade.

### ***3.3.1.2 A obrigatoriedade tensionada: abertura de espaços de consenso no processo penal brasileiro***

Embora experiências internacionais<sup>400</sup> já apresentassem a existência de saídas consensuais em meio ao processo penal, o ordenamento jurídico brasileiro não se mostrava poroso a tais iniciativas. É possível dizer que havia um caldo em nossa cultura processual<sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> Para ficar nos exemplos já tratados neste trabalho, há a experiência estadunidense, que já na metade do século XX tinha os acordos em âmbito penal como um elemento central na persecução criminal estatal, bem como o caso italiano, em que as reformas processuais tiveram resultados relevantes já no final da década de 1980. Para a análise completa, ver Capítulo 2.

<sup>401</sup> Sobre a cultura processual e sua relação com a entrada de elementos consensuais nos diferentes países: “Fatores exógenos e endógenos ditam as diferentes velocidades na incorporação do modo da justiça consensual. No primeiro, postam-se as políticas econômico-sociais do Estado e os seus reflexos nos padrões de direcionamento da sociedade e nas inter-relações entre os membros do grupo social. No segundo, inserem-se os padrões de cultura processual que aqui são representados pela construção e assunção de paradigmas sobre o papel a ser desempenhado pelos sujeitos do processo. Tais formatações culturais são internalizadas por estes mesmos sujeitos, sedimentando padrões de agir processual. Ou seja, mais importante do que as formatações dadas pela norma jurídica, é importante identificar os padrões da cultura processual e as suas internalizações. Ambas contribuem para um movimento inercial, senão de resistência aos novos paradigmas, mas sim de orientação da interpretação e da aplicação dos novos institutos que não guardavam harmonia com a cultura processual” (ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 51). Descrição completa sobre esse caldo cultural anterior pode ser localizada na Seção 3.2.

que não se mostrava aberto à consensualidade, em especial no âmbito criminal, muito possivelmente em função do princípio da obrigatoriedade até então reinante – e da lógica estritamente disputada na qual este sistema foi gestado. Um país sem experiência pregressa com alguma forma de negociação em matéria criminal indicaria um caminho sem modificações bruscas nos padrões de realização de Justiça. E assim realmente ocorreu.

A abertura ao consensualismo no processo penal possivelmente seja a mudança mais profunda experimentada em nosso ordenamento jurídico das últimas décadas. Isso porque há uma mudança de feição notável na forma de resolução dos conflitos penais, tirando o caráter de *via única* da abordagem disputada. Apresentamos a seguir a forma como isso ocorreu no Brasil, que teve suas origens em paulatinas mudanças das leis (em sentido lato) de regência na matéria.

### 3.3.1.2.1 Prenúncio no processo civil: Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas

Foi numa legislação de processo civil que pudemos vislumbrar pela primeira vez o que provavelmente foi a semente nacional que redundou no consenso também no âmbito criminal. Fazemos referência aqui à Lei nº 7.244/1984 (conhecida como Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas), que colocava em prática a *simplificação processual*, para dar conta de uma demanda por celeridade e de críticas à administração da Justiça que, assoberbada com o número de demandas, acabava por fornecer respostas lentas e desincentivar que determinados conflitos, principalmente aqueles de menor importância econômica, fossem levados ao Poder Judiciário.<sup>402</sup>

Pode-se dizer que essa legislação pavimentou o caminho para a instituição de soluções semelhantes também no âmbito penal.<sup>403</sup> Ainda que tenha sido revogada pouco mais de 10 anos

---

<sup>402</sup> Ver LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 134. A semelhança com a racionalidade que levou à criação dos Juizados Especiais Criminais é bastante grande, como descreveremos em mais detalhe neste trabalho (ver Seção 4.2).

<sup>403</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 136. Em especial: “Vê-se, portanto, que a instalação dos juizados de pequenas causas possibilitou o amadurecimento das soluções conciliatórias e participativas no ordenamento processual brasileiro. Permitiu que as atenções se voltassem para setores da sociedade até então excluídos do sistema jurídico, sobretudo por razões de ordem econômica. Por outro lado, aproximou juizes, advogados, e funcionários da justiça de um modo diferenciado de realizar a prestação jurisdicional, amenizando o excesso de formalismo. As ideias de informalidade e simplicidade foram inseridas no âmbito do processo, diversificando os mecanismos de atuação, como, ademais, já ocorria em outros países. O cuidado do legislador em estabelecer uma abordagem distinta para as causas de reduzido valor econômico e a experiência bem-sucedida com a Lei n. 7.244/1984 encorajaram o passo adiante que seria a expansão das soluções consensuais também para a esfera criminal, definindo as infrações penais de menor potencial ofensivo e prevendo para elas um rito mais simplificado e adaptado.” (p. 136).

depois pela Lei dos Juizados Especiais, da mera leitura de suas disposições gerais<sup>404</sup> fica clara a utilização de critérios semelhantes aos que seriam incorporados e até hoje aplicados no microsistema dos Juizados Especiais Criminais.

Apesar do relevante registro histórico, foi com a Constituição de 1988 que tivemos o formal início para a introdução ao consenso no âmbito criminal em nosso país.

### 3.3.1.2.2 Constituição de 1988 e a abertura ao consenso

Alguns anos depois da referida Lei nº 7.244/1984, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a previsão expressa<sup>405</sup> acerca da possibilidade de *transação* no âmbito de processos criminais de baixa complexidade. Isso abriu uma trilha, amparada na Lei Maior do país, para a introdução de consensualismo no processo penal brasileiro. O processo legislativo para a internalização sistêmica de tal inovação autorizada pelo texto constitucional não foi simples. Afinal, passaram aproximadamente sete anos entre a promulgação da CRFB e a final publicação da lei que foi a responsável pela previsão da transação penal e da suspensão condicional do processo, promovendo uma mudança que inaugurou em definitivo o consenso no país no âmbito criminal.

Importante também registrar que o órgão acusatório sofreu importantes modificações em razão da Constituinte, que redundou no novo texto constitucional do país. Isso porque o Ministério Público não mais se vinculava ao Poder Executivo na forma como ocorria<sup>406</sup> na vigência da Constituição outorgada em 1967, sendo dotado, a partir de então, de autonomia funcional e financeira para o exercício de seu múnus público. Isso não significa total ausência de controle, notadamente em âmbito criminal, mas implica espaço para exercer a sua liberdade funcional de interpretação dos fatos, ainda que seus atos sejam sujeitos a revisão, tanto

---

<sup>404</sup> Como se vê da disposição da Lei nº 7.244/1984: “Art. 2º: O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.”. Salta aos olhos a semelhança com o dispositivo posteriormente consagrado na Lei nº 9.099/1995: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”.

<sup>405</sup> Segue o dispositivo a que se faz referência: “Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...]”.

<sup>406</sup> Diante da sistemática da referida Constituição, emendada pela EC nº 1/1969, o Ministério Público era previsto nos arts. 94 a 96 da Seção VII, do Capítulo VII, que disciplinavam os órgãos do Poder Executivo.



judicial<sup>407</sup> como administrativo-hierárquica.<sup>408</sup> Ou seja, embora não haja nenhuma sorte de imposição hermenêutica, não há tampouco *discrecionariade*<sup>409</sup> a ser exercida pelos membros do MP em matéria criminal, que, em contato com suficientes elementos de materialidade e autoria delitivas, devem proceder à persecução penal.

Com a previsão constitucional, foram promulgadas seguidas leis que fizeram florescer as hipóteses de consenso em nosso ordenamento jurídico.

### 3.3.1.2.3 Surgimento, consolidação e ampliação dos institutos de consenso

Sobre os institutos de consenso, em apertada síntese,<sup>410</sup> podemos afirmar que seu surgimento ocorreu com as hipóteses de transação penal e suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995, arts. 76 e 89).<sup>411</sup> Trata-se dos dois institutos surgidos no bojo da Lei dos

<sup>407</sup> Em longa digressão sobre os mecanismos de controle a que o Ministério Público pós-1988 se encontra sujeito, Fabio Kerche destaca a pouca intervenção direta em matérias de mérito por parte do poder político, sendo exemplar o fato de que, no Brasil, o chefe do Ministério Público (PGR) não pode ser demitido por exclusiva vontade do chefe do Poder Executivo, como se verifica na experiência comparada, o que leva o autor a qualificar essa situação como de “*quasi-abdicação*” de controle pelo poder político. Ao mesmo tempo, defende que relevante controle de suas atividades é realizado pelo Poder Judiciário. (KERCHE, Fábio. *Autonomia e discrecionariade do Ministério Público no Brasil*. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007, p. 263-266.). Ver, em especial: “Um aspecto importante, contudo, é se o Poder Judiciário pode ser incluído como um órgão com poderes para bloquear ações de outros atores estatais, incentivando uma responsividade aos políticos dos atores não-eleitos. Afinal, o Judiciário não responde diretamente aos políticos, e a questão aqui é uma fiscalização institucional entre os agents, em que o principal é formado por políticos. Se o Poder Judiciário fosse uma dessas organizações, não haveria nenhum ator estatal realmente autônomo. Mesmo agências de regulação, que gozam de alto grau de autonomia, podem ter suas ações revistas pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o Poder Judiciário não é um agent que participa da fiscalização institucional incentivado por um principal formado por políticos. Contudo, caso seja incluído o Poder Judiciário como um dos atores com direito a veto sobre o Ministério Público e responsável pelo accountability sobre a instituição, poder-se-ia afirmar que a atuação dos promotores estaria limitada? A resposta a esta pergunta é sim, pelo menos em boa parte dos casos.” (p. 264).

<sup>408</sup> O mais relevante exemplo de tal fato possivelmente esteja em legislação aprovada décadas depois da promulgação da Constituição, com a Lei Anticrime, que estabeleceu o controle hierárquico do próprio Ministério Público para fins de arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 28).

<sup>409</sup> Embora se reconheça a presença menor de discrecionariade em matéria criminal, o que seria compatível com o também baixo *accountability*, o autor aponta que, em outras matérias, como fiscalização de funcionários públicos e do cumprimento de leis, há efetivamente maior discrecionariade pelos membros do MP (KERCHE, Fábio. *Op. cit.*, 2007. p. 270-276). Vale a ressalva de que o conceito de discrecionariade utilizado pelo autor é diferente daquele que definiremos no presente trabalho (ver Seção 5.4.2). Segundo interpretamos, não há qualquer sorte de discrecionariade na atuação criminal dos membros do Ministério Público no Brasil, sendo um agir funcional estritamente vinculado à lei.

<sup>410</sup> Neste tópico apenas apontamos a trilha dos institutos surgidos, como uma forma de registro histórico. Isso para possibilitar a apreensão teórica feita na sequência, com análise sobre o comportamento da literatura em face das mudanças. Aprofundamento sobre o histórico legislativo, com análise detida sobre a disposição de cada um dos institutos, será feito no Capítulo 4.

<sup>411</sup> Seguem os dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais: “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.” e “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

Juizados Especiais, que inauguraram tal cenário no país. A transação se realiza num momento preliminar, em que sequer foi apresentada a exordial acusatória, e a suspensão (também conhecida como *sursis* processual) se realiza logo após o oferecimento da denúncia, tendo como consequência, em ambos os casos, o encerramento precoce da persecução penal. No caso da transação, há algumas sanções a serem aplicadas e, no *sursis*, o processo fica suspenso durante um determinado período.

Por muito tempo, quase duas décadas, essas foram as únicas hipóteses de consenso em nosso ordenamento jurídico. O fenômeno a que chamamos de consolidação de saídas de consenso ocorre com a previsão do chamado acordo de imunidade processual (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §4º),<sup>412</sup> que é uma modalidade específica do acordo de colaboração premiada. Com ela, o Ministério Público também deixa de oferecer a denúncia em determinadas circunstâncias, com a grande diferença de que, nesses casos, deve o sujeito imputado efetivamente colaborar com a persecução penal, por meio da implicação de terceiros, para fazer jus a tal benefício. Em sendo conformado o acordo, tal sujeito imputado deixa de ser processado.

Por fim, a ampliação do consenso no Brasil se deu alguns anos depois, com a Lei Anticrime, em que se criou o acordo de não persecução penal (Lei nº 13.964/2019, adicionando o artigo 28-A ao CPP).<sup>413</sup> Com esse instituto, a modalidade de consenso foi generalizada, podendo em tese atingir um número bastante grande de delitos (com algumas restrições, mas basicamente aqueles com pena mínima em abstrato de até quatro anos). Trata-se de outro antecedente ao processamento criminal disputado, com previsão de sanção ao sujeito imputado após a sua confissão acerca dos fatos, dispensando-se, assim, a completa adjudicação.

Como se nota, o consenso em processo penal representa uma realidade no Brasil. Não se pode mais pensar no processo penal pátrio como uma via estritamente disputada. Os

---

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)”.

<sup>412</sup> Segue o dispositivo da Lei das Organizações Criminosas: “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: [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador”. Colocamos a redação original do parágrafo da lei, depois modificada pela Lei Anticrime, para dar sentido ao histórico breve que fizemos sobre a introdução dos institutos. Sem prejuízo, aprofundaremos mais à frente as referidas alterações legais (ver Seção 4.3).

<sup>413</sup> Segue o dispositivo acrescentado ao CPP: “Art. 28-A Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:”.

mecanismos consensuais, em regra antecedentes da própria propositura da ação penal, são marcas que não podem ser ignoradas. E essa talvez seja a diferença mais marcada entre o caldo cultural clássico de nosso processo e das rupturas que vimos apresentando. O sistema processual moldado pelo Código de Processo Penal de 1941 era de feição estritamente conflitiva, tendo sido modificado por diversas legislações (autorizadas por uma disposição constitucional) que criaram mecanismos de consenso e composição em âmbito criminal. A adjudicação por meio do processo penal em sua acepção mais plena não mais era o único caminho previsto para a persecução penal, existindo diversas outras formas alternativas de se encaminhar a solução em um conflito de índole criminal.

Em tal modelo, que passou a ser construído por meio do histórico brevemente descrito, a antes absoluta *obligatoriedade* da ação penal de iniciativa pública começa a ser questionada. Diante de elementos de informação suficientes de materialidade e autoria delitivas, o membro do MP não mais deveria, necessariamente, oferecer a denúncia. Havia a necessidade, também mandatória, de apresentar algum dos acordos processuais descritos acima. Trata-se de mudança fundamental, a qual buscamos compreender com verticalidade no presente trabalho e, desde logo, registrar a sua relevância.

Tais fatos não foram ignorados pela doutrina, que sobre eles se debruçou. Entretanto, como apresentaremos em detalhe na próxima Seção, a forma de apreensão do fenômeno se mostrou insuficiente sob alguns pontos de vista, daí porque realizamos a crítica acadêmica no presente momento. E, mais à frente, em particular no Capítulo 5, realizamos proposição teórica para sanar as inconsistências encontradas, de forma a compatibilizar a leitura acadêmica entre os modos de disputa e de consenso na solução do conflito penal.

### **3.3.2 Interpretação doutrinária sobre a ação penal de iniciativa pública: o princípio da *obligatoriedade* em xeque**

As modificações legislativas descritas trouxeram alternativas à via conflitiva prevista na Codificação Processual Penal de 1941, que não mais era a única em nosso ordenamento jurídico. Soluções consensuais passaram a ser inseridas em leis processuais penais, sendo que, com a coexistência de modelos com características tão distintas, a nossa doutrina jurídica passou a incorporar revisões ou, principalmente, adaptações ao antes cristalino conceito do princípio da *obligatoriedade*.

A gênese da via consensual no ordenamento jurídico-processual brasileiro, entretanto, não foi acompanhada de uma revisão mais robusta de conceitos mobilizados para explicar um

modelo antes unicamente disputado. Nas próximas Seções, então, apresentaremos as crescentes dúvidas que cercam a manutenção dos conceitos existentes e, também, a insuficiência do que se viu em termos de sistematização teórica para dar conta de um cenário de coexistência das realidades disputada e consensual.

### ***3.3.2.1 A mitigação da obrigatoriedade. Diagnóstico generalizado de insuficiência do princípio da obrigatoriedade da ação penal***

Apontamos que a doutrina defendeu a existência do princípio da obrigatoriedade (puro) no ordenamento jurídico-processual brasileiro, o que configurou o nosso caldo cultural acerca da ação penal. E tal conceito trouxe relevantes ganhos analíticos, que não podem ser desprezados, conforme longamente explanado. Entretanto, as mudanças legislativas anunciadas desde a promulgação da Constituição Federal e efetivamente experimentadas desde a Lei nº 9.099/1995 não foram ignoradas pelos pensadores, que buscaram incluí-las em suas análises. Com isso, a obrigatoriedade, antes inquestionada, foi colocada em xeque.

A adoção do conceito puro de obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública se mostrou teórica e pragmaticamente insuficiente para se pensar no processo penal pátrio a partir daquele momento. Do ponto de vista teórico, ficou claro com a introdução (e posterior ampliação) dos mecanismos consensuais que havia cada vez mais situações em que, diante de elementos de informação suficientes, o titular da ação penal não ofereceria, *obrigatoriamente*, a denúncia. Em seu lugar, existiam numerosas outras soluções, que expressavam um modo distinto de se lidar com o conflito criminal. Do ponto de vista pragmático, foram amplificadas as críticas à tentativa de se garantir um *full enforcement* da lei penal,<sup>414</sup> restando marcado que a realidade demonstrava a existência de inúmeros delitos que não eram efetivamente perseguidos criminalmente, pelas mais diversas razões (ausência de efetivo, de recursos, de dispêndio de tempo etc.).

Por esses motivos que a ideia de *mitigação* do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública ganhou corpo na literatura brasileira. E nesse ponto reside um questionamento, pois as mudanças normativas (transação penal, suspensão condicional do processo, alguma modalidade de colaboração premiada e acordo de não persecução penal)

---

<sup>414</sup> Por todos, ver: GOES LIMA, Thadeu Augimeri de. Obrigatoriedade da ação penal pública e in dubio pro societate: repensando antigos mitos. *Derecho y Cambio Social*, n. 58, p. 417-434, 2019, p. 566-568. Em especial: “A obrigatoriedade do exercício da ação penal pública claramente se inspira na ideia de que nec delicta maneat impunita e na utópica meta do full enforcement, de acordo com as quais compete ao Estado perseguir e punir todo e qualquer ilícito penal praticado” (p. 567).

foram efetivamente sendo incorporadas às interpretações teóricas existentes, porém, muitas vezes, foram absorvidas como simples *exceções* ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.<sup>415</sup> Esta Seção se dedicará a apresentar como a literatura interpreta o referido princípio em um cenário de sua mitigação, bem como a tecer análise crítica acerca da insuficiência explicativa do quadro teórico existente. Em resumo, o diagnóstico é correto, mas a solução apontada mostra insuficiências.

Para justificar a posição teórica que ora questionamos, há argumentos que colocam a obrigatoriedade como um *dogma*<sup>416</sup> em nosso direito processual. Segundo tal leitura, a sua existência não se deve tanto a uma presença normativa decisiva, mas sim a uma construção da literatura nacional que acabou se arraigando em nossa cultura jurídica, tornando-se, por isso, o dito dogma. Mais do que isso, há associação com a crítica pragmática acerca de uma falta de capacidade de que os órgãos persecutórios consigam buscar a responsabilização criminal de todo e qualquer fato potencialmente delitivo, podendo os mecanismos de filtragem serem explícitos ou simplesmente invisíveis, sendo essa a afirmação de que, de fato, não existiria a obrigatoriedade.<sup>417</sup>

Interessante, nesse sentido, observar que, após o surgimento da Lei dos Juizados Especiais e dos outros marcos normativos que se seguiram, mesmo nos autores que defendem a existência do princípio da obrigatoriedade em sua forma pura, há indicação de que o conceito pode ser lido com outros olhos, ainda que (formalmente) sustentado em sua inteireza.<sup>418</sup> Tais

---

<sup>415</sup> Guilherme de Souza Nucci, dissertando sobre o princípio da obrigatoriedade, é exemplar ao reconhecer as ditas exceções, mas manter incólume o conceito: “Como decorrência desse princípio temos o da indisponibilidade da ação penal, significando que, uma vez ajuizada, não pode dela desistir o promotor de justiça (art. 42, CPP). Logicamente, hoje, já existem exceções, abrandando o princípio da obrigatoriedade, tal como demonstra a suspensão condicional do processo, instituto criado pela Lei 9.099/95, bem como a possibilidade de transação penal, autorizada pela própria Constituição (art. 98, I)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 93-94).

<sup>416</sup> Ver SUXBERGER, Antônio Henrique. A superação do dogma da obrigatoriedade: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de Justiça Criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, v. 34, p. 35-50, 2017.

<sup>417</sup> Ver SUXBERGER, Antônio Henrique. A superação do dogma da obrigatoriedade: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de Justiça Criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, v. 34, p. 35-50, 2017 p. 39-41. Nesse sentido: “A obrigatoriedade do exercício da ação penal, em rigor, nem de longe assegura que a persecução penal seja deduzida perante o Judiciário em todos os casos de notícias de fato criminoso que chegam às instâncias de investigação e judicialização das acusações. Em verdade, como se demonstrará a seguir, a imposição da obrigatoriedade se presta como obstáculo a essa pretensão de efetividade da resposta penal. Afinal, na gestão da escassez de recursos, a imposição de uma regra geral para ajuizamento de ações penais impede a formalização e o reconhecimento normativo de que os arranjos institucionais do Estado atuam segundo uma ordem de prioridade. Se afirmada e publicizada, essa indicação de prioridade, que só ocorre num espaço de oportunidade de atuação estatal, mostra-se sujeita a instâncias de controle. Se invisível ou informal, como ocorre numa pretensa afirmação de obrigatoriedade que não se amolda à prática das instituições, esse espaço decisório continua existindo, mas livre de escrutínios e controle.” (p. 41).

<sup>418</sup> Particularmente interessante é o posicionamento de Afrânio Jardim que, embora negue peremptoriamente a mitigação da obrigatoriedade, reconhece na proposta de acordo de transação penal uma forma diferenciada de se exercer a pretensão punitiva do Estado: “Destarte, presentes os requisitos do §2º do art. 76, poderá o

circunstâncias indicam a fragilidade do conceito em razão da forma como vem sendo construído, o qual não possui mais a capacidade explicativa de outrora e, para ser sustentado, é alvo frequente de adaptações.

Dado o contexto descrito, identificamos outro expediente comum adotado pela literatura, consistente em reconhecer a coexistência de outro princípio juntamente com o da obrigatoriedade,<sup>419</sup> de forma a explicar o maior poder de escolha conferido ao Ministério Público na persecução penal. Interessante observar a construção teórica feita, de se trazer outro princípio com uma atuação paralela ao consagrado princípio da obrigatoriedade, como se estivéssemos tratando de ordenamentos jurídicos distintos, com regramentos próprios para cada situação. E essa leitura é principalmente identificada quando são analisados pela doutrina os institutos consensuais trazidos pela Lei dos Juizados Especiais, sendo que a transação penal e a suspensão condicional do processo representariam “exceções” existentes ao princípio da obrigatoriedade.<sup>420</sup>

Para essa visão, restaria intocado o princípio da obrigatoriedade, sendo imperativo o agir do órgão ministerial em se verificando as condições da ação penal de iniciativa pública, com a singela inaplicação de tal princípio para o microsistema dos crimes de menor potencial ofensivo (e outros abrangidos pelo *sursis* processual), quando outro princípio regeria as ações

---

Ministério Público exercer a ação penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação da pena não privativa de liberdade, após atribuir ao réu a autoria ou participação de uma determinada infração penal, ou apresentar a denúncia oral. Nas duas hipóteses, estará o Ministério Público manifestando em juízo uma pretensão punitiva estatal” (JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 48, p. 4, nov. 1996.). De todo modo, o próprio autor não vislumbra adequação teórica da suspensão condicional do processo com a regra da indisponibilidade da ação penal (que, como visto, é decorrência da obrigatoriedade). Em sentido semelhante, de reconhecer apenas diferentes tipos de obrigação ao órgão acusatório (de oferecer a denúncia ou a proposta de transação penal), ver OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p.139-140.

<sup>419</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho justifica a existência de um princípio da discricionariedade (não absoluto) inaugurado pela Lei dos Juizados Especiais: “Agora, mitigando a referida obrigatoriedade e abrindo espaço ao princípio da discricionariedade, a lei possibilita que o órgão do MP, ao invés de apresentar denúncia, submetendo o acusado à persecução penal, com os riscos e inconvenientes que ela representa, submeta ao autor do fato e a seu defensor – que deve necessariamente estar presente à audiência preliminar – uma proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Não adotou a lei, no entanto, um critério de discricionariedade absoluto, mas, ao contrário, fixou certas regras a serem observadas na fase de transação, não só no que tange à limitação das infrações penais que a admitem (art. 61), mas, especificamente, pela previsão de causas impeditivas do benefício” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Juizados especiais criminais: anotações resumidas sobre a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Revista do Advogado AASP*, São Paulo, n. 50, São Paulo, p. 47-54, 1997, p. 50).

<sup>420</sup> No sentido de qualificar a sistemática dos juizados especiais como exceção existente ao princípio da obrigatoriedade, ver LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1459; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 80. Em sentido semelhante, ainda que sem entrar no mérito de princípios aplicáveis, Nereu Giacomolli reconhecia algum poder de disponibilidade do Ministério Público, restrito apenas aos casos dos juizados especiais (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 308).

do órgão acusatório. Ou seja, há a interpretação de que existem “*princípios alternativos*” aplicáveis ao processo penal, a depender do caso em que se esteja tratando. Fica evidente a não harmonização dos marcos teóricos elaborados na lógica disputada quando deparados com a lógica consensual, nesse caso se restringindo aos institutos da Lei nº 9.099/1995.

Há ainda proposições que acabam por não abandonar propriamente a obrigatoriedade, mas a tratam de forma menor. Nesse sentido, há quem interprete o conceito como uma regra geral, sujeita a “temperamentos”, estando, assim, o membro do MP autorizado a deixar de acusar por relevantes motivos de política criminal ou social, desde que apresente fundamentação relevante para tanto.<sup>421</sup> Ou, com o enfraquecimento da obrigatoriedade da ação penal, conceitos derivados da *discricionariedade* são mobilizados,<sup>422</sup> mesmo que sem o acabamento teórico necessário para explicar as suas formas de regramento, ante o quadro normativo que não atribui poder de decisão irrestrito aos membros do órgão acusatório.

A forma de se referir aos ditos princípios alternativos varia, sendo as modalidades mais comuns a *obrigatoriedade mitigada* ou a *discricionariedade regrada*,<sup>423</sup> havendo outras variações como *obrigatoriedade regrada*.<sup>424</sup> O *nomen juris* importa menos, sendo mais relevante o impacto sistêmico que é gerado pela coexistência desses tantos princípios regendo a (mesma) persecução penal no Brasil, e operando efeitos com sinais invertidos.

Por muito tempo, mais especificamente enquanto os mecanismos consensuais se restringiam à transação penal e à suspensão condicional do processo, considerou-se que teríamos duas ordens de princípios aplicáveis ao processo penal brasileiro: o princípio da

---

<sup>421</sup> Ver GOES LIMA, Thadeu Augimeri. Obrigatoriedade da ação penal pública e in dubio pro societate: repensando antigos mitos. *Derecho y Cambio Social*, n. 58, p. 417-434, 2019, p. 422-425. Em trecho que sintetiza seu pensamento, defende o autor: “De nossa parte, com lastro nas ponderações acima registradas e de lege lata, sustentamos a compreensão da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública como uma regra geral, porém flexível, quer-se dizer, aberta a temperamentos. Logo, havendo motivos relevantes, de índole político-criminal ou social [...] há que se permitir ao Parquet a abstenção de acusar, autorizando-se o arquivamento dos autos da investigação criminal ou das peças informativas, mas obviamente lhe cobrando para tanto fundamentação racional, concreta e idônea.” (p. 425).

<sup>422</sup> Por todos, ver MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gian Gianpaolo Poggio; PEZZOTTI, Olavo Evangelista. A discricionariedade da ação penal pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 30, p. 353-390, jan./jun. 2019, p. 372-383. Em especial: “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 o princípio da proporcionalidade sob a ótica da proteção jurídica insuficiente” (p. 382). Embora defendam a inexistência no atual ordenamento jurídico do princípio da obrigatoriedade, deixam de definir os parâmetros aplicáveis à assim chamada “*discricionariedade regrada*”, que, em nossa opinião, carece de elementos para explicar a sistemática processual brasileira, ainda guiada pelo impulso oficial e obrigatório da persecução penal.

<sup>423</sup> Para mencionar alguns, ver LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1459; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 80.

<sup>424</sup> Ver AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 1301.

obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, a ser mobilizado para explicar grande parte das situações existentes, e o princípio alternativo outro (com algum dos nomes mencionados), aplicável ao microsistema dos juizados especiais criminais. Embora a carga explicativa de uma construção teórica como essa seja ontologicamente falha, vez que se utiliza de princípios contraditórios para o mesmo processo penal, a circunstância de a exceção se restringir a um microsistema<sup>425</sup> poderia amenizar os questionamentos acadêmicos. Entretanto, o aumento significativo das ditas *exceções* apenas desnudou a inadequação da chave teórica até então utilizada de forma alargada.

Mesmo com o alargamento das tais exceções ao princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura, as chaves teóricas não foram revisitadas. Ao contrário, foram simplesmente mantidas, com o acréscimo de mais casos que fugiriam à sistemática do princípio reitor geral.<sup>426</sup> A circunstância de haver hipóteses flagrantemente contrárias à construção teórica de uma obrigatoriedade para todos os casos não escapou às análises, porém, não houve mudança substantiva visível no quadro interpretativo proposto. Ou seja, embora existisse um diagnóstico da imprecisão do princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura, o conceito seguiu sendo mobilizado.<sup>427</sup>

E esse é o principal aspecto que merece ser frisado: nossa literatura soube entender o enfraquecimento da obrigatoriedade como anteriormente existente. Nesses termos, o

---

<sup>425</sup> Paulo Rangel se utiliza de construção teórica de que, afora as “exceções” do microsistema dos juizados especiais, o princípio da obrigatoriedade operaria de forma *absoluta*: “Por fim, entendemos que, tratando-se de infrações penais de menor potencial ofensivo, o princípio da obrigatoriedade tem o caráter relativo, porém, diante das outras infrações penais de médio e maior potencial ofensivo, seu caráter é absoluto, sem mitigação”. (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244.). A construção teórica de um princípio que se aplica ora de forma relativa, ora de forma absoluta, é impreciso, em nossa opinião, até porque o caráter absoluto atribuído a um princípio costuma gerar impropriedades, pois eventual conflito entre princípios faria com que um princípio absoluto necessariamente se sobressaísse, o que não parece ser o caso (nem a intenção do doutrinador). E chama especial atenção nessa obra o fato de, mesmo publicada em 2015, não se ter uma análise de eventuais impactos de um instituto como a colaboração premiada, em especial a faceta do acordo de imunidade.

<sup>426</sup> Ver AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 445. O autor, inclusive, equipara situações de mera redução de pena ou extinção de punibilidade, comuns ao sistema disputado, com institutos típicos de uma lógica consensual.

<sup>427</sup> Nesse sentido, é exemplar o posicionamento de Eugênio Pacelli de Oliveira, que registra a problemática identificada, mas que não resulta em qualquer mudança mais substantiva de posicionamento teórico-conceitual de sua parte: “Mas não se pode negar que a Lei nº 12.850/13 pretende instituir uma modalidade de negociação penal, com parcial flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, com contornos mais complexos que aquele previsto na conhecida transação penal da Lei nº 9.099/95 (mais recentemente, a Lei 13.964/19 ampliou ainda mais essa negociação através do acordo de não persecução penal – art. 28-A do CPP). Diferença perfeitamente explicável: esta última cuida de infrações de menor potencial ofensivo, enquanto a outra, a primeira, trata de organizações criminosas, associadas, em regra, a crimes de maior relevância jurídico-penal” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 745). Há, portanto, reconhecimento da flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal em sua acepção pura, ainda que não se apresente um conceito bem-acabado para a melhor compreensão da persecução penal no Brasil.



diagnóstico acerca da obrigatoriedade mitigada é particularmente preciso, e sobre ele não temos maiores contribuições. Entretanto, esse conceito é insuficiente porque não dá o passo adiante necessário em uma construção sólida acerca da entrada do consenso em nosso ordenamento jurídico. A mitigação da obrigatoriedade explica a ausência de uma saída única e disputada, mas falha em explicar a forma como se comporta a lógica consensual em nosso ordenamento. Seu funcionamento em paralelo com o âmbito da disputa escapou às mais diferentes análises. O funcionamento em harmonia com a lógica da disputa, típico desse novo modo de solucionar o conflito penal, foi ignorado, o que gerou interpretações insatisfatórias acerca da realidade posta.

Apresentaremos, mais adiante, na Parte III, a forma de se harmonizar a interpretação acerca da ação penal de iniciativa pública, por meio do conceito do princípio da obrigatoriedade residual. Por ora, no próximo tópico, apresentamos outros desdobramentos do diagnóstico da mitigação da obrigatoriedade. Seu abandono ou a promoção de princípios alternativos, e que não guardam relação com a nossa sistemática processual, são algumas das consequências observadas. Exporemos essas leituras, juntamente com nossa análise crítica acerca das imprecisões teóricas identificadas.

### ***3.3.2.2 O prematuro abandono da obrigatoriedade. Inadequação dos princípios da oportunidade e da discricionariedade***

O fenômeno de ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro gerou uma necessidade na doutrina de buscar explicar as mudanças à luz dos marcos teóricos conhecidos. Mais do que a declaração da mitigação ou flexibilização do princípio da obrigatoriedade, diagnóstico correto em função da chegada do consenso, há quem sustente a necessidade do seu abandono. Sobre esse ponto, entendemos não haver base normativa que ampare tal ideia. Se, de um lado, a insistência em um conceito que demonstra claramente seus limites é problemática, seu reverso da moeda, que é a completa desistência da obrigatoriedade, é igualmente pernicioso.

Trata-se de caminhos extremados, como se a construção da sistemática processual brasileira calcada nas leis de regência, na tradição jurídica e mesmo na nossa cultura jurídica – notadamente a do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública – pudesse ser simplesmente descartada para dar lugar a uma realidade de ampla liberdade na persecução penal ao órgão acusatório. Como se, da convivência de um processo disputado com mecanismos de

consenso, fosse automaticamente gerado uma realidade de ampla liberdade acusatória, embora não se tenha base legal, tampouco histórico relevante em nosso país, para tanto.

Ainda que se reconheça que o conceito do princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura mostre insuficiências, defender a existência no ordenamento jurídico brasileiro, sem lastro claro, de princípios da *oportunidade* ou da *discrecionarietà* da ação penal de iniciativa pública parece ser uma saída pouco elaborada. O presente tópico se presta a apresentar algumas dessas construções teóricas e, quando pertinente, demonstrar as razões que explicam a sua inadequação.<sup>428</sup>

A mobilização (por vezes indistinta) dos ditos princípios da discrecionarietà ou da oportunidade é contraposta à obrigatoriedade (ou legalidade, como comumente se equipara):<sup>429</sup> Se, por força do tradicional princípio, as ações do Ministério Público estariam limitadas e estritamente vinculadas à subsunção dos fatos aos critérios legais<sup>430</sup> de justa causa, com a oportunidade existiria maior espaço para decisão acerca da propositura ou não da ação penal,<sup>431</sup> segundo critérios outros estabelecidos pelo representante do órgão acusatório. É reconhecido, nesta modalidade, um maior poder de escolha a quem o detenha.

<sup>428</sup> Juízos analíticos e críticos feitos com base em nossa análise jurídica. Mais à frente, no Capítulo 5, exporemos toda a base teórico-conceitual desenvolvida na presente Tese e, na sequência (Seção 5.4), apresentamos as definições adotadas para cada um dos conceitos que orbitam a ação penal, estando discrecionarietà e oportunidade entre eles.

<sup>429</sup> Sobre a contraposição exposta, de forma exemplar: “Efetivamente, não existe acusação penal nem decisão penal fora de um processo criminal, conduzido por um Juiz estatal. Então, qualquer manifestação acusatória ou decisória fora de um processo não é uma acusação ou decisão criminal e, neste sentido, não pode haver manifestação de outro critério que não seja o da necessidade. Assim, a oportunidade é a antítese da legalidade. Não se pode esquecer, como já foi sublinhado, que se está ante o princípio da oportunidade em sua concepção estrita, quando o órgão encarregado da acusação pode abster-se de exercitar a ação penal, sempre que assim o entender. Nesses casos, o exercício da ação penal será facultativo. Dessa maneira, à existência dos pressupostos necessários se acrescentaria a conveniência ou uma valoração subjetiva, mesmo que momentânea e superficial” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69.).

<sup>430</sup> Uma interpretação particular associa a discrecionarietà à liberdade de interpretação acerca dos fatos tidos como delitivos. Ver, nesse sentido, Alexis Couto de Brito, Humberto Fabretti e Marco Lima: “A conveniência ou não para a propositura da ação penal fica a critério do titular do direito de ação, que nos crimes públicos é o Ministério Público. Essa conveniência de ordem discrecionária revela-se por intermédio da *opinio delicti* (opinião sobre o delito). Ela é atividade discrecionária facultada dentro de sua convicção e independência funcional. Todavia, essa discrecionarietà diz respeito apenas à constatação ou não das condições da ação, e não sobre o mérito em si de se processar” (BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 169-170.). Interessantemente, os autores defendem logo na sequência, e sem maiores ressalvas, a existência da obrigatoriedade da propositura da ação penal, presentes as condições legais. Pensamos que tal descrição, em verdade, diz mais respeito à independência funcional do membro do *Parquet* para, interpretando fatos à luz das leis, chegar à sua leitura e, por consequência, à *opinio delicti*.

<sup>431</sup> Em definição encontrada na literatura internacional, e em estudo comparado, que chega a categorizar uma oportunidade pura (sem critérios estabelecidos) e de uma regrada (com parâmetros estabelecidos em lei), podemos ver que: “*Partiendo del modelo de legalidad penal tradicional entre nosotros según el cual deben perseguirse los hechos que puedan ser delitos o faltas previstos en la ley y sancionarse en su caso con las penas señaladas en la misma ley a los que resulten responsables de aquéllos (ejercicio obligatorio de la acción*

Independentemente dos conceitos de discricionariedade ou oportunidade que se venha a adotar, resta patente a inadequação de um tal quadro teórico. Não localizamos um cuidado em enfrentar e diferenciar os conceitos que descrevem a liberdade do órgão acusatório, como se as expressões discricionariedade, oportunidade ou mesmo conveniência fossem sinônimas. Seria esperada uma maior coerência interna entre os *nomen juris* utilizados, que é exatamente o que não conseguimos enxergar quando da mobilização desses conceitos para descrição do ordenamento jurídico brasileiro. Mais do que isso, não há qualquer indicativo em lei que justifique a presença de uma liberdade para o órgão acusatório adotar o caminho que desejar em uma persecução penal, sem compromisso com a vinculação legal.

Essa indiferenciação gera confusões semânticas, e que não contribuem para explicar a forma como a atividade acusatória é operada em nosso país. Por mais que reconheçamos a maior proeminência do órgão acusatório em face do crescimento dos mecanismos consensuais, não entendemos como adequado qualificar a ação do MP como se discricionária fosse, com ampla liberdade para tomada de decisões, quando o que se verifica é um regramento (em geral) rígido das leis nacionais. E essa maior rigidez ou determinação das leis de regência também opera no registro das saídas consensuais.<sup>432</sup> É fato que foram aumentadas as possibilidades de

---

*penal), el principio de oportunidad propone que el encargado del ius puniendi (Ministerio Fiscal u órgano oficial similar) pueda en determinados casos y circunstancias previstas por el legislador (oportunidad reglada) o de forma discrecional (oportunidad pura) no ejercitar la acción penal o cesar en su ejercicio al principio de la investigación o antes de que se celebre el juicio, mediante una 'negociación' entre el acusador público e el acusado." (ÚRCULO, Juan Cesáreo Ortiz. El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. In: BARTHEL, Fernando Ledesma; CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS [ed.?). El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas. Navarra: Thomson-Aranzadi: Cizur Menor, 2006, p. 127.). Interessante notar como até os termos utilizados se assemelham àqueles mobilizados em nosso país para tratar de situações comparáveis.*

<sup>432</sup> Nesse sentido, de não reconhecer espaço para a atuação discricionária do Ministério Público, mesmo no cada vez mais ampliado mundo do consenso, ver ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 57-59. Em especial, com digressão relevante sobre o papel do controle judicial, e com consequências semelhantes a considerações que apresentaremos quando da aplicação de conceitos desenvolvidos nesta pesquisa (ver Capítulo 6), podemos ler que: “Nesse cenário, o uso do modo de justiça consensual não é opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça. É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória. Mais do que isto, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais - despenalizadores e não estigmatizantes - deve ser alvo de controle judicial. Não há, dessa forma, espaço para a absoluta discricionariedade. A recusa, não amparada nos requisitos legais, afasta a justa causa para o uso da via disputada. Ou seja, não haverá interesse de agir – necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Dito de outra forma, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395, III do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça.” (p. 58-59).

atuação funcional em face de potenciais delitos, mas isso não significa ignorar as muitas limitações (legais) à atividade acusatória.

O impulsionamento *mandatório* da persecução penal pelo Ministério Público segue sendo exigido, o que varia é a forma para a tanto se proceder: se por meio de alguma forma de acordo (saída consensual), ou se por meio do oferecimento da denúncia criminal e atos decorrentes (saída disputada). Mais do que isso, as regras oriundas do princípio da obrigatoriedade não foram simplesmente derogadas, sendo exigida a indisponibilidade da ação penal, por exemplo, além das demais consequências que conferem coerência sistêmica ao processo penal pátrio.

Além disso, e talvez seja essa a principal crítica teórica à forma como os conceitos são construídos, a profusão de princípios para explicar a persecução no Brasil é notadamente insuficiente. Isso porque não existe lógica sistêmica em se atribuir um princípio diferente para cada dada situação consensual que se verifique em nosso ordenamento jurídico. E essa é justamente a solução que se tem adotado quando o princípio da obrigatoriedade é irmanado com o princípio da oportunidade para explicar situações que escapariam do alcance do original princípio.

Enquanto os mecanismos de consenso se restringiam quase que exclusivamente ao microsistema dos juizados especiais criminais (com a transação penal e o *sursis* processual), havia uma convivência largamente ventilada do princípio da obrigatoriedade com o princípio da *oportunidade regrada*.<sup>433</sup> Mais adiante, com a ampliação das hipóteses consensuais, a interpretação teórica se tornou ainda mais problemática, com a incorporação de mais outro princípio para explicar a maior autonomia acusatória, com o dito princípio da oportunidade<sup>434</sup> (ou da discricionariedade). Segundo essa orientação, o membro do órgão acusatório atuaria com liberdade para definir de que forma agir frente a uma situação de suficientes elementos de informação acerca de um delito, podendo *optar* por algum acordo processual ou, de igual forma, *optar* pelo oferecimento da denúncia. O princípio da oportunidade, presente em alguns ordenamentos jurídicos como o estadunidense, prevê essa liberdade.

Do quanto exposto, entendemos ser sistemicamente injustificável a existência de dois princípios que atuem sobre a persecução penal e que sejam contraditórios entre si. Isso porque, um princípio deve(ria) representar uma orientação interpretativa cujos efeitos se aplicam às

---

<sup>433</sup> Ver BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 626; JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

<sup>434</sup> Ver DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87-88.

mais variadas situações de um determinado ramo do direito. Os princípios estruturam a forma como o intérprete qualifica certa área do saber, o que não é diferente no campo do direito, em geral, e do processo penal, em particular. Se são propostos *princípios* antagônicos, para cada qual explicar determinadas situações, tendemos a achar que esses seriam, em verdade, *regras* aplicáveis a contextos distintos, e não um princípio unificador no campo.<sup>435</sup> O sistema consegue conviver com regras diferentes para cada tipo de situação regulada, sendo, inclusive, esperado que isso aconteça. O que não é esperado é que, para cada regulação distinta sobre a forma de persecução penal, tenhamos um princípio diferente a ser aplicado.

Ainda, a própria mobilização de um princípio como o da oportunidade é de se questionar. Não há qualquer indicativo nas normas jurídicas de regência que confira ao órgão acusatório a plena liberdade de atuação funcional, sem vinculação com as leis. A atuação discricionária do Ministério Público, em matéria criminal, não encontra amparo em nossas normas jurídicas, tampouco em nossa cultura processual. É fato que essa cultura processual foi alvo de rupturas, sendo a principal delas o fim do monopólio das soluções disputadas para o conflito penal. Mas, isso não significa o completo abandono de todo o complexo de normas que rege as relações processuais, como parece ocorrer quando se sustenta a existência de uma liberdade plena ao órgão acusatório ao arrepio das expressas previsões legais.

O que se nota é uma dificuldade em se interpretar uma nova realidade normativa que temos visto nos últimos 25 anos. O crescimento dos mecanismos consensuais não foi acompanhado de uma adequação teórica capaz de harmonizar os conceitos até então existentes. Daí porque o princípio da obrigatoriedade seguiu sendo sustentado, só que agora ladeado de outros princípios, cada qual responsável por explicar os efeitos dos institutos consensuais que foram sendo introduzidos. Tal quadro teórico não possui coerência, tampouco capacidade explicativa, e reflete, ademais, uma dificuldade em se compatibilizar o modelo disputado com os mecanismos de consenso em matéria penal, sem a necessária unidade sistêmica.

Por essas razões que, embora vejamos diversos autores decretando o fim do princípio da obrigatoriedade, não notamos consistência semelhante na propositura de um conceito que tenha carga explicativa aceitável para interpretação de nosso ordenamento jurídico. É dizer, não há explanação teórica unificadora que consiga compreender o nosso sistema processual e que se substitua ao antes altivo princípio, o qual foi tendo sua importância mitigada com as inserções de mecanismos consensuais em nosso direito, mas não foi substituído à altura.

---

<sup>435</sup> Para as distinções teóricas entre princípios e regras, importantes para apresentarmos o conceito do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública no Brasil, ver Seção 5.2.

### 3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS: A NOVA FEIÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. A CONSENSUALIDADE E A INTERPRETAÇÃO SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA

Realizamos, primeiramente, um apanhado histórico-analítico a partir da entrada em vigor da lei processual penal de regência: o Código de Processo Penal de 1941. Com isso, analisamos as características gerais do sistema e, em específico, como a principal dicotomia (disputada x consensual) se desenvolveu. Voltar o olhar para o passado foi útil para compreender o tamanho das mudanças que foram timidamente introduzidas e, posteriormente, alargadas com a criação dos diferentes mecanismos consensuais na persecução penal.

Com isso, percebemos que o sistema processual guardava elementos de inquisitividade, com controle oficial pelo Estado. Uma vez mais, restou evidenciado que as categorias analíticas tradicionais trazem importantes ganhos no que toca à descrição de um dado ordenamento jurídico, mas não contribuem para o debate mais estruturado da ação penal pública. Não causam visível impacto no que toca à presença da obrigatoriedade da persecução penal. E esse é um aspecto importante de ser frisado. Embora possamos acessar parâmetros relevantes sobre a divisão das funções dos órgãos de Estado na persecução penal ou mesmo sobre a maior ou menor autonomia das partes, as discussões sobre inquisitividade ou inquisitorialidade não agregam significativamente no que toca ao objeto primordial de nosso trabalho.

Daí porque o principal foco girou em torno da dicotomia entre os modos de realização de Justiça disputado e consensual. E principalmente no fato de que a estruturação de nossa persecução penal fundada pelo Código de Processo Penal de 1941 é estritamente disputada. Não havia qualquer espaço para composição em âmbito criminal. É desse contexto, portanto, que nosso caldo processual é gestado, com o princípio da obrigatoriedade da ação penal encontrando pleno amparo nas normas jurídicas de regência. Diante de elementos de informação que apontassem para um fato potencialmente delitivo e para um agente responsável pela conduta, deveria o órgão acusador, necessariamente e em qualquer hipótese, deflagrar ação penal de iniciativa pública, o que se fazia por meio do regular oferecimento da denúncia criminal.

Não surpreende que a interpretação doutrinária fosse bastante convergente, no sentido de reconhecer a obrigatoriedade da ação penal. Não havia questionamentos mais estruturados sobre a sua plena aplicabilidade em torno do sistema processual penal então vigente. Esse fato, inclusive, pode explicar o motivo de a expressão legalidade ser utilizada como sinônima de obrigatoriedade. Tamanha era a identificação do previsto em lei com o caráter mandatório da

persecução penal, que as expressões eram (e ainda são, para alguns autores) aplicadas como se sinônimas fossem. Embora imprecisa teoricamente, essa aproximação exprime esse relevante significado.

Mais do que gerar efeitos imediatos e palpáveis na processualística brasileira, o princípio da obrigatoriedade via seus efeitos serem irradiados por meio de outras regras jurídicas. A mais relevante delas se refere à indisponibilidade da ação penal, prevendo que, uma vez proposta, não se pode desistir da persecução penal regularmente instaurada. Há ainda outras decorrências da obrigatoriedade, como oficialidade, divisibilidade, assim como outras regras procedimentais (arquivamento da investigação, aditamento da denúncia e ação penal privada subsidiária da pública). Como se nota, trata-se de um princípio que verdadeiramente estruturava a ação penal.

Entretanto, esse caldo cultural solidamente descrito conheceu rupturas. Com o passar dos anos, o ordenamento jurídico processual brasileiro conheceu mudanças em sua feição. Da mesma forma como fizemos quando da apresentação do quadro tradicional, apontamos modificações mais gerais que, dessa vez, aproximaram o sistema da acusatoriedade e, em grandes linhas, mantiveram a estrutura do controle oficial. Novamente, registramos que as alterações nos elementos caracterizadores dessas clivagens tradicionais importam, impactam na posição do sujeito particular em face dos órgãos estatais, mas não trazem consequências diretas à feição da obrigatoriedade da ação penal. A única exceção mencionada a tal constatação foi a colaboração premiada, instituto que conferiu maior autonomia de disposição às partes e, também, impactou no questionamento à obrigatoriedade da ação penal.

Foi, uma vez mais, a dicotomia entre o consenso e a disputa que conseguiu ter força explicativa para explicitar as mudanças ocorridas. Foram os mecanismos de consenso que passaram a ser introduzidos em nosso sistema processual que mudaram em definitivo a sua feição, e trouxeram impactos à ação penal. E, por consequência, foi decisivamente afetado o princípio da obrigatoriedade. A profusão de institutos de consenso, que relativizavam a plena aplicação da obrigatoriedade em sua acepção pura, tensionaram esse princípio ao ponto de não mais poder ser sustentado a contento. Em vista de suficientes elementos de informação, não mais se podia afirmar que o órgão acusatório deveria proceder à regular denúncia criminal. Existiam cada vez mais hipóteses, legalmente vinculantes, que diziam diferente.

Em vista das mudanças produzidas pelas mais diferentes legislações nas últimas décadas, é notório que a doutrina vem apresentando ressalvas teóricas ao princípio da obrigatoriedade em sua forma mais pura. Ou seja, esse diagnóstico não escapou de nossa literatura, que apontou com correção a sua *mitigação*. Se existe algo próximo de um consenso

nesse aspecto é que a realidade processual foi alterada, e a interpretação a ser feita deve ao menos ser justificada em face dos novos institutos que se incorporaram ao ordenamento jurídico. E essa tarefa foi cumprida a contento, pois se indicou um reconhecimento da inaplicabilidade plena do conceito outrora sustentado, já insuficiente para explicar nosso processo penal. Porém, o alcance da obrigatoriedade mitigada é limitado.

A limitação do diagnóstico da obrigatoriedade mitigada está em não conseguir dar um passo adiante para a compreensão do sistema processual penal em um contexto de convivência das lógicas consensual e disputada. Faltou compreender que a lógica do consenso no processo penal, conforme desenvolvido pela dicotomia utilizada, não implica exclusão de um modo de solução de conflito em detrimento de outro. Pelo contrário, reclama harmonia, uma necessária intersecção entre as distintas lógicas. E não foi esse o caminho genericamente adotado pela nossa literatura. Ao revés, foram buscados “princípios alternativos” que se substituíssem à obrigatoriedade quando da análise dos institutos de consenso. Nessa senda que surgem as explanações com variações em torno da oportunidade e da discricionariedade com alguma adjetivação (regulada, regrada, regulamentada, controlada etc.). Sem, entretanto, fornecer a necessária densidade teórica para se explicar a substituição de um conceito tão relevante quanto o da obrigatoriedade.

Fizemos um apanhado crítico para demonstrar a inconsistência encontrada na mobilização dos tais princípios alternativos. A uma, porque não há que se falar em princípios opostos que regem a mesma ação penal pública. O ordenamento jurídico tolera regras de carga distinta para regular situações díspares, mas a função dos princípios é justamente a de unificar a interpretação e irradiar seus efeitos para as regras de um dado ordenamento jurídico. A duas porque o princípio da oportunidade é de todo incompatível com as normas jurídicas e com nossa cultura processual. Ou seja, uma atuação com discricionariedade não tem fundamento normativo e, ainda, não condiz com nossa cultura e tradição processuais em matéria criminal, que conhecem vinculação à política criminal delimitada pelo legislador.

As recentes mudanças experimentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro reclamam uma chave teórica mais completa para a compreensão coerente da forma como a persecução penal se estrutura. Mais do que isso, parece claro que a mobilização de princípios alternativos, que convivam com a obrigatoriedade, não é suficiente para explicar a forma como a persecução penal se estrutura. Se o recurso à exceção era suficiente para explicar o sistema quando ela se restringia aos juizados especiais, não o é mais para interpretar o nosso quadro normativo atual.

Refletir de modo detido, crítico e com densidade teórica para a questão da classificação da ação penal de iniciativa pública no Brasil é um passo importante para que possamos revisitar



conceitos arraigados e propor formas mais fidedignas de se interpretar o fenômeno processual penal como hoje verdadeiramente se apresenta. Precisamos superar essa dificuldade e compatibilizar nosso sistema conflitivo com as hipóteses consensuais. A coexistência desses dois modelos distintos de persecução penal (conflitivo e consensual) deve ser mais bem harmonizada pela academia. Isso será feito adiante, na Parte III, quando da proposição do princípio da obrigatoriedade residual. Por ora, fica o registro da inadequação de muitos desses conceitos mobilizados.

## **CAPÍTULO 4 A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: OS INSTITUTOS DOS ACORDOS PROCESSUAIS**

Nosso sistema jurídico se estruturou de forma estritamente disputada e, por muitos anos, foi assim: com maior ou menor acusatoriedade, com uma feição genericamente inquisitorial, o sistema era exclusivamente conflitivo, significando dizer que a persecução penal necessariamente ocorreria de forma adversativa, impulsionada pela ação do membro do Estado por meio de um processo judicial com oposição de teses até a eventual prolação do édito condenatório, com reconhecimento de culpa do sujeito imputado, por um terceiro imparcial. Esse era o nosso caldo cultural, fartamente explorado no Capítulo 3, no qual foi gestado o princípio da obrigatoriedade.

A Constituição de 1988 modificou esse cenário, abrindo caminho para a introdução de mecanismos consensuais em matéria processual penal. Essa marcante característica desenvolvida nas últimas décadas – e fruto de mudanças que não se restringem a um contexto local, nem mesmo regional – trouxe institutos jurídicos distintos ao longo dos anos. Esses mecanismos consensuais mudaram em definitivo a feição de nosso sistema processual. E, pela relevância para a presente Tese, vale fazermos um estudo detalhado e vertical sobre cada um deles.

Assim, neste Capítulo realizaremos uma digressão descritiva e analítica sobre as leis promulgadas que materializaram a abertura à consensualidade inaugurada com o texto constitucional, com foco no processo legislativo, assim como no impacto das mudanças geradas e da apresentação de interpretação acerca dos institutos individualmente considerados. O foco, uma vez mais, versará sobre a relação de tais mudanças com o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

### **4.1 NOTAS METODOLÓGICAS: JUSTIFICATIVAS PARA A ANÁLISE LEGISLATIVA E DA FORMATAÇÃO DOS INSTITUTOS DE CONSENSO**

De modo a organizar a exposição do presente Capítulo, dedicaremos as próximas linhas para explicar e justificar metodologicamente a forma como analisaremos a evolução legislativa em nosso país, optando pela descrição mais detida dos institutos de relevo para a compreensão do consenso no processo penal brasileiro. Levando-se em conta, para tanto, o impacto

apresentado para o princípio da obrigatoriedade. Ainda, apresentaremos os institutos considerados para a análise (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de imunidade processual na colaboração premiada e acordo de não persecução penal) e as principais características observadas.

O movimento de consensualização do processo penal brasileiro não se deu apartado de uma conjuntura coincidente em diversos outros países. Em análise acerca das origens desse movimento do direito penal consensual, Geraldo Prado localiza seu início nos países centrais da Europa, tendo tais mudanças também impactado os países periféricos, Brasil incluído.<sup>436</sup> O legislador em nosso país foi, ao longo dos anos, introduzindo diferentes mecanismos com espaços de consenso.

Se é possível identificar alguma linha lógica nesse caminho da política criminal brasileira, poderíamos afirmar que tais espaços foram sendo cada vez mais aprofundados. Se antes eles se reservaram a uma parcela restrita de crimes de menor gravidade e contravenções penais (transação penal e *sursis* processual), foram espalhados para situações específicas atinentes a alguns dos delitos mais graves previstos em lei, cometidos por meio de organizações criminosas (acordo de imunidade em colaboração premiada), e alcançaram grande parte dos demais crimes previstos em nosso ordenamento jurídico (acordo de não persecução penal).

Fato é que os mecanismos de consenso foram sendo introduzidos e aprofundados em um sistema processual já existente, antes de feição estritamente disputada. E, conforme temos afirmado, trata-se de uma convivência de modelos epistemicamente distintos, e que passaram a coexistir em um mesmo sistema processual. Já fizemos interpretações jurídicas tendo por base as características gerais dos institutos criados. Importa, nesse momento desta pesquisa acadêmica, descer aos detalhes de cada um desses mecanismos.

Para tanto, recorreremos à análise normativa, assim como a uma revisão da literatura no que toca à sua interpretação. Em adição a isso, e para agregar viés mais inovador, optamos por também investigar os contextos nos quais essas modificações foram implementadas no país, o que é feito pela análise do processo legislativo em que os projetos de lei foram gestados. O

---

<sup>436</sup> PRADO, Geraldo L. M. Justiça penal consensual. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 10, p. 355-361, 2000, p. 355-357. Descrevendo o processo global experimentado recentemente: “Assim é que as questões criminais passaram a receber tratamento penal diversificado, que varia da aplicação do princípio da oportunidade da ação penal – em contrapartida ao clássico princípio da obrigatoriedade – às soluções diretamente negociadas, quer por meio da mediação propriamente dita, quer por força de conciliação ou transação, envolvendo desde a definição do objeto litigioso (acordo sobre a infração penal atribuível ao imputado) até o acerto a respeito da medida da pena” (p. 357). Embora discordemos da qualificação de princípio da oportunidade para o que observamos no Brasil sobre a ação penal de iniciativa pública (ver Seção 3.3.2.2), a doutrina muitas vezes se posiciona dessa forma quando da análise deste movimento internacional de consensualização do processo penal.

desafio analítico que se coloca é o de compreender os movimentos legislativos que transformaram esse sistema com a introdução e a franca ampliação de institutos consensuais em um país antes caracterizado pelo monopólio de soluções pelo paradigma da disputa.

Sobre os institutos de consenso a serem analisados, iniciaremos com aqueles criados pela Lei dos Juizados Especiais, que introduziu em nosso ordenamento jurídico os dois institutos inaugurais: a transação penal e a suspensão condicional do processo. Sobre esses dois mecanismos, que representaram as únicas saídas de consenso em nossa legislação por quase duas décadas, não há qualquer dúvida quanto à sua necessária inclusão para análise.

Maior debate existe em torno do instituto da colaboração premiada. Mecanismo *negocial* por excelência, que inclui uma verdadeira situação de *barganha* entre o sujeito imputado e o representante do órgão acusatório, com possível concessão de prêmios em troca da efetiva colaboração com as autoridades públicas, foi responsável pela popularização dos assim chamados *acordos de cooperação*<sup>437</sup> em âmbito criminal. Uma Tese em processo penal com a temática do consensualismo por certo não ignoraria o instituto, mas, ainda assim, é de se questionar se ele se equipara às demais formas conhecidas de acordos processuais. E a resposta é que, no geral, não. Exceção feita a uma faceta específica: o acordo de imunidade processual.

Conforme já nos posicionamos em trabalho anterior,<sup>438</sup> consideramos a colaboração premiada (como gênero) uma estratégia de defesa, e não um instituto observável pelos agentes de Estado com generalidade. Como mecanismo defensivo, o sujeito imputado pode, de acordo com as suas acepções próprias sobre ideal de Justiça, prognóstico de não-condenação e quaisquer outras considerações particulares, decidir por procurar as autoridades públicas com competência criminal para buscar entabular um acordo, ou simplesmente não o fazer. Trata-se de uma faculdade do particular, não havendo se falar em qualquer modalidade de poder-dever

---

<sup>437</sup> Baseado na internalização de acordos internacionais em torno do tema, em especial da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Assembleia-Geral da ONU, de outubro de 2003, que veio a compor em definitivo o ordenamento jurídico brasileiro a partir do Decreto nº 5.687/2006, Vitor Souza Cunha assim define essa modalidade de acordo, diferenciando-o do que chama de acordos penais: “Os acordos de cooperação, portanto, não se prestam, precipuamente, à finalidade de acelerar a persecução por meio da sumarização, da abreviação ou do encerramento antecipado do procedimento; objetivam, sim, facilitar a produção de provas, motivo pelo qual podem ser firmados na fase investigativa e após o término da relação processual.” (CUNHA, Vitor Souza. Acordos de admissão de culpa no Tribunal Penal Internacional: lições para o sistema de justiça criminal brasileiro. In: BARBOSA; Alexandre Espinosa Bravo *et al.* (coord.). *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão*. Brasília: MPF, 2019, p. 28). Vale frisar que não nos utilizamos de outras qualificações trazidas pelo autor, em especial por não vermos razão para separar em grupos distintos os institutos de transação penal e suspensão condicional do processo (classificados como mecanismos de *diversão*) do acordo de não persecução penal.

<sup>438</sup> Ver FRANCO, Ivan Candido da Silva de. O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 29, n. 344, p 20-22, jul. 2021.

de autoridades públicas. E, mais, mesmo após essa manifestação inicial de vontade do particular, não tem o agente público a obrigação de aderir à ideia de um acordo, podendo se desincumbir de tal compromisso com relativa liberalidade.

Há, entretanto, uma modalidade de colaboração premiada que é semelhante aos acordos processuais conhecidos no país. Trata-se do acordo de imunidade processual (não denúncia), previsto no §4º do artigo 4º da Lei 12.850/2013. Em tal instituto, embora também dependa da iniciativa do sujeito imputado, temos um cenário distinto porque (i) há delimitação quanto ao momento de seu potencial entabulamento e, principalmente, (ii) o órgão acusatório possui critérios previstos expressa e especificamente em lei aos quais deve se vincular para decidir sobre a viabilidade ou não da propositura do acordo. Em vista desses fatos, faremos a análise mais direcionada a esse aspecto específico dentro de todo o gênero da colaboração premiada.

Por fim, há o acordo de não persecução penal, último dos institutos de acordo processual introduzido em nosso ordenamento jurídico. Quanto a tal hipótese, que generalizou as hipóteses consensuais no sistema processual brasileiro, tampouco há relevantes discussões quanto à necessidade de sua inclusão para análise.

Definidos os institutos a serem estudados, importa registrar quais os principais parâmetros que serão considerados para análise. Do ponto de vista do processo legislativo, buscamos apreender quais ideais de sistema processual inspiraram as mudanças propostas por meio de projetos de lei. Isto é, se havia considerações sobre experiências estrangeiras de inspiração, quais os principais objetivos com a sua instituição, considerações acerca das características do processo penal brasileiro e potenciais impactos com as mudanças, atores envolvidos nas discussões, além de outras considerações pertinentes oriundas dos documentos e debates públicos.

Sobre os institutos concretamente considerados, temos como objetivo transmitir quais as facetas do funcionamento geral de cada um dos mecanismos, notadamente momento processual cabível, hipóteses a serem abarcadas, vedações legais. Ainda, importa registrar o papel atribuído aos sujeitos processuais, com foco no impacto causado ao princípio da obrigatoriedade. Para todos os parâmetros estudados, teremos apoio na análise normativa, na literatura especializada e, quando pertinente, na jurisprudência de Tribunais Superiores.

## 4.2 TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DA LEI Nº 9.099/1995

Podemos dizer que a Lei nº 9.099/1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, é a precursora no ordenamento jurídico brasileiro na previsão de mecanismos consensuais na Justiça criminal. Como se sabe, foi por meio dela que os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo foram introduzidos, ainda que, como regra,<sup>439</sup> restritos ao assim chamado microssistema dos juizados especiais, destinado aos crimes de menor potencial ofensivo e às contravenções penais.

De importância histórica grande, a legislação em comento deu consequência ao referido comando constitucional do inciso I do art. 98,<sup>440</sup> criando situações previstas em lei nas quais soluções alternativas ao processo penal ordinário poderiam ser adotadas. A Lei nº 9.099/1995 trouxe relevantes mudanças em determinados paradigmas processuais penais brasileiros e, mesmo num ambiente delimitado e restrito de delitos de menor monta e contravenções, levou os nossos pensadores a revisitarem conceitos há muito arraigados.<sup>441</sup>

Ainda que aos olhos do presente as mudanças trazidas pareçam restritas e bem delimitadas, é de se destacar que representaram relevante alteração de paradigma,<sup>442</sup> pois, afora o abreviado procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/1995, arts. 77 e seguintes) para o

<sup>439</sup> A transação penal abrange as contravenções penais e os delitos de menor potencial ofensivo (com pena máxima em abstrato de até dois anos), ao passo que a suspensão condicional do processo abrange um rol de crimes significativamente maior, pois, tendo como critério a pena mínima de até um ano, acaba por albergar todos os crimes de menor potencial ofensivo e quaisquer outros delitos que satisfaçam esse parâmetro objetivo quanto à pena em abstrato.

<sup>440</sup> Da redação original do texto constitucional: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”. Referido dispositivo expressa a delegação de competência à União, e subsidiariamente aos Estados, para a criação de um órgão do Poder Judiciário que fosse competente para julgar casos de menor valor econômico, na seara civil, ou de menor potencial ofensivo, na esfera penal.

<sup>441</sup> Para Scarance Fernandes, a Lei nº 9.099/1995 representou transformação no sistema penal brasileiro que, até aquele momento, vivia sob o signo do *princípio da obrigatoriedade* (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 188-191). Segundo o autor, após as mudanças trazidas, ganharam mais força determinadas atenuações ao referido princípio. Como visto no Capítulo 3, essa foi uma leitura comum a diversos estudiosos no tema.

<sup>442</sup> Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. O impacto da Lei n. 9.099/95 no sistema penal brasileiro. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo Cesar (coord.). *Ensaio Jurídico: o direito em revista*. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996, p. 358-359. Em especial: “É uma verdadeira revolução (a Lei nº 9.099/1995) (jurídica e de mentalidade) porque quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Doravante temos que aprender a conviver também com o princípio da discricionariedade (regrada) na ação penal pública. Abre-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensual. A preocupação central, doravante, já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito” (p. 358-359).

processamento das ações envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, passou-se a haver (i) a aplicação de sanção criminal sem processo judicial (transação penal, nos termos do artigo 76 da mesma Lei dos Juizados Especiais), sem mesmo o oferecimento de denúncia pelo órgão acusatório, bem como a (ii) realização de acordo processual após formada a relação processual (suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89), também com aplicação de sanção por tempo determinado como forma de posterior extinção da punibilidade, cumpridas as condições estabelecidas.

Para tanto, exporemos o histórico legislativo que redundou na promulgação da lei, com apreciação dos debates congressuais e do papel da academia nas mudanças que acabaram se tornando a legislação que introduziu o consensualismo no âmbito criminal em nosso país. Após, apresentaremos os institutos individualmente considerados, bem como as críticas e debates doutrinários e jurisprudenciais surgidos de sua aplicação prática.

#### **4.2.1 Histórico: o processo legislativo**

Dividiremos a exposição do histórico em diferentes Seções, para apresentar de forma organizada os principais aspectos da legislação que veio a introduzir a consensualidade em âmbito processual penal no país. O foco será no processo legislativo, com os atores envolvidos, bem como as principais discussões em termos de sistema processual que apareceram durante sua tramitação.

Se voltarmos o olhar para o processo histórico brasileiro, fica claro que, desde o ano de promulgação da Constituição Federal, surgem projetos<sup>443</sup> pretendendo regulamentar o estabelecido pelo referido dispositivo constitucional que autoriza a criação dos Juizados Especiais. No ano seguinte a tal fato, ainda mais projetos foram apresentados, sempre no interesse de regulamentar a questão prevista no texto constitucional.

Aquele que acabou por resultar na hoje Lei nº 9.099/1995 foi o Projeto de Lei nº 1.480/1989, apresentado pelo então deputado Michel Temer, que pretendia regulamentar os Juizados Especiais Criminais. Juntamente a este, foi também utilizado o Projeto de Lei nº 3.698/1989, do então Deputado Nelson Jobim, para regulamentar os Juizados Especiais Cíveis, em tramitação conjunta. Durante a tramitação legislativa, referida proposição concorria com

---

<sup>443</sup> É de se destacar o Projeto de Lei nº 1.129, de autoria do Deputado Jorge Arbage, que já buscou dar concretude ao quanto disposto na Carta Magna, não prosperou. Para informações completas sobre o texto e tramitação, ver <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=187800&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 4 jul. 2020.

diversas outras também apresentadas no mesmo ano,<sup>444</sup> mas acabou por prevalecer na Câmara dos Deputados e foi enviada ao Senado Federal.

Nas próximas Seções, faremos a exposição dos aspectos da tramitação legislativa que mais interessam ao objeto da presente Tese, notadamente a (i) Comissão de Juristas feita especialmente para elaborar o anteprojeto do que viraria a Lei dos Juizados Especiais Criminais, (ii) as discussões em torno do papel do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública com a chegada do consenso em âmbito processual criminal, e (iii) as inspirações internacionais, com expresse afastamento do modelo de discricionariedade ministerial presente no caso estadunidense.

#### ***4.2.1.1 Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto de Lei***

Interessante aspecto desta proposição legislativa é que foi fruto de trabalho desenvolvido por Professores desta Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo<sup>445</sup> e que, por isso, conta com uma justificativa detalhada dos objetivos da introdução dos novos institutos processuais penais naquela quadra histórica. Há justificativa acerca dos objetivos gerais da proposta, do ponto de vista da eficiência do sistema de Justiça, e do caráter da modificação introduzida sob o ângulo da ação penal de iniciativa pública.

Do ponto de vista da característica geral das modificações, houve a tentativa de conferir eficiência à Justiça criminal pelo caminho de desafogar a Justiça comum, que à época concentrava a competência para o processamento e julgamento de quaisquer crimes ou contravenções penais. A criação dos Juizados Especiais Criminais pela nova legislação foi motivada pela exigência de se conferir maior celeridade e eficiência ao sistema de Justiça,<sup>446</sup> dando uma melhor resposta ao sentimento de impunidade gerado pelo diagnóstico existente quanto à sua morosidade, ineficiência e distância da sociedade.

A expectativa dos idealizadores do projeto levava em consideração “[...] um processo penal de melhor qualidade [...]”, que dialogava diretamente com a almejada efetividade processual, “[...] em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em

---

<sup>444</sup> Referimo-nos: ao Projeto de Lei nº 1.708/1989, de autoria do Deputado Manoel Moreira; ao Projeto de Lei nº 2.959/1989, de autoria do deputado Daso Coimbra; ao Projeto de Lei 3.888/1989, de autoria do Deputado Gonzaga Patriota; e ao Projeto de Lei nº 3.698/1989, do Deputado Nelson Jobim.

<sup>445</sup> Faz-se referência aos Professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, conforme fartamente documentado pela literatura e registrado na própria Justificação do Projeto de Lei apresentado à Câmara dos Deputados.

<sup>446</sup> Nesse sentido, ver GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.



relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação”.<sup>447</sup> Esse espírito foi também incorporado nos debates congressuais,<sup>448</sup> quando a mensagem de aceleração da Justiça e redução da litigiosidade restou marcada.

#### 4.2.1.2 Princípio da obrigatoriedade enfraquecido

Outro debate importante, realizado desde a propositura do projeto de lei e que diz respeito diretamente ao objeto desta tese, é sobre a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. Nas próprias palavras registradas na Justificação à mudança legislativa, restam claras as ideias do limite da atividade persecutória do Estado e da necessidade de se rever a obrigatoriedade da ação penal pública.<sup>449</sup>

Pelo que se nota, havia um diagnóstico de que o princípio da obrigatoriedade “puro”, que implicaria a persecução penal de absolutamente todos os fatos potencialmente criminosos e com autoria minimamente delimitada, não existiria na prática.<sup>450</sup> Daí que nasce a proposta de revisão do sistema de persecução penal, com a introdução de mecanismos que auxiliassem na mais rápida resolução do conflito, com resultados aferíveis,<sup>451</sup> o que é particularmente válido para as espécies de acordo em questão (transação penal e suspensão condicional do processo).

<sup>447</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

<sup>448</sup> Por todos, particularmente interessante o discurso do Deputado proponente ainda no ano de 1989, Michel Temer (disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17FEV1989.pdf#page=98>. Acesso em: 5 jul. 2020), bem como do Deputado relator, Ibrahim Abi-Ackel, já quando da aprovação do Projeto, em 1995 (disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD31AGO1995.pdf#page=176>. Acesso em: 5 jul. 2020).

<sup>449</sup> Em trecho bastante ilustrativo: “Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais.”. Justificação ao Projeto de Lei nº 1480/1989. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24FEV1989.pdf#page=33>. Acesso em 8 jul. 2020.

<sup>450</sup> Consta na já referida Justificação ao Projeto de Lei nº 1480/1989, que resultou na Lei nº 9.099/1995, a seguinte construção: “Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima – com que o Estado até agora pouco se preocupou – está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>451</sup> Os princípios de regência dos Juizados Especiais Criminais dão conta desses objetivos de eficiência expostos, sendo eles: oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Juizados especiais criminais: anotações resumidas sobre a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. *Revista do Advogado AASP*, São Paulo, n. 50, p. 47-54, 1997, p. 47-48.).

De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho, um dos professores desta Faculdade de Direito da USP que auxiliou na elaboração do Projeto de Lei que resultou na Lei nº 9.099/1995, a maior das novidades introduzidas seria a transação penal, por escancarar a mudança de perspectiva com relação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual estaria sendo relativizado por já não mais atender aos seus principais objetivos, notadamente o de garantir uma condição de igualdade de todos perante a lei penal.<sup>452</sup> Ainda, e em sentido semelhante, houve quem interpretasse que a inserção de princípios do consensualismo no ordenamento jurídico brasileiro levaria também à ampliação da margem de escolha do membro do Ministério Público para exercer o direito punitivo do Estado.<sup>453</sup>

Como se nota, nesse momento havia uma ideia de superação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, mas tal fato era cercado de diversas ressalvas e com constantes referências às específicas e bem delimitadas hipóteses previstas em lei (em regra, delitos de menor potencial ofensivo e contravenções penais). Mais do que isso, é de se destacar a constante referência à baixa gravidade dos delitos que estariam sendo incluídos na inovadora sistemática.

Para a justificação do *não agir* do órgão acusatório no antes único caminho (disputado) de se oferecer a denúncia e perseguir a condenação criminal sobre fatos em tese criminosos e com autoria definida, eram mobilizados argumentos no sentido tanto da delimitação legal das hipóteses existentes para espaços de consenso (que seria rígida), quanto do caráter da criminalidade alcançada pelas novas soluções (baixa gravidade).

---

<sup>452</sup> Ver GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Juizados especiais criminais: anotações resumidas sobre a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Revista do Advogado AASP*, São Paulo, n. 50, p. 47-54, 1997, p. 48. Segundo o autor, “Antes dela, nos crimes de ação pública, estava o Ministério Público obrigado a oferecer denúncia, sempre que presentes os seus pressupostos legais (princípio da legalidade ou obrigatoriedade). Embora fundada no elogiável propósito de assegurar a igualdade de todos perante a lei, essa regra era de difícil cumprimento, diante do assustador crescimento da criminalidade. Assim, de um lado, longe de assegurar a referida igualdade, acabava por incrementar a adoção de critérios informais de seleção dos casos efetivamente levados a julgamento, principalmente pela Polícia Judiciária. Por outro lado, com a proliferação de processos, criavam-se condições propícias à procrastinação e à inevitável prescrição nos delitos mais leves” (p. 48).

<sup>453</sup> Ver MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 81. Em especial: “Essa iniciativa, decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, é hipótese de discricionariedade limitada, ou regrada, ou regulada, cabendo ao Ministério Público a atuação discricionária de fazer a proposta, nos casos em que a lei o permite, de exercer o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo. Essa discricionariedade é atribuição pelo ordenamento jurídico de uma margem de escolha ao Ministério Público, que poderá deixar de exigir a prestação jurisdicional para a concretização do *ius puniendi* do Estado. Trata-se de opção válida por estar adequada à legalidade, no denominado espaço de consenso, vinculado à pequena e média criminalidade, e não ao espaço de conflito, referente à criminalidade grave” (p. 81). Uma vez mais, registramos que temos divergência com esse conceito de discricionariedade utilizado.

#### 4.2.1.3 Afastamento de um modelo de consenso estadunidense

Há outros aspectos relevantes a se destacar do projeto de lei que posteriormente se tornou a legislação acerca dos Juizados Especiais: o afastamento da ideia de que se instituiria uma espécie de *plea bargaining* estadunidense no Brasil, o que se relaciona muito diretamente com o espectro bastante restrito dos crimes passíveis de serem transacionados.<sup>454</sup>

Como restou claro, não se tratou de hipótese de ampla autonomia ou disponibilidade às partes, mas, sim, de espaços restritos e delimitados (em lei) de consenso.<sup>455</sup> Sobre a identidade do projeto brasileiro, havia inspiração em institutos europeus mais rígidos em termos de possibilidades de acordo e de atuação do órgão acusatório. Trata-se de aspecto especialmente relevante, porque se descarta, de forma bastante expressa, soluções mais próximas do princípio da oportunidade.<sup>456</sup> Ao contrário, são usados como modelos aqueles acordos existentes nos direitos italiano e português que, embora abram margem de atuação à acusação, restringem os casos e as formas pelas quais os acordos podem ser entabulados.<sup>457</sup>

<sup>454</sup> Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. O impacto da Lei n. 9.099/95 no sistema penal brasileiro. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo Cesar (coord.). *Ensaio Jurídico: o direito em revista*. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996, p. 356-357. Em especial: “Convém esclarecer, desde logo, que a Lei, no âmbito do Juizado Criminal, ao lado de favorecer a ‘conciliação’, reservou pouco espaço para a tão falada ‘barganha penal’. No que concerne à transação que leva à aplicação imediata da pena, não estamos próximos nem do guilty plea (declarar-se culpado) nem do plea bargaining (que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). O Ministério Público, nos termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade), mas sua ‘proposta’, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre a privativa de liberdade. Como se percebe, ela dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso, dá-se o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada” (p. 356-357).

<sup>455</sup> Ver ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017, p. 3-4.

<sup>456</sup> Postulam Scarance Fernandes, Penteadado e Barros sobre o instituto da transação penal: “Não se identifica com institutos estrangeiros e, sobre o guilty plea ou do plea bargaining dos Estados Unidos, tem a vantagem de não se exigir confissão e admissão de culpa. Não há na transação da Lei nº 9.099 aceitação da culpa. O autor do fato, ao aceitar a proposta do Ministério Público, não está reconhecendo a sua culpa, tanto assim que não perde a primariedade e a anotação no registro criminal só terá a finalidade de impedir outra transação no prazo de 5 (cinco) anos” (FERNANDES, Antônio Scarance; PENTEADO, Jacques de Camargo; BARROS, Marco Antonio de. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na Justiça Criminal Paulista. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 62, p. 123-148, jan./dez 2000, p. 127). Ainda, sobre a suspensão condicional do processo: “Com a nova medida, mitiga-se a mitigação ao princípio da indisponibilidade, permitindo-se ao Ministério Público que faça a proposta de suspensão, não estando obrigado a perseguir a sentença, como sucedia antes quando estava impedido de desistir da ação ou de realizar acordos com o acusado. Em que se pese a sua natureza transacional, a suspensão não pode, entretanto, ser confundida com os institutos anglo-saxônicos da probation e do guilty plea, tampouco com o plea bargaining norte-americano, principalmente porque não há na suspensão afirmação prévia de culpabilidade, nem admissão da culpa” (p. 128).

<sup>457</sup> Fica clara a opção feita pelo legislador naquele momento histórico de introdução desses institutos no país. Nas palavras expressas na Justificação referida: “Sendo da nossa tradição os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade de ação penal pública, preferiu-se utilizar como primeiro parâmetro as legislações mais modernas que, embora guardando fidelidade aos mencionados critérios, adotam a denominada discricionariedade controlada com relação a delitos de menor gravidade”. Em outro trecho, afirma-se que: “No direito comparado, foram descartadas as soluções dos sistemas que adotam o princípio da oportunidade da ação

A opção legislativa, posteriormente consagrada na referida Lei nº 9.099/1995 ficava clara: buscava-se propiciar soluções abreviadas de conflitos, por meio do oferecimento de acordos pelo órgão acusatório, dentro das hipóteses legalmente previstas. Hipóteses essas que eram bastante restritas, atendo-se a crimes menos graves. Na próxima Seção, apresentaremos com detalhes os institutos consensuais que foram introduzidos pela legislação.

#### 4.2.2 Funcionamento dos institutos

Sobre os institutos em si, podemos dizer que tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo são voltadas à imposição de condições<sup>458</sup> estabelecidas em lei ao sujeito imputado, mediante consentimento antes da instrução processual, sem qualquer forma de admissão ou mesmo de formação de culpa.<sup>459</sup> Para a transação penal, há o encerramento precoce da persecução penal antes mesmo do oferecimento da denúncia, sendo que, no *sursis* processual, o processo é suspenso logo após o recebimento da denúncia, para o seu ulterior encerramento, findo o prazo inicialmente estabelecido e mediante a verificação do cumprimento das referidas condições acordadas.

Para ambos, há um caminho muito mais curto para a resolução do conflito criminal, o que é feito mediante anuência de ambas as partes acerca de condições propostas, as quais são verificadas e fiscalizadas por um juiz. Mais do que isso, há uma marca distintiva do que até então se conhecia em nosso cenário jurídico: o processo penal, com a instrução processual calcada na oposição disputada entre as partes para o estabelecimento de culpa realizado pelo Estado, é dispensado para a resolução do conflito penal, com a aplicação de sanções após a concertação entre o órgão acusatório e o sujeito imputado, apenas com a fiscalização judicial.

---

penal, como o norte-americano, com o *plea bargaining*, o francês (art. 40 CPP), o alemão (art. 153 CPP) e outros, dentre os quais não se olvidaram, por sua atualidade e publicação, o Projeto argentino de Código Penal federal e o Projeto de Código de Processo Penal Tipo para a América Latina. Sendo da nossa tradição os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade de ação penal pública, preferiu-se utilizar como primeiro parâmetro as legislações mais modernas que, embora guardando fidelidade aos mencionados critérios, adotam a denominada discricionariedade controlada com relação a delitos de menor gravidade. Ou seja, a lei italiana nº 689, de 24 de novembro de 1981, intitulada ‘Modificações ao Sistema Penal. Descriminalização’ e o Código de Processo Penal português de 17 de fevereiro de 1987, bem como o recentíssimo Código de Processo Penal da Itália.’. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>458</sup> Existe discussão acerca da natureza jurídica das condições, se sanções criminais ou não. Tal debate foge do escopo principal do trabalho, importando, para a análise aqui proposta verificar que, mediante um procedimento abreviado, a persecução penal é encerrada e são estabelecidas consequências jurídicas (semelhantes às sanções penais) ao sujeito imputado. Em vista disso, utilizaremos indistintamente tais termos.

<sup>459</sup> Essa é uma diferença relevante com relação ao acordo de não persecução penal, que exige a confissão formal e circunstancial por parte do sujeito beneficiado, o que, inclusive, é alvo de questionamentos. Na colaboração premiada, que funciona como uma forma de se angariar elementos de prova em detrimento de terceiros, tal discussão é menos presente, pois a participação no delito é condição para a viabilização do acordo.

De forma a aprofundar a descrição, com as devidas distinções entre cada um dos institutos, faremos isso separadamente nas próximas Seções.

#### 4.2.2.1 *Transação penal*

Sobre os institutos propriamente ditos, podemos afirmar, em apertada síntese, que a transação penal é cabível quando, respeitadas as condições da ação e não sendo caso de arquivamento dos elementos de informação, reúna o sujeito imputado as seguintes condições: (i) não ser reincidente; (ii) não ter sido beneficiado pela transação penal no prazo de cinco anos; e (iii) a análise de seus antecedentes, conduta social e personalidade, bem como dos motivos e das circunstâncias do delito indicar ser necessária e suficiente a adoção da medida (Lei nº 9.099/1995, art. 76, *caput* e §2º).<sup>460</sup>

Pela leitura do dispositivo legal de regência, acaso verificadas tais condições expressa e especificamente estabelecidas, o Ministério Público *poderá* propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, que, aceita pelo sujeito imputado assistido por seu defensor, será submetida à apreciação judicial, para fins de controle do quanto previsto em lei (Lei nº 9.099/1995, art. 76, §3º).<sup>461</sup> Acolhendo a proposta, o magistrado aplicará a sanção, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir nova concessão do mesmo benefício no mencionado prazo de cinco anos (Lei nº 9.099/1995, art. 76, §§ 4º e 6º).<sup>462</sup>

Uma das principais discussões que envolveu os institutos diz respeito à existência ou não de um *direito subjetivo*<sup>463</sup> do sujeito imputado de ver proposta a solução consensual da

<sup>460</sup> Do dispositivo original de lei: “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. [...] § 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.”

<sup>461</sup> Do dispositivo original de lei: “Art. 76. [...] § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.”

<sup>462</sup> Do dispositivo original de lei: “Art. 76. [...] § 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. [...] § 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>463</sup> Aury Lopes Júnior parece caminhar para um entendimento de que os institutos despenalizadores seriam direitos (subjetivos) dos sujeitos criminalmente implicados (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 763-764). Para sua garantia, inclusive, deveria o juiz ser o ator responsável por efetivar seus direitos: “[...] O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito à transação penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão

transação ou da suspensão nos juizados especiais criminais. Em outras palavras, o mesmo questionamento pode ser feito acerca do órgão acusatório, isto é, se o Ministério Público possui o dever de, verificadas as condições dispostas em lei, oferecer o acordo de transação penal ou a suspensão condicional do processo ao sujeito imputado.

Particular dificuldade está na acima destacada locução “poderá”, que passa uma ideia de *faculdade* do órgão acusatório, ao passo que as condições descritas em lei parecem apontar para requisitos objetivos a serem observados pelo membro do *Parquet*. Apesar do termo utilizado pelo legislador, parece-nos, juntamente com parcela relevante da doutrina,<sup>464</sup> que os requisitos previstos em lei são claros e objetivos, devendo ser utilizados como balizas pelo membro do Ministério Público para, satisfeitos, *necessariamente* oferecer a transação penal ou a suspensão condicional do processo.<sup>465</sup>

Pelo que descrevemos, os Tribunais Superiores fixaram entendimento no sentido de ser necessário enfrentar essa etapa, com possibilidade de controle feito pelo magistrado<sup>466</sup> em caso de desrespeito ao quanto previsto em lei. Ainda, vale mencionar outro elemento que coloca as saídas consensuais como antecedentes necessários de um potencial processo conflitivo: o enunciado vinculante do Supremo Tribunal Federal n. 35, que determina que, descumpridas as

---

constitucional” (p. 947). Embora também entenda como direito subjetivo do imputado, Eugênio Pacelli de Oliveira reconhece a necessidade de atuação limitada do juiz, submetendo a apreciação do caso ao controle hierárquico do Ministério Público, não admitindo a atuação direta do magistrado, simplesmente acatando um eventual pedido do imputado para fazer valer uma determinada proposta que deixou de ser formulada pelo MP (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 633-635, 679-681). Conforme desenvolveremos na Seção 6.3, entendemos que, embora o juiz não possa obrigar o membro do *Parquet* a oferecer um acordo, nos casos em que se verificar atuação em desconformidade com os ditames legais, deve deixar de receber a denúncia por ausência de condição da ação, pela falta de interesse de agir, em especial o seu aspecto do interesse-necessidade (CPP, art. 395, II).

<sup>464</sup> Por todos, e fazendo referência também à revisão de literatura feita pelos autores na temática, ver GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, 2015, p. 1116-1117. Em específico: “A partir da verificação da adequação do caso concreto a tais pressupostos, surge outra fundamental discussão doutrinária: o acusador público pode se recusar a oferecer a proposta de transação se atendidos tais requisitos? Embora o texto legal utilize o termo “poderá”, parece dogmaticamente inquestionável que o promotor não tem discricionariedade para não propor o acordo em caso compatível com as condições prevista na lei. Resta cristalina a arbitrariedade de atitude que, por qualquer outro motivo extralegal, vede ao acusado a possibilidade de utilizar-se do referido instituto”. (p. 1116).

<sup>465</sup> Para posicionamento completo acerca da aplicação dos institutos consensuais à luz de todos os conceitos trabalhados na presente Tese, ver Seção 6.3.

<sup>466</sup> Há setores da doutrina que propõem solução ainda mais contundente em tais casos, com a rejeição da denúncia por ausência de condição da ação (ver BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 630.). Pensamos dessa mesma forma. Vale mencionar ainda que se, após a provocação do órgão hierárquico do MP a decisão se mantiver, o controle de legalidade exercido pelo magistrado exigiria tal solução (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 679-681).

cláusulas do acordo (referindo-se à transação penal), retorna o caso à situação anterior à conformação do pactuado.<sup>467</sup>

#### 4.2.2.2 *Suspensão condicional do processo*

Já a suspensão condicional do processo, de sua parte, é a solução consensual a ser apresentada após a fase de investigação preliminar, proposta pelo representante do órgão acusatório junto ao ato de oferecimento da denúncia.<sup>468</sup> Para tanto, é exigido do potencial beneficiário da proposta (i) não ser reincidente ou mesmo estar sendo processado por outro crime, além de (ii) cumprir os requisitos que se exigem para fazer jus à suspensão condicional da pena (Lei nº 9.099/1995, art. 89, *caput* e § 1º).<sup>469</sup>

Nesse caso, o Ministério Público *poderá* propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, período no qual o imputado se sujeita ao cumprimento de algumas condições estabelecidas. Apresentada a proposta, o sujeito imputado, assistido de advogado, deve concordar com ela, para, após, ser submetida ao juiz. Acaso o magistrado entenda pelo recebimento da exordial acusatória, avaliará o acordo com o fito de determinar a suspensão do processo, especificando as condições a serem cumpridas. Tais condições são previstas

<sup>467</sup> Veja-se o conteúdo da Súmula Vinculante nº 35/2014: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”. Vale o registro de que, em nosso entendimento, parte deste dispositivo deveria ser reformulado, por acarretar inconsistência sistêmica, vez que, se o caso justificava a aplicação de uma sanção, ainda que acordada, não faria sentido a remessa dos autos à autoridade policial para a continuidade das investigações. Isso porque, quando da propositura do acordo, a avaliação acerca da existência de justa causa deve ser realizada pelo órgão acusatório (e controlada pelo magistrado), sendo que, para a propositura de um acordo, deve estar a condição satisfeita.

<sup>468</sup> Sobre esse aspecto, importante fazermos referência à jurisprudência, que ampliou as hipóteses de cabimento da suspensão condicional do processo. De acordo com entendimento sumulado (Súmula 337) pelo Superior Tribunal de Justiça, a proposta pode ser oferecida após a sentença, quando houver desclassificação ou julgamento parcial que leve a uma pena (concretamente considerada) compatível com a aplicação do benefício. Trata-se de considerável ampliação do instituto, pois se passou a permitir a suspensão condicional do processo em momento processual não previsto originalmente em lei, aumentando o alcance de tal mecanismo consensual. Sobre o inteiro teor do referido enunciado sumular do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

<sup>469</sup> Do dispositivo de lei: “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.”. Sobre os requisitos previstos no art. 77, II, do Código Penal, são eles: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

expressamente,<sup>470</sup> mas pode o magistrado determinar outras, desde que entenda estarem adequadas ao fato e à situação pessoal do sujeito beneficiário (Lei nº 9.099/1995, art. 89, § 2º).<sup>471</sup>

Durante o período estabelecido na proposta, o processo fica suspenso e, cumpridas as condições, o magistrado decreta a extinção da punibilidade (Lei nº 9.099/1995, art. 89, § 5º).<sup>472</sup> Por fim, se o sujeito, no curso do prazo, descumprir quaisquer das condições ou vier a ser processado, a suspensão pode ser revogada pelo magistrado. De outro lado, acaso o beneficiário seja condenado por outro crime ou não efetuar, sem motivo, a reparação do dano, a suspensão será revogada (Lei nº 9.099/1995, art. 89, §§ 3º e 4º).<sup>473</sup>

Sobre a discussão de direito subjetivo, os Tribunais interpretaram a existência dos requisitos a serem observados pelo Ministério Público. Após formação de jurisprudência sobre o tema,<sup>474</sup> houve entendimento sumular (Súmula 696) exarado pelo Supremo Tribunal Federal, ficando consignado que “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.”<sup>475</sup>

Pelo que se nota, é estabelecido um papel relevante de fiscalização da legalidade a ser exercido pelo magistrado, que realiza o controle acerca dos requisitos previstos em lei.<sup>476</sup> Para

<sup>470</sup> São elas: promover a reparação do dano causado à vítima, abster-se de frequentar os locais especificados pelo juízo, pedir autorização judicial para ausentar-se da comarca onde reside e informar as atividades que desenvolve, mediante comparecimento pessoal ao juízo.

<sup>471</sup> Do dispositivo de lei original: “Art. 89. [...] § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.”

<sup>472</sup> Do dispositivo de lei original: “Art. 89. [...] § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.”

<sup>473</sup> Do dispositivo de lei original: “Art. 89. [...] § 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.”

<sup>474</sup> Em especial, julgado do STF que é considerado paradigma no tema: Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 75.343/MG, Plenário, Rel. Min. Octavio Gallotti, Redator do Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 18/06/2001.

<sup>475</sup> Vale registrar que a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal faz referência à redação originária do referido dispositivo de lei, e não àquela introduzida pela Lei Anticrime. Nesse sentido, transcrevemos o dispositivo legal em que se baseou o enunciado sumular, para que não parem dúvidas: “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.” Embora ainda seja aplicado por força de suspensão (por decisão precária do Supremo Tribunal Federal) dos efeitos das mudanças trazidas pela Lei Anticrime ao referido dispositivo, vale o registro de que, em vista da nova sistemática, é provável que esse posicionamento deva ser revisto no futuro.

<sup>476</sup> Diversos setores da doutrina também agasalhavam esse posicionamento. No sentido de preservar a acusatoriedade do sistema, com a manutenção da separação de funções, ver PRADO, Geraldo L. M. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,



esses casos, que também se aplicam às hipóteses de transação penal, fica claro que, embora exista a ideia de uma Justiça consensual e de um maior espaço de autonomia entre as partes, há um controle rígido estabelecido pelo legislador.

Pela interpretação geral da aplicação das leis, não vemos espaço para a mera *opção* do membro do Ministério Público em não oferecer quaisquer das propostas consensuais previstas nos casos pertinentes. Nesse sentido, talvez a mais precisa definição seja aquela que atribui ao órgão acusatório o *poder-dever* de oferecer as propostas despenalizadoras quando se encontrarem satisfeitas as condições. Ou seja, a própria lei previu uma etapa necessária na persecução penal: o enfrentamento da viabilidade de oferecimento das propostas de transação penal ou de suspensão condicional do processo.

#### 4.3 ACORDO DE IMUNIDADE PROCESSUAL (NÃO DENÚNCIA) NA COLABORAÇÃO PREMIADA DA LEI Nº 12.850/2013

A colaboração premiada introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº 12.850/2013 é um instituto intensamente debatido em nosso país, o que é feito praticamente desde a sua promulgação. Inevitável a sua associação com a Operação Lava-Jato, que se utilizou massivamente do instrumento para realizar as dezenas de fases que tomaram o noticiário político-policial e os debates jurídicos brasileiros.

Independentemente dos possíveis abusos na utilização concreta do instituto, fato é que a colaboração premiada mudou radicalmente a feição dos mecanismos não-adversativos até então conhecidos no Brasil: se, antes, esses expedientes eram em regra vinculados ao microsistema dos Juizados Especiais, com crimes de menor desvalor, foram expandidos para alguns dos delitos de maior reprovabilidade previstos em nosso ordenamento jurídico, que são aqueles cometidos por meio de organizações voltadas para o cometimento de crimes.

Mais do que isso, o instituto, que é um negócio jurídico processual e funciona como meio de obtenção de provas (Lei nº 12.850/2013, art. 3º-A),<sup>477</sup> é o primeiro a propiciar ao sujeito imputado não apenas a redução significativa de sua pena, como também o perdão judicial, a ausência de oferecimento de denúncia ou a conversão de pena privativa de liberdade em

---

2005, p. 253. Em sentido semelhante acerca do caminho a ser adotado, ver GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 153-157.

<sup>477</sup> Do dispositivo de lei, após inserção promovida pela Lei nº 13.964/2019: “Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”

restritiva de direitos (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, *caput* e § 2º).<sup>478</sup> Ou seja, depende de uma efetiva colaboração<sup>479</sup> com os objetivos de persecução penal traçados pelas autoridades, não possui uma demarcação clara de momento processual para ocorrer, tampouco dispõe de rigorosa delimitação acerca das hipóteses de incidência. Essa estruturação do instituto o afasta dos seus antecessores (e sucessores) históricos porque depende da iniciativa de manifestação de vontade daquele envolvido nas práticas criminosas e, mais, depende também da *efetividade*<sup>480</sup> da sua colaboração.

Tantas particularidades fazem com que a colaboração premiada seja considerada por nós genericamente como uma autêntica estratégia de defesa que pode (ou não) ser mobilizada. Isso significa afirmar que não se trata de um instrumento de observância obrigatória pelos agentes de Estado, notadamente o Ministério Público, que pode deixar de proceder, com menos amarras legais, às negociações com vistas a entabular um acordo de colaboração premiada. Por essa razão, deixamos de dedicar grande espaço analítico à colaboração premiada genericamente considerada (ver Seção 4.1). Entretanto, a modalidade do acordo de imunidade processual (não denúncia) em colaboração premiada guarda características distintivas que faz com que se possa qualificá-lo como uma das saídas de consenso de nosso sistema processual e, assim, dedicaremos as próximas linhas a tratar do tema com foco nesse instituto em específico.

---

<sup>478</sup> Dos dispositivos de lei, todos da sua redação original: “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: [...] § 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).”.

<sup>479</sup> Daí uma de suas características mais marcantes e que consta inclusive em seu nome, isto é, ser premial, ou “[...] incentivos criados pelo legislador para dar maior eficácia à tutela penal e reduzir os custos de investigação e produção probatória” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 359-390, set./out. 2016, p. 360.).

<sup>480</sup> O paradigma da eficiência seguiu motivando as alterações de leis processuais penais, como bem diagnosticou a nossa doutrina, fazendo referência às buscas pelo sucesso e celeridade nas persecuções penais a partir da negociação direta entre o Estado e o particular, com o fim de se chegar a elementos de prova contra terceiros (ver CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 46.). Ainda assim, o uso de *efetividade* se refere ao contexto do instituto premial no caso concreto, isto é, ao desvelamento de elementos de provas capazes de demonstrar a existência dos crimes potencialmente cometidos por terceiros.

### 4.3.1 Histórico: o processo legislativo

O instituto da colaboração premiada, dentro do qual se encontra a hipótese estudada do acordo de imunidade processual, foi trazido ao ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei das Organizações Criminosas. Referida legislação foi originada do Projeto de Lei do Senado nº 150/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko, e dispõe sobre o conceito de organização criminosa, os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal aplicado ao crime de organização criminosa, além de outras providências. A lei foi aprovada após longos debates congressuais e, alguns anos depois, após sua aplicação prática e acúmulo de críticas, foi alterada pela chamada Lei Anticrime.

De forma a organizar a exposição que será feita na presente Seção, apresentaremos de forma panorâmica o processo legislativo, com as principais discussões atinentes aos papéis dos sujeitos processuais à luz das inovações trazidas pela introdução da colaboração premiada em nosso ordenamento jurídico. Na sequência, destrinchamos as principais modificações legislativas com impacto no acordo de imunidade processual (não denúncia). Embora o foco seja o acordo de imunidade processual (não denúncia) na colaboração premiada, faremos referências ao processo legislativo da colaboração como um todo, o que se explica pela impossibilidade de isolar o instituto específico para fins de apreensão do processo legislativo.

#### *4.3.1.1 Previsão original da hipótese de acordo de imunidade processual*

No mesmo ano da proposição legislativa (Projeto de Lei do Senado nº 150/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko), o país havia internalizado a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”),<sup>481</sup> a qual previa possibilidades de colaboração entre particulares e Autoridades do Estado para fins de desvelamento de determinados crimes, o que indica a existência de um movimento internacionalizado no sentido

---

<sup>481</sup> A promulgação da referida Convenção foi feita por meio do Decreto nº 5.687/2006, sendo que os dispositivos a que fazemos referência do texto internacional são: “Artigo 37 - Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei: 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

da introdução de determinados elementos negociais processuais nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes.

No âmbito interno, o citado Projeto de Lei foi elaborado com a pretensão de revogar e substituir a Lei nº 9.034/1995, que também dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Trata-se de tentativa de mudança bastante profunda em nosso ordenamento jurídico, vez que a legislação que se pretendia modificar, embora previsse mecanismos de enfrentamento das organizações criminosas, bem como técnicas de investigação e meios de obtenção de prova, não o fazia em detalhes suficientes à sua mais plena operacionalização e, portanto, não se atingia a busca de eficiência na persecução penal.

Daí porque a lei promulgada em 2013 acabou por se tornar um marco em diversos sentidos. Primeiramente, porque trouxe definições legais minudentes, como a relativa às organizações criminosas. Além disso, foram ampliadas as hipóteses de técnicas de investigação atinentes ao enfrentamento de tais agrupamentos anteriormente definidos. Mais do que isso, foram criados tipos penais próprios e relacionados aos objetivos da legislação. E, por fim, no ponto que mais diretamente impacta no objeto da presente tese, houve a previsão da colaboração premiada nos seus moldes contemporâneos, sendo essa uma quebra de paradigma fundamental na expansão da via não disputada,<sup>482</sup> assim como o fato de abarcar crimes de maior reprovabilidade.

Como se pode observar, o projeto de lei experimentou longa tramitação congressional, tendo sido a lei promulgada sete anos após a sua propositura original no Senado Federal. Muitos dos aspectos da ideia fundante da nova legislação foram preservados, sendo de se destacar os objetivos de detalhar as formas de investigação preliminar e, mais importante para o nosso estudo, o instituto até então inédito da colaboração premiada. Na justificativa do Projeto de Lei do Senado,<sup>483</sup> a Senadora Serys Slhessarenko dedica parte relevante das linhas escritas para explicitar a importância da inclusão de tal instituto e das salvaguardas que deveriam existir para

---

<sup>482</sup> Nesse caso, entendemos que o cenário é o da criação da *barganha* em seu sentido mais estrito, por haver espaços mais amplos de negociação entre o Estado e o sujeito imputado para que, ao final, o acordo seja potencialmente desenhado. Como vimos afirmando, entretanto, uma particularidade desse instituto está na sua iniciativa, que deve ser do próprio sujeito imputado, podendo, assim, ser tal alternativa genericamente considerada uma estratégia de defesa.

<sup>483</sup> Projeto de Lei do Senado Federal nº 150/2006, proposto pela Senadora Serys Slhessarenko. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809852&ts=1594022080739&disposition=inline>. Acesso em: 23 jul. 2021.

sua adequação ao nosso sistema constitucional, em especial a divisão de funções entre os órgãos acusador e julgador.<sup>484</sup>

Sobre a tramitação em si, registra-se que o projeto de Lei do Senado nº 150/2006 foi recebido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ainda no ano de 2006, e a relatoria do projeto foi designada ao Senador Aloizio Mercadante. O congressista deu seu voto pela aprovação do Projeto em março de 2007, no qual enfrenta determinados temas sobre o instituto que são dignos de nota. Sobre a colaboração premiada, consta no relatório, primeiramente, a preocupação com a preservação da *estrutura acusatória* de nosso sistema processual.<sup>485</sup> Ainda que tal conceito não tenha sido explicitamente mencionado, a preocupação subjacente ao Relatório do Senador é justamente essa, a de garantir um papel de decisão final ao Poder Judiciário acerca das benesses concedidas em lugar das sanções, ainda que se reconheça o papel determinante e central que o representante do Ministério Público deva desempenhar na circunstância de realização de acordos dessa natureza.

Como é praxe em tramitações legislativas, houve emendas propostas no sentido de modificar diversos aspectos da proposição. De mais relevante para a Tese, destacamos a existência de modificações no sentido de conferir maior autonomia formal no texto ao membro do Ministério Público, o qual seria o responsável pela propositura do acordo nos termos dispostos em lei e, após sua homologação, teria efeito vinculativo ao quanto sentenciado posteriormente.<sup>486</sup>

---

<sup>484</sup> Sobre o tema em destaque, há o seguinte trecho: “No que se refere à colaboração premiada, o projeto manteve-se fiel à ideia de que a extinção da punibilidade ou a redução da pena devem partir do Poder Judiciário. A nosso sentir, afigura-se inconstitucional a proposta de atribuir tal competência ao órgão acusador. Isso implicaria verdadeiro esvaziamento de poder, função e atividade do órgão judicial, com flagrante desrespeito à garantia de que ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, da CF), e, no âmbito processual, afronta à cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)”. Projeto de Lei do Senado Federal nº 150/2006, proposto pela Senadora Serys Slhessarenko. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809852&ts=1594022080739&disposition=inline>. Acesso em: 9 ago. 2021.

<sup>485</sup> Veja-se a argumentação exposta pelo Senador: “Quanto à colaboração premiada, afastando eventuais e futuros problemas de constitucionalidade, o projeto atribui ao juiz – e não a representante do Ministério Público – o poder para conceder perdão judicial ou declarar extinta a punibilidade do investigado ou acusado”. Diário do Senado Federal de 20 de abril de 2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/346?sequencia=54>, p. 10830. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>486</sup> Referimo-nos, em especial, às sugestões de emendamento realizadas pelo Senador Pedro Simon, o qual fez algumas sugestões de modificação e inclusão de novos dispositivos no texto do Relator. (Apresentação de Emendas ao Projeto de Lei do Senado nº 150/2006. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/364?sequencia=60>, pp. 14080-14082. Acesso em: 23 jul. 2021). De interesse especial se faz a disposição destacada, presente no § 4º da redação modificada do artigo que introduziria a colaboração premiada em nosso ordenamento, o que foi feito por meio da Proposta de Emenda n. 29. Veja-se: “Art. 4º - O Ministério Público poderá, de ofício ou por representação da autoridade policial, realizar acordo com o investigado, visando à não-propositura da ação penal ou à diminuição de pena em até dois terços, para obter colaboração voluntária, com a finalidade de, alternativamente: [...] § 2º - Caberá ao Ministério Público deliberar sobre a conveniência e oportunidade da colaboração premiada, alertando o

Vale destacar também que, de outro lado e pelo mesmo Senador, houve tentativa de se conferir um papel de revisão mais ativo ao magistrado, para que ele pudesse, dissentindo dos motivos externados pelo membro do Ministério Público, propor o controle hierárquico da própria instituição (de maneira similar à redação original do art. 28 do CPP).<sup>487</sup> Com isso se mostra, uma vez mais, a divergência acerca do papel que deveria ser desempenhado por cada um dos atores processuais, em especial em um instituto de feição tão inovadora em nosso sistema processual penal.

Sobre as emendas citadas, vale mencionar que, possivelmente em função da sua importância e da temática nelas tratadas, foram especificamente enfrentadas pelo relator Senador Aloizio Mercadante, em seu parecer apresentado à CCJ. O poder maior atribuído ao membro do Ministério Público na Proposta de Emenda 29 poderia esbarrar na incompatibilidade de soluções que “privilegiam a discricionariedade do órgão acusador”,<sup>488</sup> o que se vislumbrou como incompatível com nosso sistema constitucional. As emendas não foram aprovadas, mas trouxeram interessantes discussões sobre a formatação da colaboração premiada.

Ainda na Casa Congressual Iniciadora e, portanto, antes do trâmite do Projeto de Lei para a Câmara dos Deputados, inclusive, foi convocada uma Audiência Pública para colher contribuições ao então projeto de lei, com a presença de membros do STF, do Ministério Público Federal, da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, e Representante dos Delegados de Polícia Civil. Em relatório apresentado após a realização da referida Audiência Pública, o Senador Aloizio Mercadante incorporou diversas contribuições feitas por autoridades.<sup>489</sup>

---

colaborador das sanções previstas no art. 13 desta lei. § 3º - Homologado o acordo, a persecução penal e a sentença ficarão vinculadas aos seus respectivos termos”.

<sup>487</sup> Ver, em especial, as Propostas de Emendas de n. 30 e 32.

<sup>488</sup> Relatório do Senador Aloizio Mercadante. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809833&ts=1594022080658&disposition=inline>, p. 4. Acesso em 23 jul. 2021. “As Emendas referidas, diferentemente, privilegiam a discricionariedade do órgão acusador, cuja constitucionalidade pode, inclusive, ser contestada. Por exemplo, propõe-se que a sentença ficará vinculada aos termos do acordo celebrado entre o investigado e o Ministério Público (Emenda nº 29). Isso, a nosso ver, contraria os princípios constitucionais da individualização da pena, da independência e do livre convencimento do magistrado (arts. 5º, XLVI e XXXV, e 93, IX, da CF).”

<sup>489</sup> Há destaque especial ao Ministro Gilmar Mendes, do STF. Dos trechos a se destacar, temos: “Após ter ouvido judiciosas advertências do Presidente do STF, Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes, admito que reparos, de larga monta, devem ser feitos também no art. 4º, que trata da ‘colaboração premiada’. Devemos examinar o instituto com muito cuidado. Afinal, ainda é incipiente a experiência brasileira com o ‘plea bargain’, essa interessante prática do direito anglo-saxão. [...] O § 2º, que ora se insere, traz como proposta uma cláusula de melhoramento do benefício deferido, permitindo ao juiz, por provocação do Ministério Público, reconhecer a posteriori que a colaboração prestada foi mais completa e eficiente do que inicialmente se acreditava, no momento da celebração do acordo, e que, portanto, tratamento ainda mais benéfico deve ser admitido para o colaborador. [...] É preciso ter claro que a colaboração não visa apenas beneficiar o réu, em relação ao delito que praticou. Seu objetivo principal é otimizar a justiça criminal como um todo, na medida em que permite a

De forma esquemática, podemos dizer que (i) a colaboração premiada foi especificamente comparada ao *plea bargaining* estadunidense, diferenciando-se o instituto de tudo o que conhecíamos no Brasil em termos de consensualidade; (ii) houve inclusão e aprofundamento sobre o papel do magistrado, em especial no que toca à avaliação acerca da concessão dos benefícios (premiais) previstos; (iii) explicitação da função do mecanismo, de conferir efetividade à persecução penal (de terceiros), por meio do fornecimento de elementos de prova; (iv) e fixação da posição do juiz como garantidor de direitos fundamentais do imputado no contexto de acordos.

Finalmente, após inúmeros debates e dezenas de propostas de emendas, o texto final da Lei foi aprovado em dezembro de 2012, tornando-se lei ordinária em agosto de 2013. Esse foi o texto vigente até as modificações trazidas pela Lei Anticrime no final do ano de 2019, como se passará a apresentar.

#### **4.3.1.2 Modificações com a Lei nº 13.964/2019**

A Lei de Organizações Criminosas, e o instituto da colaboração premiada em particular, foram muito utilizados desde a sua promulgação. Com isso, e também em vista das muitas inovações trazidas, foram alvo de controle judicial e de críticas acadêmicas. As modificações trazidas por lei alguns anos depois, em regra com vistas a limitar e controlar a atuação dos agentes de Estado, foi uma resposta a tal cenário. Passamos, então, a analisar a tônica geral das modificações, com posterior foco no acordo de imunidade processual. Dividimos didaticamente as mudanças realizadas, que se relacionam mais diretamente com o acordo de imunidade processual,<sup>490</sup> em quatro grandes grupos: (i) legalidade estrita dos acordos aos termos da lei (notadamente das sanções impostas); (ii) estabelecimento expresso do valor dos acordos (e da palavra do colaborador); (iii) vinculação maior à atuação do Ministério Público e (iv) aumento do papel de controle do magistrado.

---

apuração e a prova de outros crimes graves, o desbaratamento da criminalidade sistêmica, o estancamento da contumácia, bem como a recuperação de bens e valores, o que só poderá acontecer se a colaboração não ficar limitada ao processo e ao delito que o réu cometeu. [...] Tendo em vista a adoção do sistema acusatório pelo Brasil, o juiz não deve intervir na negociação entre as partes, a não ser para garantir os direitos fundamentais do réu. É o que procuro deixar explícito no § 6º do art. 4º. Parecer do Senador Aloizio Mercadante, após a realização de Audiência Pública. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809915&ts=1594022081200&disposition=inline>, p. 8-11. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>490</sup> Outras mudanças realizadas dizem mais à procedimentalização do acordo de colaboração premiada, com o estrito e detalhado enredo que deve ser seguido em tais casos (ver, em especial, os inseridos arts. 3º-B e 3º-C). Fizemos essa opção metodológica para dar mais destaque aos aspectos que diretamente dialogam com os objetos centrais da presente Tese.

Sobre o primeiro aspecto, havia a recorrente crítica de que determinados acordos firmados acabavam por conter cláusulas heterodoxas, isto é, disposições que não encontravam agasalho na legislação de regência ou mesmo em outras leis.<sup>491</sup> Uma das alterações realizadas pela Lei Anticrime no instituto dialoga diretamente com essa preocupação da concessão de benefícios. Isso porque, a legalidade<sup>492</sup> deve ser obedecida de forma estrita na concessão de benefícios ao colaborador, conforme já se identificava da redação original, bem como da interpretação à luz dos princípios processuais penais. Nesse sentido, proibiu-se expressamente a fixação de benefícios (em termos de pena ou de sua execução) a qualquer expediente divorciado daqueles previstos especificamente em lei (inciso II do §7º do art. 4º da Lei nº12.850/2013).<sup>493</sup>

Acerca do aspecto da definição legal sobre o valor a ser atribuído às declarações do colaborador, outra importante crítica doutrinária que foi incorporada ao texto diz respeito ao

<sup>491</sup> Nesse sentido, ver MANZANO; Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 208-209. Segundo os autores, foram realizadas verdadeiras “*inovações jurídicas*” nos benefícios concedidos. Sobre a impossibilidade de se criarem regras ou regimes de execução à margem do específica e expressamente fixado em lei, ver DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 293-338, maio 2019, p. 316-318. Em especial “O caráter negocial da Colaboração Premiada não afasta a natureza pública das normas de direito penal, que têm como finalidade a proteção de bens jurídicos de elevado valor para a comunidade. O interesse protegido pelo direito penal, e que deve ser tutelado por meio do processo penal, é público, razão pela qual de modo geral as disposições das leis penais não podem ser afastadas pela simples vontade das partes (diferentemente do que ocorre no direito civil). Portanto, ao Poder Judiciário – e ao Ministério Público, como instituição essencial à jurisdição (art. 127 da Constituição) – cabe apenas a aplicação das normas dentro dos limites traçados pelo Poder Legislativo” (p. 318).

<sup>492</sup> Vale ressaltar que esse conceito, bem como outros de interesse para a compreensão da persecução penal no Brasil serão desenvolvidos na Seção 5.4. Por ora, vale recorrer à definição doutrinária que, tratando do caso específico da colaboração premiada, possui contornos conceituais semelhantes aos que serão mobilizados: “A regra da lei prévia é fundamento não apenas de existência do crime, mas de sua pena e de todo o procedimento judicial – não pode o Estado-persecutor aplicar penas ou ritos sem previsão legal, mesmo a pretexto de beneficiar cidadãos. [...] Exigir do magistrado e do Ministério Público a estrita observância da lei é medida mínima para a atuação persecutória” (CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 98). Em sentido semelhante, e criticando a ideia de flexibilizar a legalidade por uso da interpretação do brocardo jurídico, segundo o qual “*quem pode o mais, pode o menos*”, ver: NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92-93. Ainda, ver PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1033. Ainda sobre a inviabilidade de associação de que o que a lei não proíbe seria lícito ao indivíduo realizar, no âmbito de acordos de colaboração firmados com cláusulas não previstas em lei, ver BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 359-390, set./out. 2016, p. 375-378.

<sup>493</sup> Dos dispositivos inseridos na Lei nº 12.850/2013: “Art. 4º [...] § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: [...] II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; [...]”.



valor da colaboração.<sup>494</sup> Antes, não havia previsão categórica acerca da inviabilidade das palavras do colaborador, de forma exclusiva e sem amparo em outros elementos de prova, serem usadas exclusivamente para sustentar um édito condenatório (e outras medidas constritivas na persecução penal). Com a mudança legislativa (§16 do art. 4º),<sup>495</sup> esse parâmetro interpretativo ficou expresso, de forma a garantir direitos, principalmente àqueles terceiros que são diretamente impactados com o quanto firmado no ambiente de uma colaboração premiada.

O terceiro grupo de mudanças que destacamos se refere ao papel do Ministério Público, em especial das benesses potencialmente oferecidas, as quais foram mais rigidamente reguladas. E nesse caso o ponto mais afetado foi justamente aquele que mais interessa à presente pesquisa, que é o do acordo de imunidade processual. Isso porque a hipótese de não oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público foi bastante restringida (nova redação do §4º do art. 4º<sup>496</sup> e §4º-A), pois criou critérios estritos para a sua realização, que são, além dos ordinários requisitos previstos para qualquer prêmio, o fato de (i) não ser a pessoa beneficiada líder da associação criminosa, bem como (ii) ter sido a primeira a prestar efetiva colaboração.

Trata-se de mudança legislativa que acaba por aproximar (ainda mais) o instituto da imunidade processual (não denúncia) dos demais existentes nos mecanismos consensuais conhecidos em nosso ordenamento jurídico. Essa afirmação é feita porque foi realizada uma mais estrita regulamentação do campo de atividade funcional delegada ao agente do Estado, sem franquear a ele a possibilidade de um agir com maior espaço de *oportunidade* para exercício de seu múnus público. Outra característica que apresenta paralelismo com outros institutos, e que se insere no quarto grupo de alterações principais, é o da presença de maior controle judicial sobre os acordos firmados.

Possivelmente motivado pelas contestações acerca de acordos de colaboração heterodoxos e sem observância de ditames legais, a reforma, conforme referido, amplia o controle judicial. É verdade que o papel do magistrado já era previsto desde a redação original

---

<sup>494</sup> Ver NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Em especial: “O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio. Diante disso, é inviável lastrear a condenação de alguém baseado unicamente numa delação. É fundamental que esteja acompanhada de outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão” (p. 68).

<sup>495</sup> Dos dispositivos inseridos na Lei nº 12.850/2013: “Art. 4º [...] § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.”.

<sup>496</sup> Como vamos tratar especificamente do instituto reformado no próximo tópico (Seção 4.3.2), transcrevemos aqui a redação original da Lei nº 12.850/2013, para que reste claro como a disposição primeva era menos regulada do que a redação posteriormente consagrada: “Art. 4º [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”.

da Lei das Organizações Criminosas (§ 6º do art. 4º),<sup>497</sup> a qual foi mantida inalterada. O que se realizou foi um detalhamento, com ampliação do escopo da análise judicial quando da homologação do acordo para, mais do que apenas verificar a voluntariedade, regularidade e legalidade do quanto disposto, auferir outros aspectos (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §§ 7º e 7º-A),<sup>498</sup> como a adequação dos benefícios às hipóteses da lei, avaliação quanto aos resultados,<sup>499</sup> além de análise meritória da peça ou requerimento do órgão acusatório antes de conceder quaisquer benefícios.

As modificações do papel do magistrado são profundas, sendo, possivelmente, aquelas que mais cores novas trouxeram ao instituto. Isso porque o legislador acabou por criar mais salvaguardas para que se garantisse uma efetiva prestação jurisdicional. Há, para além do já mencionado debate acerca da legalidade dos acordos, uma discussão da *acusatoriedade* de nosso sistema, pois, num cenário em que necessariamente prevalecesse a pena sugerida pelo membro do MP, um mesmo órgão seria o responsável por empreender as negociações e definir

---

<sup>497</sup> Do dispositivo original na Lei nº 12.850/2013: “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.”

<sup>498</sup> Dos dispositivos inseridos na Lei nº 12.850/2013: “Art. 4º [...] § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. § 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.”

<sup>499</sup> Sobre o aspecto da verificação do resultado, há reflexões importantes sobre a exigência legal em cotejo com a capacidade de cognição quando o magistrado é provocado: “Assim, requer-se que o magistrado avalie, já na homologação do acordo, os seus resultados [...] Ocorre que a homologação é ato anterior ou, no mínimo, concomitante à instrução. Nesse momento, o juiz não dispõe de elementos para poder avaliar corretamente os resultados do acordo. Não há provas estabelecidas sob o contraditório, instrução finalizada e análise fática concluída, de forma que é difícil ao magistrado apurar, já nesse instante, a adequação dos resultados da colaboração. Justamente por isso, no regime anterior, o juiz efetuava tal análise ao final da instrução, quando já dispunha de elementos para a formação de sua convicção. Portanto, a nova exigência de que o juiz faça uma avaliação antecipada da colaboração e verifique sua efetividade deve ser entendida com cautela. Não se impõe ao magistrado uma averiguação profunda ou fático-probatória do conteúdo da colaboração, mas apenas sua potencialidade e a existência de mínimos elementos de corroboração que embasem a narrativa do colaborador. Ao que parece, a ideia do legislador é evitar acordos calcados apenas nas declarações prestadas, sem qualquer indicativo ou juntada de dados de corroboração.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ARAS, Vladimir. Reflexões sobre a homologação do acordo de colaboração premiada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7), p. 230-231.).

uma pena a ser aplicada.<sup>500</sup> A reunião de funções processuais em um mesmo órgão de Estado não é desejável,<sup>501</sup> até para que se mantenha a função do magistrado na relação processual, de julgar e controlar as ações dos demais.

#### 4.3.2 Funcionamento do instituto da imunidade processual (não denúncia)

Como definição geral, podemos afirmar que a colaboração premiada é um negócio jurídico-processual firmado por interesse e iniciativa do sujeito imputado, para que, a partir de informações e documentos trazidos ao conhecimento do representante do Ministério Público,<sup>502</sup> possa contribuir para resultados úteis à investigação, sendo isso determinante para que possa gozar dos prêmios previstos em lei. O acordo de imunidade processual (não denúncia) é uma

<sup>500</sup> Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017. Sobre esse aspecto em especial: “A circunstância de a pena ou o seu regime de execução poderem decisivamente resultar daquilo que houver sido pactuado entre o Ministério Público e o réu é susceptível de comprometer o monopólio judicial em matéria de aplicação de penas criminais se determinadas cautelas não forem observadas. [...] Quanto ao primeiro ponto, relativo ao princípio da jurisdicionalidade, o regime da Lei 12.850/2013 só será constitucionalmente solvente no que a ele diz respeito se o tribunal competente para a homologação do acordo de colaboração premiada e para a efectivação das vantagens convencionadas tiver um real poder decisório sobre a outorga dos benefícios penais que constem de tal acordo. Não sendo esse o caso, se, na prática, a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede de aplicação e execução de penas. Este é, na realidade, um daqueles domínios nucleares em que, tanto de jure como de facto, devem ser os tribunais a deter o monopólio não apenas da última, mas também, desde logo, da primeira palavra, como manifestação da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais judiciais nas matérias de foro criminal.” (p. 151-152).

<sup>501</sup> Ver CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Em especial: “Se o agente ministerial fixa a pena, cumpre em verdade atuação judicial, invade competência de órgão processual e assume o papel de inquisidor. Trata-se de ação concentradora de poderes que não atende aos requisitos de um devido processo legal acusatório, compromete uma ação persecutória estatal isenta e faz ressurgirem os riscos inquisitórios do abuso pela concentração de forças em único agente da persecução criminal – desaparecem controles de partes, esmaecem-se as possibilidades de revisão e tende o réu à coisificação. Mais do que violação à lei, à jurisdicionalidade da função dosadora da pena, o estabelecimento de pena pelo órgão acusador durante negociação acaba por gerar direta violação ao modelo acusatório do processo: o Ministério Público investiga (por procedimento até específico e próprio), acusa (mesmo antes da denúncia, indicando os crimes que perseguirá – esperando-se sem excesso, sem “overcharging”), admite culpa (que mesmo assumida pelo colaborador exigirá em nosso país o reconhecimento apenas ao final do processo judicial) e fixa pena (negociada), agora até determinando seu cumprimento imediato (pena sem processo e sem condenação). É forte reunião de funções processuais, em claro formato inquisitório. Realmente, em processo acusatório, não pode o próprio acusador fixar a pena, ainda que com a concordância do acusado. A separação das funções é forma de controle e limitação que não podem permitir concessões. Não pode o magistrado assumir a função acusadora e não pode o Ministério Público assumir as funções de imposição de pena e de execução antecipada. O sistema acusatório não se compatibiliza com tão grande concentração e poderes processuais.” (p. 111-112).

<sup>502</sup> Não se desconhece a previsão legal de colaboração premiada firmada com o Delegado de Polícia, hipótese essa, inclusive, prevista expressamente em lei (a exemplo do § 2º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013), bem como reconhecida como constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI 5508, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018). Entretanto, por entendermos ser tal hipótese a exceção na aplicação do instituto, bem como estar sua efetividade diretamente vinculada à conduta do membro do órgão acusatório, trataremos com prioridade a previsão atinente ao Ministério Público.

das espécies previstas de tal acordo, e especificamente a que nos interessa apresentar no presente momento, pelas razões já explicitadas (ver Seção 4.1).

Como vimos afirmando, a colaboração premiada genericamente considerada é uma estratégia de defesa, a ser mobilizada pelo imputado se e quando lhe aprouver. Exclusivamente dele que depende a mobilização do aparato estatal, o que faz com que não seja um poder-dever do Ministério Público adotar o mecanismo, da forma como ocorre nos demais casos analisados até então. A modalidade específica de acordo de imunidade processual (não denúncia) que integra a colaboração premiada, entretanto, escapa das características gerais de ausência de marco temporal específico e indefinição quanto às hipóteses para o seu enquadramento no critério de interesse público, daí porque a qualificamos como um instituto consensual comparável aos demais tratados em detalhe nesta Tese.

De toda forma, o acordo de imunidade se submete ao regramento previsto na previsão geral da colaboração premiada, notadamente no que se refere à sua serventia para a persecução penal. Daí porque há a exigência de determinados resultados oriundos da colaboração com o sistema de Justiça como condição para viabilizar o referido acordo. Esses *resultados* a que se faz referência (Lei nº 12.850/2013, incisos I a V do *caput* do art. 4º)<sup>503</sup> dizem respeito à forma como se deu a atividade delitativa (identificação de pessoas e crimes, bem como da estrutura da organização), a um esforço reparatório (recuperação de produto ou proveito do crime, bem como localização de eventual vítima), além de um intuito de prevenção de outros delitos que poderiam ser praticados pela organização.

---

<sup>503</sup> Dos dispositivos originais de lei: “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”. Sobre o aspecto da voluntariedade, há especial relevância em sua verificação, para que se evitem abusos no entabulamento de acordos de colaboração premiada. Em trabalho dedicado ao direito de defesa no âmbito da Operação Lava Jato, em que muito se utilizou do instituto da colaboração, Marta Saad faz alertas sobre possíveis violações de direitos do imputado (ver SAAD, Marta. Direito de defesa na operação Lava Jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (coord./org.). *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 169-200. Em especial no que interessa mis diretamente à Tese, o aspecto da voluntariedade, principalmente em sua combinação com a prisão processual, há de ser observado, justamente para que se evite coação indevida sobre o sujeito: “Se é certo que não se admite que a prisão processual sirva de coação à celebração de acordo de colaboração, também é certo que não deve ser tolhido do investigado preso cautelarmente, por motivos legítimos, o direito de celebrar acordo. Eventual proibição retiraria daqueles que respondem presos a possibilidade de celebrar um acordo que, muitas vezes, pode integrar a estratégia de defesa. [...] o desafio é distinguir e apartar o grau de coação proporcional e que não viole o requisito da voluntariedade, acima mencionado, indispensável para o acordo ser homologado pelo juiz, daquele que é excessivo. Parece-nos que a distinção reside na legalidade ou não da prisão preventiva. Se a prisão é ilegal, maculada a voluntariedade do acordo.” (p. 189).

Do ponto de vista de sua formatação, o acordo de imunidade processual tem objeto semelhante ao de outro acordo de colaboração premiada genericamente considerado, mas possui maior regramento (i) acerca de momento processual para o seu entabulamento e (ii) das hipóteses de incidência, o que, em nossa visão, guarda relação direta com o papel desempenhado pelo Ministério Público em tais casos, com uma atuação vinculada a partir do momento da provocação inicial feita pelo sujeito particular (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §§ 4º e 4º-A).<sup>504</sup>

Sobre o momento processual de entabulamento do acordo, resta claro que deve ser realizado em momento preliminar da persecução penal, isto é, antes do oferecimento da denúncia. Tal característica, que destoa de outras modalidades desta mesma colaboração premiada, já se encontrava presente desde a previsão inicial deste instituto e ocorre por força da própria lógica interna ao mecanismo: a consequência jurídica do acordo de imunidade processual é o não oferecimento da denúncia,<sup>505</sup> razão pela qual a colaboração tem que ocorrer antes de formalizada a exordial acusatória, sob pena de preclusão. A formatação do instituto, ademais, vai no sentido de premiar justamente aquele que primeiro colaborar (*efetivamente*) com as autoridades públicas, o que confere coerência ao quanto previsto.

Sobre os critérios elegíveis para o entabulamento do acordo de imunidade processual, para além daqueles genéricos previstos para todas as formas de acordo (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 1º),<sup>506</sup> há exigência de duas condições específicas: não ser o sujeito o líder da organização criminosa e ter sido o primeiro a realizar a colaboração de forma efetiva. É de se registrar que ambas as condições devem ser verificadas em conjunto, não bastando uma delas para justificar a composição na esfera criminal. A definição acerca da liderança na organização criminosa

---

<sup>504</sup> Dos dispositivos com redações dadas pela Lei Anticrime (exceções aos incisos, presentes desde a redação original): “Art. 4º [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.”

<sup>505</sup> Vale o registro de que uma crítica realizada aos acordos de colaboração heterodoxos firmados, notadamente durante a Operação Lava Jato, dizia respeito a prêmios que transcendiam o processo e a situação jurídica especificamente analisada. Com isso, havia uma suspensão massiva de outros procedimentos investigativos em desfavor do colaborador (em situações que escapavam do objeto inaugural do processo da colaboração em específico), o que gerou críticas em torno do injustificável afastamento do princípio da obrigatoriedade em tais casos. E o mecanismo da não denúncia era mobilizado para justificar essas composições, que não se fundavam na acurada leitura da legislação. Nesse sentido, ver CANOTILHO, Joaquim José Gomes; BRANDÃO, Nuno Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017, p. 161-164.

<sup>506</sup> Dos dispositivos originais de lei: “Art. 4º [...] § 1º 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.”

depende da forma como o órgão acusatório interpreta a própria relação orgânica dentro do grupo criminoso e, no que toca ao conhecimento prévio acerca da infração, há definição legal para guiar a exegese da norma pelos aplicadores do direito.<sup>507</sup>

Discussão mais árida sobre o instituto se refere à existência (ou não) de um direito subjetivo do sujeito imputado à realização de um acordo de imunidade processual na colaboração premiada. Isso se deve a alguns aspectos: primeiro, a colaboração premiada visa a angariar elementos de prova para subsidiar persecução penal contra terceiros, o que torna a avaliação de seus critérios mais complexa; segundo, a colaboração premiada prevê mais de uma modalidade, existindo algumas mais bem regulamentadas (como o acordo de imunidade processual), e outras menos; terceiro, a redação original do instituto era menos regulamentada e a sua aplicação, como já sinalizado em diversos momentos nesta Tese, foi feita de maneira (indevidamente) elasticada.

Feitas todas as ressalvas e explicadas as premissas de que saímos, entendemos que especificamente o acordo de imunidade processual na colaboração premiada se trata de um *poder-dever* a ser exercido pelo Ministério Público. Ou seja, é mandatório que o representante do órgão acusatório enfrente a possibilidade de entabulamento do referido acordo, acaso provocado pelo sujeito particular. Alguns critérios podem ser considerados mais abertos e menos específicos do que para outros institutos, mas é fato que o MP deverá analisar o caso concreto para auferir se as condições estão satisfeitas. A nova redação presente com a reforma realizada pela Lei Anticrime deixou ainda mais expressos os critérios a serem considerados, inclusive com diretrizes para a sua interpretação.

Por fim, devemos mencionar o controle judicial a ser realizado. Conforme descrito em detalhes na anterior Seção (4.3.1.2), este foi um aspecto bastante modificado com a alteração legislativa. Pela redação atual, temos que o controle a ser exercido pelo magistrado foi ampliado (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 7º), com análise acerca de ainda mais condicionantes dentro de cada um dos acordos. Acaso não presentes as condições previstas em lei, não deve o juiz homologar o acordo, o que implicará sua devolução às partes para que adequem o quanto elaborado aos específicos termos previsto em lei (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 8º).<sup>508</sup> Nesse caso, a mudança em direção à acusatoriedade ocorre no sentido de que o magistrado não mais adequa uma proposta ao caso concreto, mas, sim, ordena que as partes assim o façam,

---

<sup>507</sup> Para uma interpretação ainda mais minudente da interpretação e aplicação dos institutos, conforme os conceitos mobilizados nesta Tese, ver Seção 6.3.3.

<sup>508</sup> Do dispositivo modificado pela Lei Anticrime: “Art. 4º [...] § 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.”.

determinando-se uma linha bastante clara acerca da sua não intervenção em avenças exclusivas dos sujeitos ativo e passivo da persecução penal.

#### 4.4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DA LEI Nº 13.964/2019

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi introduzido em nosso país por meio da Lei nº 13.964/2019, em um movimento que ampliou de forma significativa o alcance de saídas consensuais no processo penal brasileiro. Fruto de uma reforma abrangente, partindo de uma iniciativa do Ministério da Justiça e Segurança Pública, referida legislação modificou diversas regras penais, de índoles material e processual, exercendo papel relevante na ampliação bastante abrangente de um modo de realização de Justiça diferente da disputada.

Para apresentar a estrutura organizativa que será feita na presente Seção, detalharemos o movimento que nasceu da aprovação de uma resolução pelo órgão administrativo de cúpula do Ministério Público e culminou na introdução de uma alteração no CPP com previsões muito semelhantes às anteriormente existentes. Na sequência, destrinchamos o instituto em si, com a análise de seus principais predicados, com especial enfoque em demonstrar o papel desempenhado por cada um dos atores processuais e o impacto no princípio da obrigatoriedade.

##### 4.4.1 Histórico

O alcance das hipóteses de consensualidade foi alargado de uma forma até então desconhecida com o advento do ANPP, ampliando significativamente o rol de crimes abarcados pelas medidas. Depois da promulgação da Lei nº 13.964/2019, pode-se dizer que as saídas negociais se tornaram uma realidade presente na maioria dos crimes<sup>509</sup> previstos em nossa legislação.

Mais do que a generalização das hipóteses de consenso na persecução penal brasileira, tal instituto representa a previsão em lei de um instituto que havia sido previamente talhado pelos próprios atores estatais do sistema de Justiça, em especial o Ministério Público, que já praticava a celebração de acordos penais em circunstâncias muito semelhantes, amparado por uma norma do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Resolução nº 181/2017.<sup>510</sup>

---

<sup>509</sup> Segundo Vinicius Vasconcellos, a maioria dos crimes previstos em nosso ordenamento tem pena mínima em abstrato inferior a quatro anos (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na Justiça Criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, 2020, p. 253).

<sup>510</sup> Embora fuja do escopo do trabalho a discussão aprofundada sobre a natureza jurídica de normativas formatadas em órgãos administrativos, é notório que há questionamentos jurídicos sobre um instituto de processo penal

O que começou como uma iniciativa localizada ganhou, com a lei (introdução do art. 28-A no Código de Processo Penal), força vinculante e obrigatória para que, nos casos de crimes de média gravidade, apresente o Ministério Público o ANPP ao imputado que, acaso aceito e homologado posteriormente pelo magistrado, gera sanção sem um processo judicial.

Nesta parte de histórico, desenvolveremos a sua gênese, o seu processo legislativo e o resultado dele obtido.

#### ***4.4.1.1 Surgimento por um ator processual: o Ministério Público e a Resolução n. 181/2017/CNMP***

O surgimento do acordo de não persecução penal no Brasil se deu em um momento no qual as saídas consensuais já tinham um caminho mais pavimentado para percorrer. Já existiam outros institutos no país, sendo a consensualidade uma realidade mais aceita, mesmo em âmbito criminal. Em um contexto mais poroso a mudanças dessa natureza, foi introduzido no Brasil o ANPP, que determinou a generalização das hipóteses de acordo para a maioria dos delitos previstos em nosso ordenamento jurídico.

A menção a uma trilha mais facilitada para o surgimento de tal instituto não é ausente de consequências práticas. Possivelmente em função da existência de transação penal, suspensão condicional do processo e mesmo do acordo de imunidade processual, houve espaço para o surgimento de um instituto novo vindo de iniciativa dos atores do sistema de Justiça, mais especificamente do Ministério Público, tendo seu órgão de cúpula administrativo editado uma resolução para regulamentar a prática. Conforme já indicado, estamos nos referindo à Resolução nº 181/2017/CNMP que, entre outras disposições, previu a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal pelo membro do *Parquet*.

O órgão administrativo de cúpula do MP foi o responsável pela introdução dessa generalização das hipóteses de acordo. E as razões formalmente invocadas<sup>511</sup> para tanto foram,

---

criado por meio de norma infralegal. Para uma discussão sobre o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público, feita antes mesmo da edição desta resolução em específico, mas que apresenta argumentos importantes, ver GARCIA, Emerson. As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento. *Revista Eletrônica do CEAJ*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 1-13, out. 2011/jan. 2012. Em sentido semelhante, mas com referência específica à (in)constitucionalidade da Resolução nº 181/2017/CNMP por ofensa à reserva de lei, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, p. 7-9, 2017, p. 7-8.

<sup>511</sup> Baseamo-nos nas razões registradas nos *consideranda* da referida Resolução do CNMP. Seguem aqueles que dizem respeito aos aspectos da introdução do ANPP: “Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos



como não é raro num contexto de ampliação de mecanismos consensuais, a busca por eficiência, gerada por um contexto de um sistema de Justiça assoberbado e que não consegue dar resposta satisfatória à sociedade em tempo adequado.

Importante observarmos que, num contexto em que não havia comando constitucional (e sequer legal) para justificar a normativa por parte do órgão, foram utilizados argumentos pragmáticos para explicar a introdução de tal mecanismo processual. Ou seja, em uma normativa que melhor regulava os aspectos da investigação por parte do próprio órgão acusatório, dando consequência a uma decisão do Plenário da Suprema Corte que havia reconhecido a possibilidade de investigação pelo próprio Ministério Público,<sup>512</sup> foi também previsto um mecanismo consensual<sup>513</sup> que viria a impactar o sistema processual brasileiro.

Essa resolução administrativa formulada pelo órgão administrativo de cúpula do Ministério Público foi alvo de contestações as mais diversas. No âmbito judicial, houve duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e a ADI 5793, do Conselho Federal da OAB)<sup>514</sup> questionando aspectos formais e materiais do acordo de não persecução penal. Embora não tenha havido decisão judicial suspendendo ou declarando a inconstitucionalidade em definitivo de quaisquer dispositivos, é possível entender que os relevantes questionamentos perante nossa Corte Suprema contribuíram com a reforma de trechos da Resolução por meio do próprio CNMP<sup>515</sup> e, posteriormente, com a aprovação do mesmo instituto por legislação federal.

---

menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...]”.

<sup>512</sup> Fazemos referência ao Recurso Extraordinário nº 593.727/MG (Supremo Tribunal Federal, Plenário, Relator Min. Cezar Peluso, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2015).

<sup>513</sup> Ver ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017, p. 242. Em especial: “Como era de se esperar, houve uma minuciosa regulamentação do procedimento investigatório criminal – nome dado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ainda em 2006, à investigação presidida pelo acusador público nacional –, com a adequada preservação dos direitos e garantias de todos os sujeitos com atuação obrigatória ou facultativa naquele modelo de investigação criminal. Entretanto, a comissão de estudos apresentou proposta de inserção de um instituto que não guardava qualquer relação com a investigação criminal, estando ele ligado ao momento posterior à finalização da apuração criminal e à possibilidade de o Ministério Público não oferecer a ação penal pública mediante a realização de um acordo com a pessoa investigada. A esse instituto deu-se o nome de acordo de não-persecução penal.” (p. 242).

<sup>514</sup> Ambas as ações ficaram sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Vale o registro de que ambos os questionamentos foram formulados no próprio ano de 2017, anteriores, portanto, às alterações promovidas pela Resolução 183/2018 e, com a sua reforma, receberam aditamentos, mantendo as insurgências de fundo que motivaram as ações perante o Supremo Tribunal Federal.

<sup>515</sup> O que foi realizado no ano seguinte à sua edição, já em 2018, por meio da Resolução nº 183/2018/CNMP.

Na doutrina, a norma tampouco passou ileso. Para além do mais óbvio questionamento formal,<sup>516</sup> chama a atenção a crítica formulada a aspecto processual relevante do então acordo criado. Trata-se do mecanismo de controle judicial, o qual, quando da redação por Resolução (tanto na original, quanto na reformada), não contava com a homologação judicial do acordo, mas sim com uma mera *apreciação* judicial.<sup>517</sup> Trata-se de demonstração relevante de que os papéis atribuídos aos diferentes sujeitos processuais importam, certo que o magistrado, mesmo num cenário de franca expansão da consensualidade, segue sendo visto como o relevante ator capaz de homologar, em nome do Estado, um acordo de vontades entre as partes na persecução penal.

Vale o registro de que, no ano seguinte à inicial publicação da resolução, uma nova norma jurídica veio a modificar alguns dispositivos do ANPP. Trata-se da Resolução nº 183/2018/CNMP, que, com justificativas semelhantes à da inicial,<sup>518</sup> acabou por fazer algumas mudanças no instituto, aperfeiçoando a técnica normativa e acrescentando dispositivos relevantes para a sua implementação e maior adequação a uma lógica sistêmica da persecução penal. As principais novidades foram a inclusão de hipótese de não cabimento de acordo para o caso de não ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 18, §1º, VI), a comunicação à vítima acerca do acordado (art. 18, § 4º), bem como o controle judicial do escopo do ANPP, de forma a implementá-lo apenas após essa fase (art. 18, §§ 5º e 6º). Com as descritas mudanças, a normativa se assemelha muito mais com o dispositivo depois inserido por meio de lei no CPP.

Interessante observar que, no caso específico da previsão por norma infralegal (o art. 18 da Resolução do CNMP), a observância do caminho consensual era efetivamente uma *opção* ou *mera faculdade* do membro do órgão acusatório. Isso porque, não havia qualquer forma de controle formal estabelecido ao exercício (ou não) da proposição de um acordo, vez que tal

---

<sup>516</sup> Sobre a inconstitucionalidade formal de ter sido editada por um conselho administrativo uma norma jurídica de matéria processual, que demandaria lei formal para tanto, ver ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017, p. 249-252.

<sup>517</sup> Crítica bem fundamentada formulada em tal sentido foi feita por LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, dez./jan. 2019, p. 10-13. Em sentido semelhante, ver ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *op. cit.*, p. 254.

<sup>518</sup> Sobre o ANPP, a grande diferença está no acréscimo de uma justificativa nos *consideranda*, para mencionar uma normativa internacional e um importante julgamento em Medida Cautelar no Supremo Tribunal Federal, que caracterizou o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Veja-se: “Considerando os reclamos de racionalização do sistema punitivo brasileiro, máxime por meio do aprimoramento institucional, tal como externados nas Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) e no julgamento da ADPF 347 (MC), Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 9/9/2015, publicação em 19/2/2016”.

disposição escapava dos caminhos previstos ordinariamente em nosso ordenamento jurídico,<sup>519</sup> pois não era oriunda de lei em sentido formal. Não por outra razão, Vinicius Vasconcellos utiliza a feliz expressão de “*espaços de não-obrigatoriedade*”,<sup>520</sup> referindo-se à possibilidade de o membro do Ministério Público poder deixar de exercitar a obrigatoriedade diante de fatos potencialmente criminosos e com indícios de autoria, utilizando como motivação um ato infralegal.

#### 4.4.1.2 Processo legislativo para a conversão em lei

No que tange ao processo legislativo que redundou na criação da Lei nº 13.964/2019, foi fruto do que se tornou conhecido como “Projeto Anticrime”, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional por meio da Mensagem Presidencial 50/2019, tendo como meta “[...] estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.”<sup>521</sup> Nota-se um anseio de proporcionar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, sendo o acordo de não persecução penal um dos instrumentos para tanto.

Ato contínuo, em março de 2019, a Câmara dos Deputados criou uma Comissão para apreciar o projeto que teve origem no Poder Executivo Federal. Desse projeto, então numerado

---

<sup>519</sup> Essa hipótese é distinta dos demais meios de consenso antes previstos, e mesmo do posterior ANPP disposto em lei, situações nas quais o membro do MP é obrigado a exercitar a ação penal de iniciativa pública.

<sup>520</sup> Ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, p. 7-9, 2017, p. 7. O autor, corroborando com o sustentado, registra que membros do Ministério Público podiam optar por não aplicar o acordo, não previsto em lei, e foram localizadas, inclusive, manifestações institucionais de reação (e consequentemente de não aplicação da Resolução) por parte de órgãos do MP, como o de Minas Gerais. Isso porque os então Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral de Justiça assinaram a Recomendação Conjunta PGJ CGMP Nº 2, de 13 de setembro de 2017, para recomendar que os membros se abstivessem de celebrar os referidos acordos de não persecução penal. (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mp-mg-proibe-acordo-ignorar-acao-penal.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2022). Em sentido semelhante acerca da oposição de determinadas frações do Ministério Público (do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal e Territórios) face à regulamentação distinta do procedimento de lei, ver LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, dez./jan. 2019, p. 6. Vale o registro que houve também apoio de membros do Ministério Público do Estado do Ceará que, diante da notícia de normas emanadas por outros órgãos estaduais do MP que recomendavam a não aplicação da resolução do seu Conselho Nacional, propuseram a Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho n.º 1.00904/2017-09, a qual, inclusive, contou com decisão liminar obrigando o cumprimento do quanto disposto na norma. Ver, sobre o contexto, ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017, p. 243.

<sup>521</sup> Íntegra da Mensagem presidencial disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=Tramitacao-PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=Tramitacao-PL+882/2019). Acesso em: 4 maio 2022.

como PL 882/2019, resultaram novidades de inserção no bojo da alteração legislativa,<sup>522</sup> bem como se passou a trabalhar em conjunto com uma proposta anterior que fora elaborada, em 2018, por outro Grupo de Juristas, presididos pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Alexandre de Moraes. Referido Projeto teve sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados por meio do PL 10.372/2018, apresentado pelo Deputado José Rocha, e pretendia

[...] racionalizar de maneira diversa, porém proporcional, de um lado o combate ao crime organizado e a criminalidade violenta que mantém forte ligação com as penitenciárias e, de outro lado, a criminalidade individual, praticada sem violência ou grave ameaça; inclusive no tocante ao sistema penitenciário.<sup>523</sup>

Além dos supracitados Projetos, um terceiro foi também considerado pelo Congresso Nacional, cujos dispositivos legais foram extraídos, em sua maioria, do Projeto de Lei n. 8.045/2010,<sup>524</sup> de autoria do então Senador José Sarney, destinado a criar um (novo) Código de Processo Penal. Como ocorreu com os outros textos que compuseram o mosaico depois utilizado para se chegar ao texto final, também foram inseridas ideias.<sup>525</sup>

Nesse contexto, o PL 882/2019 foi apensado ao PL 10.372/2018,<sup>526</sup> de tramitação mais avançada, na Câmara dos Deputados. Mais do que isso, passou-se a tratar o assunto como prioritário, com a criação de uma Comissão Especial para sua apreciação, com a Relatoria do Deputado Lafayette de Andrada. Por meio dela, foi consolidado um texto substitutivo ao original, dando origem ao PL 10.372-A/2018, o qual, após parecer favorável da referida comissão, foi aprovado por ampla maioria pelo Plenário da Casa Legislativa. Ainda no final do

<sup>522</sup> Entre as principais, com impacto relevante no ordenamento jurídico, temos: o confisco alargado de bens (CP, art. 91-A); nova causa suspensiva da prescrição (CP, art. 116, III); execução provisória de decisão condenatória proferida pelo júri (CPP, art. 492, I, “e”), entre outras (ver: LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 19-20.).

<sup>523</sup> Para a íntegra do Projeto de Lei submetido, ver: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1666497](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497). Acesso em: 4 maio 2022.

<sup>524</sup> Íntegra do Projeto de Lei disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010). Acesso em: 4 maio 2022. Vale registrar que outros aspectos desse projeto, que ainda podem se tornar lei no país, serão explorados no capítulo derradeiro da presente Tese (ver Seção 6.5).

<sup>525</sup> Das propostas feitas no bojo deste projeto, aquelas que resultaram na criação de novos dispositivos legais destacam-se: o juiz das garantias (CPP, arts. 3º-A a 3º-F); audiência de custódia (CPP, art. 310); revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias (CPP, art. 316, parágrafo único), entre outras (ver LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 20-21.).

<sup>526</sup> Vale registrar que esse foi o Projeto de Lei usado como principal para resultar na aprovação do ANPP. Dentre as sugestões de mudanças que foram aprovadas pelo Congresso Nacional e são oriundas deste texto original, destacam-se: acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A); cadeia de custódia das provas (CPP, arts. 158-A a 158-F); novo limite de 40 (quarenta) anos para o cumprimento de penas privativas de liberdade (CP, art. 75) (ver LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 20.).

ano de 2019, em uma tramitação legislativa bastante célere, o Projeto de Lei foi aprovado pelo Senado Federal, sem alterações, indo à sanção da Presidência da República.

E é nessa senda que a Lei Anticrime surge, ampliando sobremaneira as hipóteses de acordo, para uma gama grande de crimes potencialmente abarcados, ainda que preservando os papéis dos sujeitos processuais. Mais do que isso, houve a transformação em lei, com ligeiras modificações, do quanto havia sido desenhado por membros do Ministério Público na referida Resolução 181/2017/CNMP. Passemos, agora, ao funcionamento do instituto.

#### 4.4.2 Funcionamento do instituto do ANPP

Apresentada a forma como o ANPP alcançou a legislação processual brasileira, importa voltar o olhar para a forma como opera o mais recente instituto consensual no país. É esse o último dos mecanismos surgidos em nosso ordenamento jurídico e, da forma como vimos descrevendo, seu aparecimento também contribuiu para a ideia cada vez mais alastrada de uma mitigação do princípio da obrigatoriedade.<sup>527</sup> Vejamos, nas próximas linhas, os exatos contornos do instituto.

O acordo de não persecução penal é um antecedente consensual do processo disputado, cabível para os casos com justa causa verificada, que tenham pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça, com a imposição de determinadas sanções, com o encerramento precoce da persecução penal (CPP, art. 28-A, *caput*).<sup>528</sup> Esse é o funcionamento básico do instituto, que há de ser analisado pelo membro do Ministério Público antes de se perquirir a via conflitiva, para que se apresente ao sujeito imputado, o qual, acompanhado de um defensor, pode (sem necessidade de motivação) aceitar ou recusar a oferta.

Aspecto novo no consensualismo brasileiro<sup>529</sup> é a previsão da formal e circunstancial confissão dos fatos pelo sujeito imputado como condição para a formulação da hipótese de acordo, o que gerou debates na literatura. Há quem enxergue tal fato como uma mera

---

<sup>527</sup> Por todos, ver LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, dez./jan. 2019, p. 5.

<sup>528</sup> Art. 28-A: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente [...]”.

<sup>529</sup> Não nos referimos à colaboração premiada porque a confissão é inerente a um mecanismo voltado a envolver meios de obtenção de provas contra terceiros. Para registro, vale mencionar que a confissão já era prevista na referida Resolução nº 181/2017/CNMP.

contrapartida formal<sup>530</sup> mínima e justificável no âmbito de uma composição, o que significaria estar em pleno acordo com as disposições constitucionais, desde que a confissão não seja utilizada em momento futuro, na hipótese de o acordo não operar seus efeitos.<sup>531</sup>

Há ainda que se acrescentar que a figura de outorga estatal de prêmio para a realização da confissão não é inédita em nosso ordenamento jurídico,<sup>532</sup> sendo especialmente conhecida previsão com essa natureza existente no Código Penal (art. 65, III, d). De outro lado, há relevantes críticas à confissão nesse caso, como a da desnecessidade de o Estado buscar uma condição moral de arrependimento, além de insegurança jurídica pela ausência de previsão expressa sobre destino da confissão em caso de não homologação do acordo e de seus efeitos em âmbitos extrapenais.<sup>533</sup>

Diferentemente do que ocorria na pretérita regulação administrativa da matéria, há uma ampla procedimentalização acerca do controle judicial do quanto acordado entre as partes (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 7º).<sup>534</sup> Há uma participação judicial relevante para que haja a homologação do acordo, o que se faz tanto em termos de análise de voluntariedade quanto da legalidade dos

---

<sup>530</sup> O próprio caráter da confissão como um aspecto formal possivelmente ficará mais bem delimitado pela jurisprudência. Isso porque o Supremo Tribunal Federal teve afetado para o Plenário julgamento de um caso que trata, entre outros temas, da desnecessidade de haver uma confissão pretérita do imputado (Supremo Tribunal Federal, Plenário, Habeas Corpus 185913/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes j. 22.9.2020). Trata-se de caso que versa sobre as regras de transição do ANPP para processos que já estavam em curso e, nesse bojo, o aspecto da confissão foi especificamente levantado como relevante pelo Ministro Relator, o que indica que essa figura jurídica deve ser discutida por nossa Suprema Corte, com possível extrapolação de conclusões para os demais casos.

<sup>531</sup> Nesse sentido, ver FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 379-387. Em especial: “[...] se o acordo seguir todos os parâmetros previamente estipulados em lei, não há se falar que a exigência da confissão feriria preceitos constitucionais ou convencionais. Há uma razão de ser bastante lógica desse requisito, bem assim não está afetado o núcleo essencial do direito ao silêncio e não produzir prova contra si mesmo, pois se está diante de um acordo e, acaso não homologado ou rescindido, não trará absolutamente nenhuma repercussão negativa na seara penal contenciosa acaso instaurada contra o réu” (p. 387).

<sup>532</sup> Ver ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela Lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 405.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>534</sup> São dedicados quatro parágrafos do dispositivo que regulamenta o ANPP para tanto. Veja-se: “Art. 28-A [...] § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.”.

termos estipulados em um documento de consenso entre as partes. Acerca da legalidade, há desdobramento para análise das próprias condições impostas no acordo, podendo elas serem consideradas inadequadas, insuficientes ou abusivas, certo que, em quaisquer dos casos, são os autos remetidos ao Ministério Público para nova formulação.

Da mesma forma como vimos no caso dos institutos criados pela Lei dos Juizados Especiais (transação penal e suspensão condicional do processo), há questionamentos acerca da existência, ou não, de direito subjetivo do imputado à realização de um acordo em âmbito criminal. Nesse caso, soma-se aos argumentos utilizados pelos que defendem a suposta liberdade do Ministério Público,<sup>535</sup> além da locução “*poderá propor*”, a presença expressa de um recurso interno (e hierárquico, na forma do §14 do art. 28-A do CPP)<sup>536</sup> para o caso de haver recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo.

Entendemos que o recurso interno é uma faculdade do imputado, que pode buscar posicionamento distinto do superior hierárquico do próprio MP. Entretanto, do ponto de vista do juiz, acaso o Ministério Público tenha deixado de oferecer o ANPP em manifesta contrariedade com os dispositivos legais, deve ele deixar de receber a denúncia por ausência de condição da ação (CPP, art. 395, II).<sup>537</sup> Trata-se, ao nosso ver, de uma aplicação do princípio da obrigatoriedade, ainda que em sua faceta residual.

Há, ainda, argumentos para que o MP possa deixar de propor acordos em face de determinados crimes (em abstrato). Em tal sentido podemos encontrar posição segundo a qual ao órgão acusatório caberia excluir em tese determinados delitos (ou grupo de crimes) da apreciação para eventual oferecimento de acordo de não persecução penal.<sup>538</sup> Discordamos de

<sup>535</sup> Nesse sentido, utilizando a existência do recurso hierárquico como impeditivo de adicional controle judicial, ver FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 387-388.

<sup>536</sup> Do dispositivo de lei: “Art. 28-A [...] § 14: No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”.

<sup>537</sup> Desenvolveremos em detalhe tal raciocínio jurídico na Seção 6.3.3.

<sup>538</sup> Ver MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrição das hipóteses de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 437-447. Em especial, vale verificar que os autores entendem ser papel do MP moldar a política criminal por meio de tais decisões funcionais, como se nota nos seguintes trechos: “No que nos interessa neste trabalho, propomos, como coerência à teoria dos mandados de criminalização e em respeito à ideia de um garantismo social ou positivo, limitações materiais de não cabimento, independente do texto de lei ser alterado, do cabimento do acordo de não persecução penal, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade na perspectiva da proteção jurídica insuficiente. [...] Como já brevemente mencionado, há um núcleo duro imutável da Constituição: as chamadas cláusulas pétreas, dentre as quais se encontram o imperativo, sob a forma de mandado de criminalização, para uma política mais rigorista para os denominados crimes hediondos e equiparados (art. 5º, inciso XLIII). Neste aspecto, qualquer tentativa de proposta de ANPP, seja com futura alteração legislativa, seja vislumbrando uma

etiquetamento apriorístico acerca de crimes que não seriam contemplados por um eventual acordo de não persecução penal, pelo motivo de completa ausência de previsão legal para tais casos. Isso porque o legislador foi categórico quanto aos delitos em abstrato que deveriam ser excluídos da hipótese consensual, sendo inviável o seu alargamento (em prejuízo do sujeito imputado) via interpretação.

#### 4.5 CONCLUSÕES PARCIAIS: OS INSTITUTOS DE CONSENSO E A MUDANÇA DE FEIÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL BRASILEIRO

Após analisar o sistema processual brasileiro de maneira panorâmica, de forma a identificar as principais mudanças experimentadas, passamos a observar com verticalidade os institutos responsáveis pelas mais significativas modificações. No que toca à interpretação com relação à ação penal de iniciativa pública, os institutos de consenso são aqueles de maior relevância para a sua compreensão, razão pela qual foram analisados com profundidade. Desde o seu processo legislativo até as suas características constitutivas, sempre com foco no impacto na obrigatoriedade.

Interessante observar que, no início dos anos 1990, havia críticas generalizadas ao sistema de Justiça e uma vontade de se promover mudanças no ordenamento jurídico processual penal, em busca da maior eficiência na persecução penal. No bojo de tais críticas, inclusive, a própria obrigatoriedade era questionada, tanto que essa consideração subsidiou a argumentação que estampou a justificativa do projeto de lei que veio a se tornar norma jurídica. Vale ressaltar que essa linha de raciocínio não se baseava numa *análise normativa* da Constituição e das leis então em vigor, mas, sim, em uma *percepção empírica* de que, *na prática*, muitos delitos leves (e contravenções) sequer eram perseguidos e a demora inerente à instrução processual em contraditório, somada aos recursos cabíveis, poderia gerar uma injustificável lentidão na resposta estatal ou ainda a prescrição da pretensão punitiva.

Em tal contexto, surgem os mecanismos de consenso da Lei dos Juizados Especiais que analisamos, numa resposta que conferiria celeridade e eficiência ao sistema de persecução penal, em especial para os crimes de menor potencial ofensivo. Embora possam parecer institutos tímidos, pois fartamente regulamentados pela lei de vigência, e com limitação em seu campo de incidência, eles inauguraram um movimento que só viria a se expandir nos anos

---

hipótese de crime hediondo praticado sem violência ou grave ameaça, será flagrantemente inconstitucional. O mesmo se diga, por coerência, aos crimes contra o Estado de Direito e os crimes imprescritíveis, destacando-se o crime de racismo em todas as suas acepções.” (p. 442, 444-445).



vindouros. E assim surgiram a transação penal, reservada para momento anterior ao oferecimento da denúncia, e a suspensão condicional do processo (*sursis* processual), a ser proposta em conjunto com a pertinente denúncia criminal. Ambos são institutos que, acaso aceitos, encerram a persecução penal sem a necessidade de instrução processual, havendo alguma forma de sanção, ainda que sem o formal estabelecimento de culpa pelo Estado.

Além da grande inovação jurídica, que mudava radicalmente a lógica da Justiça criminal, houve um notável impacto para o princípio da obrigatoriedade. Se, até então, eventuais críticas se lastreavam apenas em raciocínios pragmáticos acerca de sua aplicação deficiente, a partir desse momento passaram a se lastrear em uma nova lei, que o enfraquecia sobremaneira. A hipótese de que, diante de suficientes elementos de autoria e materialidade, seria obrigatória a ação penal por meio da propositura da denúncia, não mais se verificava em todos os casos. Quando cabível a transação penal, o membro do MP teria o *poder-dever* de oferecer a proposta em audiência especificamente designada para tanto, o que feria a obrigatoriedade. Quando cabível o *sursis* processual, deveria o membro do MP oferecer o acordo em conjunto com a denúncia, o que feria a indisponibilidade da ação penal, decorrência direta da obrigatoriedade. É desse momento que se consolida o diagnóstico acerca da obrigatoriedade mitigada.

Referido diagnóstico foi fortalecido com a instituição da colaboração premiada por meio da Lei das Organizações Criminosas. Com ela, foram alargados os mecanismos de consenso no processo penal brasileiro, admitindo-se, inclusive, verdadeiras negociações entre Ministério Público e o sujeito particular. Isso deriva da necessidade de se verificar a efetividade da colaboração para que os prêmios sejam concedidos ao particular. Apesar de qualificarmos esse negócio jurídico-processual como uma verdadeira estratégia de defesa, fugindo, como regra, da mesma prateleira dos institutos de consenso estudados, uma de suas modalidades foi por nós analisada: o acordo de imunidade processual (não denúncia) no bojo da colaboração premiada. Com ele, cumpridas determinadas condições e após a provocação do sujeito particular, deve o MP analisar a matéria para deixar de oferecer a denúncia criminal.

Conforme se nota, uma vez mais a obrigatoriedade se vê questionada, com a denúncia criminal deixando de ser oferecida mesmo em face de elementos de autoria e materialidade delitiva demonstrados (por meio de confissão espontânea, inclusive). Mais ainda, nesse caso os potenciais delitos contemplados com o acordo processual eram revestidos de alta gravidade, sendo aqueles cometidos por meio de organizações criminosas. E, deve-se reconhecer, os critérios a cargo do Ministério Público eram menos objetivos, como regra, do que aqueles aplicáveis aos anteriores institutos. Em vista disso, não apenas se reforçou o diagnóstico acerca

da mitigação da obrigatoriedade como, equivocadamente, foi fortalecida a ideia de um princípio da oportunidade em nosso sistema processual. Como demonstra a ausência de norma que ampare tal interpretação, o que se reforça pelo fato de ter o legislador aumentado a regulamentação da colaboração premiada como gênero, não há cabimento para tal interpretação. Mas é fato que esse instituto fortaleceu ainda mais o diagnóstico quanto à insuficiência da obrigatoriedade.

Por fim, tratamos do acordo de não persecução penal. Interessantemente, seu surgimento tem como gênese a criação por um ator do sistema de Justiça, no caso, o órgão administrativo de cúpula do Ministério Público, que regulamentou o instituto mesmo sem amparo em nenhuma lei. Independentemente de discussões sobre a eventual inconstitucionalidade formal da referida norma jurídica, é significativo o fato de ter surgido do próprio órgão acusatório. Ou seja, uma das partes do processo entendeu por bem criar um mecanismo que trouxesse celeridade e eficiência para a solução do conflito penal. E a opção, para tanto, foi a criação de um instituto de consenso. Como se sabe, poucos anos depois o mesmo mecanismo, com ligeiras modificações, foi agasalhado pela Lei Anticrime.

O acordo de não persecução penal é a saída consensual que, antes da propositura da denúncia, pode colocar fim à persecução penal. Novamente, há imposição de sanção, mesmo sem reconhecimento de culpa (pois a confissão, condição para o acordo, não implica o atestado de culpa declarado pelo Estado). Com estrutura jurídica semelhante à transação penal, mas com aplicação alargada, esse instituto somou à ideia de mitigação da obrigatoriedade pelo fato de ainda mais crimes estarem sendo abarcados no rol daqueles passíveis de serem alvo de algum instituto de consenso.

Como conclusões gerais, observando-se a totalidade dos institutos criados, pode-se dizer que, mesmo com as diferenças existentes, o consenso no Brasil é rigidamente regulado pelas leis, não havendo muito espaço de escolhas para o representante do órgão acusatório. Até por isso, conforme explanamos, a proposição dos acordos processuais acaba se revestindo em um poder-dever da parte do representante do órgão público, que possui uma atuação vinculada no sentido de apresentar algum dos acordos, verificados os requisitos. Acordos esses que funcionam, genericamente, como antecedentes à disputa. Acaso superadas tais hipóteses, a lógica disputada segue sendo regularmente mobilizada.

Do ponto de vista da obrigatoriedade, resta evidenciada a sua mitigação, como um diagnóstico acima de qualquer questão. Os seguidos institutos, descritos em detalhe, fazem apenas confirmar tal assertiva. Entretanto, a questão merece ter um passo dado adiante. Se o diagnóstico é correto, as propostas de marcos teóricos que dele se seguem não são adequadas,

pois insuficientes para explicar a inter-relação entre as lógicas do consenso e da disputa. Falham em entender a necessária harmonia que deve guiar essa relação, que não admite a lógica excludente fartamente aplicada a outras categorias jurídicas. Daí porque dedicaremos a Parte III desta Tese para apresentar nossa contribuição teórica em face desse problema jurídico. O *princípio da obrigatoriedade residual* é capaz de explicar com precisão a realidade estudada, compatibilizando essas duas lógicas. E, ao fazê-lo, resgata ganhos analíticos da obrigatoriedade em sua acepção pura, agregando temperos necessários para a atualização do conceito jurídico.

**PARTE III**  
**O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL**  
**DE INICIATIVA PÚBLICA: TEORIA E APLICAÇÃO**



## **CAPÍTULO 5 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA: UMA PROPOSIÇÃO CONCEITUAL**

Feito esse longo caminho nos Capítulos pretéritos da presente Tese, com a apresentação de aportes teóricos sobre a interpretação de sistemas processuais, seguidas da apresentação de três experiências estrangeiras, para logo depois embarcar em um estudo vertical sobre o ordenamento jurídico brasileiro desde o Código de Processo Penal de 1941, a presente pesquisa se debruçará agora em aspectos teóricos do aqui proposto princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública.

Em face das problemáticas expostas, a formatação de um conceito como um *princípio jurídico* pode conferir relevante envergadura normativa para a interpretação da ação penal. Isso em um contexto em que urge a necessidade de superação definitiva do conceito arraigado do princípio da obrigatoriedade (em sua acepção pura), que não explica mais a realidade atual com aderência suficiente, bem como num cenário de ausência de robustez teórica de conceitos substitutos mobilizados indistintamente na literatura (como discricionariedade regrada, oportunidade regulada, entre outros).

As próximas linhas serão dedicadas a, justificado metodologicamente o percurso, explicitar as premissas teóricas para, na sequência, apresentar em detalhes o conceito do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública, bem como buscar criar contornos para demais conceitos pertinentes, notadamente de legalidade, oportunidade e discricionariedade.

### **5.1 NOTAS METODOLÓGICAS: CHAVES TEÓRICAS PARA INTERPRETAR UM SISTEMA PROCESSUAL EM QUE CONVIVEM SOLUÇÕES DISPUTADA E CONSENSUAL**

A metodologia do presente Capítulo se baseará na utilização de um método teórico dedutivo, para se chegar à conformação conceitual que se apresenta nesta Tese de Doutorado, com apoio em critérios que confirmam *cientificidade*<sup>539</sup> ao trabalho. Ao final, teremos apresentado premissas teóricas que permitem realizar a presente conceituação do princípio da

---

<sup>539</sup> Sobre metodologias de pesquisa jurídica que podem contribuir para que se atinja o desejável critério de cientificidade, ver LAMY, Marcelo *Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 57-70.

obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública no Brasil, com ganho interpretativo teórico, como se mostrará neste Capítulo, e com aplicação prática, como se delineará no Capítulo 6.

Buscaremos nas próximas linhas explicitar como chegaremos às contribuições acadêmicas desta Tese de Doutorado, por meio da definição clara de conceitos para que, de sua articulação, possamos gerar análises coerentes e com adesão à realidade normativa. Isso se torna ainda mais relevante em um cenário, que extrapola as fronteiras nacionais, no qual a presença de soluções consensuais no processo penal tem se multiplicado, fazendo com que categorias estanques e totalizantes (ou simplesmente imprecisas) dos conceitos mobilizados percam a capacidade explicativa do fenômeno processual.

Um processo penal monolítico e uno, exclusivamente disputado, inaugurado pela denúncia criminal e finalizado pela prolação de decisões judiciais com potencial estabelecimento de culpa, não mais explica satisfatoriamente a(s) realidade(s) posta(s). Isso significa dizer que há de se reconhecer, na teoria e na prática, a existência de saídas consensuais na persecução penal, que (em regra) funcionam como antecedentes do processamento criminal disputado conhecido como ordinário. E tal reconhecimento há de ser contemplado nos conceitos jurídicos mobilizados para explicar o funcionamento do sistema processual.

O método de abordagem prioritário para tanto será dedutivo, isto é, com base nas premissas teóricas analisadas serão desenvolvidas as conclusões e, portanto, proposto o novo conceito. Em tal método de pesquisa, é de extrema importância estabelecer com precisão quais são as premissas adotadas,<sup>540</sup> o que permite a clareza da exposição, bem como a verificação posterior dos resultados a que se chegou. Isto porque, o passo seguinte ao estabelecimento dos referidos pontos de partida é o paulatino raciocínio jurídico em direção às conclusões que podem ser extraídas.

Como base fundante de nosso raciocínio, teremos a literatura, notadamente de teoria geral do direito, bem como de direito constitucional e de processo penal, para nos apoiar no que toca às premissas para as definições e conceituações jurídicas que se seguirão. E

---

<sup>540</sup> Para uma definição sobre o raciocínio dedutivo em uma pesquisa jurídica e a importância do estabelecimento das premissas, ver LAMY, Marcelo *Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 157-160. Em especial: “O raciocínio dedutivo é aquele que se propõe a extrair uma ideia de outras anteriores. De forma que, uma vez aceitas as anteriores, a posterior ou as posteriores serão automaticamente aceitas, ficarão automaticamente demonstradas. Trata-se do silogismo aristotélico, arquétipo desse tipo de raciocínio: Se A é B, se todo B é C, então todo A é C. Ou como apresentou Aristóteles: Todos os homens são mortais, Sócrates é homem, logo Sócrates é mortal. [...] Ao se construir uma argumentação dedutiva, portanto, é necessário ser bastante rigoroso quanto à verdadeira condição de premissas, ao verdadeiro elo entre as mesmas, à potencialidade das mesmas.” (p. 158).

qualificamos esse expediente como *dedutivo* por partir de trabalhos teóricos, com a adoção de determinadas definições, para observar a realidade normativa. Fruto de tal processo, há a identificação de um verdadeiro princípio que rege as relações oriundas da ação penal de iniciativa pública no Brasil, o que justifica a apresentação da obrigatoriedade residual, tese jurídica sustentada no presente trabalho.

Sobre conceitos jurídicos, há sempre dificuldades inerentes à sua precisa definição e formatação. Isso porque estamos tratando de objetos de imprecisa constituição, que não são materiais e concretos, e que, portanto, possuem um desafio descritivo. Por conta disso, sua conceituação anda ao lado de um desafio de *linguagem*,<sup>541</sup> que tem em si a composição mais abstrata.<sup>542</sup> Tendo esse contexto em conta, é natural esperarmos diferentes formas de expressão e significados quando o tema é abordado na literatura por distintos autores. Isso realmente ocorre na presente Tese, e problemática semelhante foi enfrentada quando apresentamos aspectos mais teóricos oriundos de interpretação da persecução penal em nosso ordenamento jurídico (em especial, ver Seções 3.2.2 e 3.3.2). Neste Capítulo, de índole majoritariamente teórica, o tema merece ainda maior destaque e aprofundamento.

O objeto do Capítulo está em apresentar o proposto princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública. Isso encerra três grandes desafios teóricos. Em primeiro lugar, (i) ter uma definição sólida do que seja princípio (em contraste com normas e regras), bem como (ii) explicitar o porquê de a obrigatoriedade (residual) dever ser alçada à condição de princípio e, ainda, (iii) qualificar o significado da adjetivação da *residualidade*.

Sobre a qualificação de princípio, importará fazer uma incursão teórica para, analisando os conceitos existentes, explicitar aqueles que melhor explicam a realidade encontrada. Não se trata de escolha arbitrária, mas sim de método capaz de expor com clareza as premissas teóricas consideradas e, mais importante, como bem explicita Humberto Ávila, o critério distintivo, o fundamento teórico e a finalidade pensados.<sup>543</sup> Feito o *distinguishing*

---

<sup>541</sup> Esse talvez seja um desafio ainda maior em se superar quando lidamos com textos em outra língua pois, por mais que haja intercâmbios e traduções das formas como as expressões são formuladas, a linguagem acaba sendo essencial na comunicação e pode conter ruídos, mesmo que na melhor das conversões.

<sup>542</sup> Ver ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001, p. 4-5. Em especial, e especificamente sobre o objeto da definição dos princípios jurídicos: “A definição de princípios jurídicos e sua distinção relativamente às regras depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida. Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em torno de sua denominação é mais fácil pela referência que fazem a objetos sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados).” (p. 5).

<sup>543</sup> Ver ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001, p. 5. Interessante observar que, embora nos utilizemos de balizamento teórico preliminar fornecido pelo autor, não adotaremos por inteira a sua qualificação de *princípio* (como um conceito jurídico). Embora façamos referência à sua importante



teórico, entendemos que as premissas adotadas e as conclusões a que chegamos, sendo a principal delas a da existência de um verdadeiro princípio da obrigatoriedade (residual) em nosso ordenamento, estarão plenamente justificadas do ponto de vista teórico-conceitual.

Sobre a *obrigatoriedade residual* merecer ser qualificada como princípio em nosso ordenamento jurídico, tal construção advirá da própria análise do que significa um princípio. Dada a sua definição e abrangência em nosso sistema jurídico, aliada à existência de efeitos outros (em termos de regras) que podem ser identificados de sua interpretação, entendemos que não há outra qualificação possível. Ou seja, muito embora o conceito da obrigatoriedade (em sua acepção pura) tenha sido alvo de severas críticas e mesmo de (precipitado) abandono por completo, notamos que não houve derrogação dos dispositivos jurídicos que o sustentavam, e que muitos de seus efeitos seguem operando. O que houve foram novas normas jurídicas que, introduzindo o consenso no país, retiraram da obrigatoriedade seu caráter de unicidade. Ademais, não se pode qualificar de morto o princípio da obrigatoriedade que mostra constantes sinais vitais e de aplicação cotidiana no âmbito da ação penal de iniciativa pública. Mas, para sua completa compreensão e operacionalização, necessário se faz qualificá-lo com o caráter da *residualidade*.

E nesse momento se apresenta o último dos grandes desafios teóricos, que é o da própria definição do que seja *residual*, bem como de sua aplicação no contexto do quadro de um princípio reitor da ação penal de iniciativa pública. Sobre a definição de residualidade, partimos da acepção da palavra definida em língua portuguesa, de forma a mobilizar em especial dois significados de relevo para integrar o conceito, que são: (a) a sua principal definição linguística, referente ao *restante*, bem como (b) outra existente, já num aspecto figurado, de algo que está no fundo de uma questão, ou no *âmago*. Com isso, resta claro que a obrigatoriedade, no sentido de oferecimento da denúncia, mostra-se presente acaso esgotadas as alternativas (consensuais) precedentes, bem como que seus efeitos estão no *âmago*, ou no fundo das demais relações processuais, o que explica a existência de outras regras decorrentes, e mesmo o sentido, que não se perde, de impulsionamento mandatório da persecução penal em quaisquer de suas modalidades.

A aplicação da residualidade no contexto do princípio da obrigatoriedade se justifica pela capacidade de articular características que explicitam o funcionamento de um conceito jurídico formatado a um ordenamento jurídico bastante modificado, com leis que mudaram a antes única saída conflitiva que era simbolizada (e explicada) pelo princípio da obrigatoriedade

---

contribuição teórica em nosso país, por motivo de finalidade do estudo e de pertinência com o campo do processo penal, adotaremos abordagem distinta.

(em sua acepção pura). O mérito teórico se encontra justamente na capacidade de adaptar e atualizar um conceito gestado em outro contexto, de forma a aproveitar muito do que se verifica em um contexto normativo distinto, bem como trazer novas feições a ele.

Nas próximas Seções deste Capítulo 5, desenvolveremos os conceitos aptos a explicar a persecução penal no Brasil e as consequências teóricas disso. Iniciaremos, assim, com a explicitação das premissas teóricas, que permitirão gerar as inferências que resultam, inclusive, na proposição teórica principal do princípio da obrigatoriedade residual. Serão apresentadas as diferenciações utilizadas entre normas, regras e princípios, com foco maior nesses últimos, por constituírem aspecto significativo da teorização realizada.

Após, apresentaremos com riqueza de detalhes a formulação teórica original proposta, do *princípio da obrigatoriedade residual* da ação penal de iniciativa pública, que é acompanhada por regras dele decorrentes. Ainda, diferenciaremos a proposição do acertado diagnóstico acerca da mitigação da obrigatoriedade, e proporemos enquadramento de outros conceitos já existentes (discricionariedade, oportunidade e legalidade), de forma a consolidarmos uma moldura coerente de compreensão dos conceitos que circundam a ação penal em nosso país.

## 5.2 PREMISSAS TEÓRICAS

Nesse momento, estabeleceremos as premissas teóricas que guiarão a construção do conceito principal que se pretende apresentar como tese jurídica, que é o princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública, além de estabelecermos bases para outros conceitos que serão também propostos. Diferenciaremos, assim, normas, princípios e regras, com uma análise mais vertical e aprofundada nos aspectos teóricos referentes aos princípios.

### 5.2.1 Normas

Normas jurídicas são gênero,<sup>544</sup> formadas por diferentes espécies, sendo as principais: princípios e regras. Assim se organiza um sistema jurídico, estruturado em torno de normas de

---

<sup>544</sup> Nesse sentido versam: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2017, p. 260. Em sintética e precisa definição: “Entendemos que princípio é espécie de norma. Norma é gênero do qual são espécies regras e princípios. Texto não se confunde com a norma. A norma é construída a partir do que enuncia o texto, seja de forma expressa ou implícita”. Em sentido semelhante, ver SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: ICPC, 2012, p. 19.

diferentes características<sup>545</sup> que compõem o mundo do direito em um dado contexto. A distinção entre esses dois tipos de *normas*<sup>546</sup> informa a interpretação dos ordenamentos jurídicos pelo tipo de efeito que geram e que, apenas combinados, podem constituir um sistema jurídico coerente.

Há que se apontar que, nos mais distintos ramos do direito que se voltam para a compreensão da estrutura normativa de um sistema jurídico, há a divisão inicial entre os elementos constitutivos<sup>547</sup> mais relevantes (regras e princípios) para, após, serem feitas as distinções quanto aos seus elementos diferenciadores. E é isso que faremos nas próximas Seções do presente trabalho, com foco maior na sistemática dos princípios, ponto nodal para a tese jurídica que ora se apresenta.

Por fim, e como já havíamos sinalizado na Seção metodológica, traremos diversos debates teóricos presentes em nossa literatura. Ainda assim, e principalmente no que toca à diferenciação entre regras e princípios, faremos uma exposição voltada a compreender como que o debate surgiu no exterior, como que foi trazido ao Brasil e, principalmente, de que forma foi incorporado à nossa literatura. Apenas após termos clareza de todos esses elementos, partiremos para explicitar as razões de adoção de uma dada noção de princípio para os fins deste trabalho.

### 5.2.2 Princípios

A definição de princípio é aspecto central do presente trabalho, que busca defender a existência de um novo (ou *remodelado*) princípio no processo penal pátrio aplicável à ação penal de iniciativa pública. Mais do que a simples *criação* de um princípio, identificamos a necessidade de adaptação de um princípio antes consolidado, e que vinha sendo abandonado

---

<sup>545</sup> Sobre a composição das normas jurídicas, compreendidas como gênero, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 86-87. Em especial: “Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (p. 87).

<sup>546</sup> As distinções nesse campo de teoria do direito são muitas e há outras formas de leitura para a sistematização das normas jurídicas. Adotamos a formatação mais coerente com uma teoria constitucional do direito e que fosse útil para aplicação em seu ramo instrumental criminal. Para registro, e com finalidade de exemplo, Eugênio Pacelli de Oliveira considera a existência de postulados, que estariam em posição ainda mais destacada que os princípios, pois dedutíveis do próprio sistema, ao contrário dos princípios, advindos do texto (constitucional ou legal). Ver OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 45-46.

<sup>547</sup> Nesse sentido, e partindo da análise constitucional do sistema jurídico, ver TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-131.

nos últimos anos, frente às mudanças de cenário do ordenamento jurídico-processual brasileiro. O objetivo de assim procedermos é o de conferir uma interpretação uniforme e coerente ao nosso direito.

Para o objetivo se concretizar, é etapa fundamental bem estabelecermos as antecedentes premissas teóricas. No presente momento, importa apresentar em detalhes as diferentes concepções sobre princípios, assim como justificar as razões de termos adotado uma dada definição em específico, *coerente*<sup>548</sup> com o nosso campo de estudo. Tendo isso em vista, o roteiro consiste na preliminar descrição do surgimento da diferenciação entre princípios e regras no cenário internacional, seguida de duas concepções inaugurais de princípios no cenário nacional para, após, e devidamente explicada a polissemia da incorporação de tais debates à realidade do processo penal, explicar o porquê da adoção de uma dada concepção para princípio jurídico no presente trabalho.

### ***5.2.2.1 Precursores da distinção entre princípios e regras no debate internacional***

Do ponto de vista internacional, há uma série de autores de teoria geral do direito que já se debruçaram em torno da compreensão do sistema jurídico como um todo e da natureza jurídica das normas. Não pretendemos fazer um resgate de todo o debate existente,<sup>549</sup> o que fugiria ao escopo do presente trabalho. Por essa razão, e principalmente em função da influência que pudemos notar nos autores brasileiros, escolhemos destacar as abordagens feitas por dois autores: Ronald M. Dworkin e Robert Alexy.

A distinção teórica trazida por Dworkin tem um pano de fundo histórico, que merece ser destacado. Quando da produção de seu texto (década de 1960, nos Estados Unidos), seu antagonismo teórico se dirigia às chamadas *correntes positivistas*, que não vislumbravam diferenciação relevante entre normas jurídicas, o que, em sua visão, dificultava a interpretação

---

<sup>548</sup> Sobre esse aspecto em específico, Virgílio Afonso da Silva, um dos responsáveis por apresentar leitura obrigatória sobre a diferenciação entre princípios e regras no Brasil, é categórico sobre a inexistência de uma diferenciação correta na matéria. Para o autor, importa estabelecer concepções que tenham boa carga explicativa e sejam coerentes em seus propósitos. Veja-se, especialmente: “De início, saliento que não tenho qualquer pretensão de, ao fim deste trabalho, oferecer soluções pretensamente definitivas sobre o tema. Se há diferentes formas coerentes de se proceder a essa distinção, não há por que querer lutar contra isso. O objetivo principal deste artigo é bem menos pretensioso. Tendo como ponto de partida o fato de que essa distinção vem sendo cada vez mais levada a cabo sobre uma base teórica determinada, que é aquela difundida por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais, pretendo discutir alguns pontos polêmicos, algumas impropriedades metodológicas, enfim, alguns equívocos acerca dessa base teórica e suas conseqüências.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 607-608).

<sup>549</sup> Para um apanhado dos debates internacionais pretéritos, que desembocaram na discussão no ponto em que a apresentamos, ver ÁVILA, Humberto. *A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001, p. 6-8.

jurídica em casos difíceis e complexos, fazendo com que as decisões em tais casos concretos ficassem nas mãos dos magistrados, com poder amplificado em face da ausência de balizas decisórias mais objetivas.<sup>550</sup> Para a corrente a que se contrapõe, haveria uma compreensão geral de que o ordenamento jurídico seria composto por *regras* e que as decisões em torno de questões pouco explícitas seria tomada segundo a *discricionariedade* dos julgadores.<sup>551</sup>

Com esse diagnóstico crítico acerca de seus antecessores, Dworkin busca propor explicações distintas para a estruturação dos sistemas jurídicos em termos de composição das suas normas. A primeira grande contribuição, nesse sentido, é entender que as normas jurídicas são integradas não apenas por regras, mas também por outro tipo de norma, que são os princípios,<sup>552</sup> sendo essa oposição valiosa para a sua compreensão do direito. Antes de apresentar o que seriam os princípios, o autor se utiliza da definição de regra como aquele tipo de mandamento com a característica (muito replicada nos anos seguintes pelos mais diferentes acadêmicos) de tudo-ou-nada (“*all-or-nothing*”), que consistiria no seguinte “[...] se os fatos que a regra estipulam estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribui em nada para a decisão”.<sup>553</sup>

As regras, reconhece Dworkin, admitem exceções, devida e expressamente estipuladas em mandamentos jurídicos, o que possibilita a sua operacionalização. O central em seu conceito é compreender que não há dimensão distinta da validade das regras, por isso a característica de tudo-ou-nada: elas podem apenas valer, e serem úteis para a decisão em um dado caso concreto, ou não valer, o que implica a sua imprestabilidade para esse fim. E essa é uma diferença decisiva quando é realizada a comparação com princípios: a eles é adicionada uma diferente variável,

<sup>550</sup> Para o contexto da produção do trabalho original de Ronald Dworkin, há breve histórico trazido por SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 610. O próprio autor estadunidense, em seu texto, deixa explícita a contraposição teórica ao positivismo (e em especial ao trabalho mais relevante da área, de Herbert Lionel Adolphus Hart), sendo suas construções feitas em um contexto de tentativa de superação de corrente anterior (DWORKIN, Ronald M. The model of rules. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967, p. 14-22.

<sup>551</sup> *Ibid.*, p. 17-22. Sobre o aspecto da discricionariedade em particular, o tema é ainda mais desenvolvido ao longo do texto do autor (p. 32-40) e é particularmente digna de nota a afirmação de que esse conceito era mobilizado de uma forma pouco precisa por seus defensores. Ainda que isso não se relacione com o fenômeno processual penal que estudamos no Brasil hoje, é notável que esse mesmo termo, utilizado em uma outra língua e mais de meio século depois, ainda seja (em nossa leitura, ao menos) mobilizado sem o necessário polimento teórico para explicitar o seu significado. Para nossa apreensão sobre esse significado e explicitação dos critérios adotados para a sua definição, ver Seção 5.4.2.

<sup>552</sup> Essa oposição desenhada pelo autor é central e relevante para os argumentos construídos no texto de referência na matéria. Vale registrar, mas sem aprofundamento (até porque não influencia na construção teórica de interesse), que Dworkin reconhece a existência de ao menos mais uma espécie de norma, que chama de *policy*. Para tal diferenciação, ver DWORKIN, Ronald M. *Op. cit.*, p. 22-23.

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 25 (com tradução livre do trecho transcrito).

que é a dimensão de peso ou importância (“*dimension of weight or importance*”).<sup>554</sup> Esse aspecto é de especial relevo para a resolução de casos em que há conflito entre normas, pois, com princípios, é possível recorrer ao peso que cada um apresenta para resolver uma dada situação concreta. No caso das regras, ao contrário, não há que se falar desse aspecto, pois elas apenas possuem o aspecto da validade, o que implica que a resolução do caso (qual regra aplicar) passará por outros critérios – que possivelmente se encontram fora das próprias regras em conflito, como a norma que dita qual seria aplicada (a editada por tal ou qual autoridade, a feita posterior ou anteriormente etc.).

Após as contribuições de Ronald M. Dworkin, outro trabalho de relevo e frequentemente utilizado em nosso país é de Robert Alexy. Sua sistematização teórica não diverge tanto daquela de Dworkin: mantendo a distinção entre princípios e regras em uma dimensão *qualitativa* (e não de grau), coloca novos temperos à distinção. Mais do que isso, o autor busca apresentar uma teoria que permite diferenciar com critérios claros normas e princípios em um dado contexto.

O primeiro desses critérios que viabiliza a diferenciação entre princípios e regras é o dos primeiros como *mandamentos de otimização*, sendo

[...] caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.<sup>555</sup>

As regras, ao contrário, possuem determinação relativa à sua validade, podendo ou não estar satisfeita em um dado caso concreto, mas não havendo que se falar em uma gradação na possibilidade de sua satisfação.<sup>556</sup>

Essa divergência impacta diretamente na forma de resolução de um embate entre princípios (*colisão*) e um mesmo embate entre regras (*conflito*). Utilizamos expressões distintas

---

<sup>554</sup> Ver DWORKIN, Ronald M. The model of rules. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967, p. 25-27. Em especial: “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.” (p. 27).

<sup>555</sup> Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 90-91. Em especial: “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (p. 91).

para seguir a diferenciação trazida por Alexy, pois, para ele, no conflito entre regras não há possibilidade de as duas serem válidas e apresentarem conteúdos contraditórios em um dado caso concreto. Sendo assim, a solução para o caso seria a declaração de invalidade de uma delas ou a existência de alguma exceção que justificasse a aplicação de uma em detrimento da outra (fazendo desaparecer a contradição). Já a solução da colisão entre princípios possui gramática totalmente distinta: o caso concreto pode ser resolvido com a aplicação de um dos princípios, que demonstrou maior *peso* na determinada situação, o que justificaria a precedência de sua aplicação. Entretanto, não se fala aqui em se afetar a dimensão de validade desses princípios, pois não há influência na validade desses princípios, até porque, em uma situação concreta distinta, o critério de precedência pode se inverter.<sup>557</sup>

Por fim, devemos mencionar uma outra relevante característica trazida pelo autor, que deriva da última, que diz respeito aos princípios como detentores de mandamentos *prima facie*, e não definitivos. Isso decorre justamente de sua característica de mandamento de otimização, isto é, de realização na maior medida possível. Suas razões podem, pelas próprias características de estruturação desse tipo de norma, ser afastadas quando da decisão de um caso concretamente considerado. Com relação às regras, os atributos e, assim, o estabelecimento de obrigações por elas, são definitivas, pois não admitem inaplicação ou aplicação parcial em razão de embates com outras normas.

Essas são as duas principais teorias que encontram relevantes ecos nos debates de teoria do direito travados no Brasil. E é sobre esse tema que nos dedicaremos na próxima Seção, com a apresentação da chegada dessas ideias ao direito pátrio.

### **5.2.2.2 O debate sobre princípios e regras trazido ao Brasil**

Embora os textos no Brasil tenham sido produzidos no final dos anos 1990 (Humberto Ávila) e início dos anos 2000 (Virgílio Afonso da Silva), ainda são as referências em nosso país

---

<sup>557</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90-94. Em especial: “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 o 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 do peso.” (p. 93-94). O autor se esmera em qualificar como essa colisão é resolvida no caso concreto, por meio do método do *sopesamento* entre os princípios, mas o detalhamento deste procedimento não vem ao caso, para nossos fins.

como aqueles que introduziram de forma estruturada essa temática. E é por essa razão que, mesmo sem adotar integralmente qualquer uma das leituras dos autores, entendemos como fundamental expor essa relevante divergência teórica que trouxe de vez a distinção entre regras e princípios para nosso país.

Até porque se trata de um embate teórico explícito, no qual o texto posterior menciona o anterior para buscar superá-lo. Poucos anos depois das valiosas contribuições de Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva publica seu artigo em que, de forma aberta, critica e busca superar o entendimento externado por seu antecessor. Nesse sentido, passaremos a expor as noções adotadas pelos autores e as razões de suas discordâncias acerca daquela diferenciação entre princípios e regras. Faremos a apresentação da seguinte forma: apresentaremos os argumentos e definições de Humberto Ávila, e, para cada um deles, intercalaremos as ponderações de Virgílio Afonso da Silva.

Para Ávila, existem diferenças entre princípios e regras, sendo essencial para se anotar essa distinção o *grau de abstração* encontrado em cada um. Isso implica a rejeição de uma característica que para alguns teóricos que inspiraram essa distinção era relevante: o caráter de aplicação “tudo ou nada” oriundo das regras. Pela sua própria estrutura normativa, essa era uma característica apontada como definidora desse tipo de norma. Para Ávila, entretanto, isso não seria automático assim, certo que também há regras com feições abstratas, com seu sentido sendo melhor atribuído apenas após a atividade de interpretação.<sup>558</sup> Diante disso, o autor reforça que a grande diferença entre regras e princípios está no fato de serem esses últimos mais abstratos. Em poucas palavras, é de grau a distinção entre essas normas jurídicas.

A primeira objeção exposta por Virgílio Afonso da Silva diz respeito justamente à referida estrutura de princípios e regras: como visto, para Ávila, a diferenciação se daria apenas em termos de grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos e, as regras, menos. Além disso, as regras não se submeteriam ao modelo de “tudo-ou-nada”, até porque deveriam passar

---

<sup>558</sup> Ver ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001, p. 13-16. Em especial, sobre a característica das regras em comparação com os princípios: “Assim, a afirmação segundo a qual as regras são aplicadas do modo ‘tudo ou nada’ só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas. Mesmo no caso de regras, essas questões não são facilmente solucionadas. Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra. A única diferença permanece sendo de grau. Isso, entretanto, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência pré-determinada) só pode surgir após a sua interpretação. Só aí é que podem ser compreendidas quais as consequências que, no caso de sua aplicação diante de um caso concreto, serão supostamente implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio — e por vezes longo e complexo como o dos princípios — de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas” (p. 14).



por um processo interpretativo. A principal crítica de fundo aqui está na indiferenciação, neste ponto, entre texto (*enunciado linguístico*) e norma (*produto da interpretação do enunciado*), pois a norma apenas opera seus efeitos no ordenamento jurídico após a atividade interpretativa. E, na leitura de Silva, Ávila se utiliza desse argumento para justificar a ausência de um modelo “tudo ou nada”, em uma aproximação desse termo com o significado de *imediatez*, o que seria impreciso.<sup>559</sup> Silva, com isso, reforça a sua hipótese de que não há que se falar em uma diferença de graus entre os dois tipos de normas, mas, sim, em distinção da própria estrutura normativa para afastar os princípios das regras.

Outro aspecto relevante se refere à ideia de mandamentos (ou deveres) de otimização. Ávila questiona essa ideia, sugerindo a colocação de alguns temperos na difundida leitura feita acerca desse tema, em especial no que toca aos princípios sempre serem aplicados em sua máxima medida. Isso porque, para Ávila, tal afirmação não se sustenta, certo que nem sempre os princípios são realizados em sua *máxima medida*, pois, “[...]a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas ‘no todo’ e os princípios só na ‘medida máxima’. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser.”<sup>560</sup> Ou seja, há, nesse tocante, mais uma aproximação entre princípios e regras. A diferença estaria no tipo de prescrição de conduta, mas não no comportamento desses dois tipos de norma em casos de colisão.<sup>561</sup>

Silva diverge de tal leitura, afirmando que, pela sua estrutura normativa, são os princípios realizados em sua forma mais abrangente possível (origem essa do que se chama de *mandamento de otimização*). Na colisão entre princípios, pode até ser o caso de um dado princípio não ser aplicado em sua totalidade na situação concreta, o que apenas significará que ele não prevalece em um certo cenário, jamais, entretanto, significando que ele deixa de

---

<sup>559</sup> Ver SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 615-618. Sobre essa divergência: “Diante da diferença entre texto e norma, o argumento de Ávila perde força. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos. É por isso que tanto as regras, quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura.” (p. 617).

<sup>560</sup> Ver ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001, p. 17.

<sup>561</sup> *Ibid.*, p. 16-17. Em especial: “A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: a interpretação dos princípios não determina diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelece fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação; a interpretação das regras depende de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação. Nos dois casos, porém, a aplicação concreta pode modificar a prescrição normativa estipulada no texto da norma de conduta, que primeiramente era havida como óbvia, o que diminui a força da distinção entre princípios e regras.” (p. 17).

pertencer ao ordenamento jurídico. Ainda, quando existentes situações de conflito entre princípios, Silva sustenta que, a partir da ponderação do caso concreto, emerge uma regra de tais princípios, sendo ela que é aplicada no todo. Tal fato não afeta a estrutura dos princípios, tampouco a ideia de que eles sempre devem ser aplicados na maior medida possível.<sup>562</sup>

Outro aspecto da diferenciação feita por Ávila se refere às colisões entre normas. Da mesma forma como em contornos anteriormente definidos, vemos uma aproximação da ideia de princípios com a de regras. Isso porque, o autor frequentemente volta a seu aspecto definidor principal, segundo o qual a central divergência se dá apenas em termos de *grau*. Com relação ao conflito, Ávila não enxerga grande diferença de comportamento experimentada por cada uma das duas espécies de normas. Isso ocorre, inclusive, em termos de validade de cada uma das normas, vez que, tanto no caso dos princípios quanto no das regras, seguiriam existentes mesmo após uma colisão e a consequente resolução do conflito em um dado caso concreto.<sup>563</sup>

Para Silva, essa visão de Ávila expressaria uma ideia de que o conflito entre princípios seria apenas *aparente*. Daí que a resolução em definitivo de colisões entre esses princípios, com a aplicação de um deles, indicaria que a sua existência, de início, era apenas aparente. Silva reserva sua última grande contraposição para esse aspecto, quando afirma que os conflitos entre princípios efetivamente existem e devem ser solucionados por meio da ponderação entre esses princípios à luz do caso concreto. A grande diferença está no fato de que, segundo essa leitura, há de se diferenciar os chamados deveres *prima facie* dos deveres definitivos. Os princípios expressam deveres *prima facie*, os quais são otimizados por meio de sua aplicação, variando de acordo com as condições fáticas e jurídicas apresentadas – podendo se tornar, no caso concreto, deveres definitivos. Já as regras, por sua estrutura normativa, possuem apenas deveres definitivos.<sup>564</sup>

<sup>562</sup> Ver SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan. /jun. 2003, p. 619-623.

<sup>563</sup> Ver ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001, p. 15-17. Em especial: “A diferença entre o conflito entre princípios e aquele entre regras também merece um olhar mais atento. Foi dito que a solução de um conflito entre princípios consiste em atribuir prioridade a um deles, sem que o outro seja considerado inválido. É dizer: a eliminação da inconsistência normativa procede sem a declaração de nulidade de uma das normas envolvidas. Essa característica dos princípios é verdadeira, mas somente na hipótese de os princípios estabelecerem fins divergentes. Quando, porém, se dirigem para uma mesma relação apontando para o mesmo fim, mas com a implementação de meios diversos, aí deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre outro com a consequente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito mantendo sua validade.” (p. 16-17).

<sup>564</sup> Ver SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 618-619. Em especial: “Com tal afirmação quer-se dizer algo como ‘depois de resolvida, a colisão revelou-se apenas aparente’. Ora, nesse sentido, todas as colisões são aparentes, exceção feita às irresolúveis. O problema em questão, antigo no âmbito da filosofia moral, é mais complexo e merece ser discutido com um pouco mais de detalhe. Trata-se da distinção entre deveres *prima facie* e deveres definitivos. [...] A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma ‘consequência

Como se vê, essa distinção da teoria geral do direito foi trazida ao Brasil por meio desse relevante debate acadêmico. Esmeramo-nos em apresentar as duas formas de leitura em função de sua importância em nosso país. Feito isso, resta saber de que forma essa contenda acadêmica afetou os debates em nossa literatura, principalmente no ramo instrumental de nosso Direito Penal. Saber as bases e raízes de uma discussão como essa importa para conseguir se posicionar com consistência em torno de definições acadêmicas que afetam a metodologia do que se pretende sustentar. Ainda que, conforme adiantado, não venhamos a adotar por completo nenhuma das definições trazidas pelos autores mencionados, pretendemos, por meio de uma exposição clara e coerente de nossas ideias, não cair no que Virgílio Afonso da Silva qualificou como “sincretismo metodológico”.<sup>565</sup> Com isso, passamos à incorporação da discussão pela nossa doutrina, antes de explicar o conceito de princípio adotado.

### 5.2.2.3 *Princípios e regras incorporados pela doutrina*

Explanadas as origens dos debates mais estruturados de teoria do direito em torno dessa distinção teórica, importa observar de que forma a doutrina incorporou os debates existentes. Uma vez mais, não se trata de uma revisão de literatura exaustiva, mas se tem o objetivo de transmitir uma ideia geral de como esse debate foi apreendido, em especial num ramo instrumental. Ao final, exporemos as conclusões parciais e a forma escolhida para lidar com a identificada polissemia e pluralidade de definições e abordagens que podem ser adotadas.

Pelo que se nota na literatura processual, podemos identificar uma ideia de *fundamentalidade* inerente à noção de princípio. Por essa leitura, a definição de princípio demandaria a existência de uma centralidade daquela norma jurídica para um determinado ramo do direito considerado ou, em uma expressão frequentemente utilizada, seria o princípio um

---

determinada´ ou de ´vagueza´. A diferença é de outra natureza: regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*.” (p. 618-619).

<sup>565</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 625-627. Como bem explica o autor sobre o diagnóstico acerca do referido sincretismo: “Como conclusão, ficam algumas poucas palavras sobre um fenômeno que, no Brasil, vem ganhando proporções cada vez maiores, fenômeno que eu chamaria de ´sincretismo metodológico´. Esse sincretismo metodológico, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem. Como exemplo desse fenômeno, pode ser mencionada, para manter-me dentro do tema deste artigo, a recepção da distinção entre regras e princípios e a recepção da chamada teoria estruturante do direito, difundida no Brasil por meio da obra de Friedrich Müller [...] A distinção entre regras e princípios, como foi visto, tem como uma de suas principais características exatamente a exigibilidade de sopesamento de princípios como forma de aplicá-los. Como explicar, porém, que ambas as teorias, a despeito de serem incompatíveis, sejam defendidas, no Brasil, como se complementares fossem?” (p. 625-626).

*mandamento nuclear*.<sup>566</sup> Com isso, resta clara a característica da relevância de uma dada norma jurídica para a sua qualificação. Relevância essa que alcança o maior nível possível, por ser ela considerada de fundamental importância, com a propriedade adicional de implicar norte<sup>567</sup> para demais normas em um dado ordenamento.

Em linha semelhante, podemos identificar definições mais próximas do significado etimológico da palavra princípio,<sup>568</sup> mas que, a rigor, não guarda maiores diferenças em termos de significado geral. Isso porque, segundo tal concepção, o traço definidor do princípio ainda estaria em sua maior importância, ou fundamentalidade, para se compreender um específico ramo do direito.

Ainda localizamos textos que buscam se aproximar daquelas definições originárias propostas pela literatura internacional, em especial de Robert Alexy. Nesse sentido, há a mobilização do já apresentado conceito de *mandamento de otimização*<sup>569</sup> para se referir aos princípios em processo penal. A grande discussão nesse caso, e para todos os anteriormente expostos, está na função de se utilizar de tal ou qual definição para aplicação em um campo jurídico.

Afirmar que as muitas definições guardam suas diferenças e não são homogêneas é trivial, e pode ser facilmente realizado. O passo seguinte, todavia, é entender a adequação ou inadequação de se adotar determinados conceitos para os específicos fins a que um dado estudo pretende. E nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva foi muito feliz em identificar a problemática presente na literatura brasileira, consistente em por vezes mobilizar um aparato teórico que

<sup>566</sup> Nesse sentido, ver Gustavo Badaró: “Princípio é o mandamento nuclear de um sistema. O princípio é a regra fundante que, normalmente, está fora do próprio sistema por ele regido” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.). Ver também Nestor Távora e Rosmar Alencar: “Princípio é, então, mandamento nuclear, alicerce do sistema, informador da aplicação de regras, vetor hermenêutico ou cânone interpretativo”. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2017, p. 260.).

<sup>567</sup> Ver FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-24. Em especial: “Das referências acima se pode perceber que, mais do que uma regra, o princípio jurídico é um mandamento estruturante, tendo em vista que seu conteúdo deverá ser observado por todo o ordenamento jurídico [...] Por intermédio dos princípios jurídicos é que se verificam os traços norteadores de uma determinada área do conhecimento jurídico.” (p. 20).

<sup>568</sup> Ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 30, p. 163-198, 1998, p. 163-165. Em especial: “Como é elementar, o estudo dos princípios gerais do Processo Penal é o que fornecerá a base para uma compreensão sistemática da matéria. A par de se poder pensar em princípio (do latim, principium) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui é conveniente pensá-lo(s) como motivo conceitual sobre o(s) qual(is) funda-se a teoria geral do processo penal, podendo estar positivado (na lei) ou não.” (p. 163).

<sup>569</sup> Ver a definição de Juarez Cirino dos Santos: “[...] os princípios são normas jurídicas de otimização (*optimierungsgebote*) das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: ICPC, 2012, p. 19).

simplesmente não se enquadra nas definições ulteriores adotadas.<sup>570</sup> E, uma vez mais, não se trata de ter uma definição ontologicamente *melhor* ou *pior*, mas, sim, de se adotar aquela que se adequa aos objetivos pretendidos e seja com eles coerente. Na próxima Seção explicaremos a adoção de um conceito específico, justificando a escolha realizada e, na sequência, dando os detalhes deste conceito escolhido.

#### 5.2.2.4 Definição adotada para princípio

Após a apresentação de diferentes interpretações acerca do debate de teoria geral do Direito sobre a extensão do conceito de princípios em um dado ordenamento jurídico, importa apresentar a definição adotada. Assim, vamos passar à justificativa e, após, ao detalhamento dos contornos teóricos propriamente ditos.

##### 5.2.2.4.1 Motivos para adoção deste conceito de princípio

Pelo que se pode notar, há uma diferença substantiva acerca das definições mobilizadas nos debates brasileiros por Ávila e Silva, em comparação com os doutrinadores brevemente apresentados nas linhas acima. Enquanto os primeiros procuram desenvolver uma teoria dos princípios lastreada nos debates internacionais de teoria do direito, os demais apresentam visões mais simplificadas, de caráter, por assim dizer, mais *instrumental* sobre as diferentes teorias. Em poucas palavras, a (chamada por Virgílio Afonso da Silva) *conceitualização tradicional*<sup>571</sup> à

---

<sup>570</sup> Como bem resume o autor: “A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. [...] Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma ‘tipologia de princípios’ – se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios – e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios – legalidade etc. –, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 613-614). Interessante notar que o texto, publicado no início dos anos 2000, faz um diagnóstico que, quase duas décadas depois, ainda pode ser notado da literatura que se debruça sobre o tema.

<sup>571</sup> *Ibid.*, p. 612-613. Em especial: “Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras.” (p. 613).

brasileira se utiliza da característica da fundamentalidade, principalmente, como algo definidor para a qualificação de uma dada norma jurídica como princípio.

O campo do processo penal, como um todo, tende a se utilizar de uma nomenclatura chamada como *tradicional*. Adotaremos uma definição dentro deste grande campo, de forma a não apenas ter uma conceituação coerente, como também melhor dialogar com um ramo de estudo que, de forma próxima à unânime, utiliza qualificações tradicionais. Não se tem o objetivo de remodelar a forma como os estudos em processo penal classificam os princípios gerais do campo ou aqueles aplicáveis especificamente à processualística penal. Mas, isto sim, propor uma renovação (com relevantes modificações) de um princípio aplicável à ação penal de iniciativa pública.

Sobre a inadequação das matrizes teóricas propostas por Ávila e Silva, poderíamos recorrer a outras justificativas, mas a abordagem empírica nos parece suficiente nesse momento. Um exemplo pode demonstrar muito bem a incompatibilidade de ambas as teorias originais da distinção entre princípios e regras quando da aplicação para o Direito Penal (em sua feição material ou instrumental): ainda que por razões ligeiramente diversas, o princípio da legalidade não é considerado como um princípio.<sup>572</sup> Esse é um indicativo da incompatibilidade de utilização de tais teorias, ao menos para os fins da presente Tese de Doutorado. Isso porque, pretendemos somar conceitos novos ao estoque de conhecimento existente num dado campo jurídico, e não temos a pretensão de refundar a teoria do processo penal segundo a teoria de princípios de tal ou qual autor.

Mais do que isso, entendemos que as explicações metodológicas estão solidamente firmadas e demonstradas. Estamos estabelecendo com rigor as premissas adotadas, para que as conclusões (em especial da obrigatoriedade residual elevada a um princípio da ação penal de iniciativa pública) sejam entendidas e aceitas pela comunidade acadêmica. Uma definição de princípio não é *ontologicamente* melhor ou pior do que a outra. Mas ela pode ser mais ou menos coerente, e melhor ou mais mal fundamentada. Buscamos, ao longo deste Capítulo, apresentar as definições para que cheguemos a algo bem fundamentado, justificado e metodologicamente bem orientado, cumprindo a função de se mostrar adequado para a atividade de interpretação.

---

<sup>572</sup> Ver ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001, p. 22 e SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 613-614. Independentemente das razões invocadas e da coerência em relação à teoria dos princípios adotada por cada um dos pensadores, resta evidenciada a sua incompatibilidade com o campo penal – seja em sua faceta material, seja na instrumental-processual.

Daí porque, na próxima Seção, apresentaremos em detalhes os contornos, com as características distintivas daquilo que consideramos como princípio para fins do presente trabalho, que está na literatura de José Joaquim Gomes Canotilho.<sup>573</sup> Concepção essa alinhada para os fins instrumentais de processo penal, que, numa linguagem assim chamada de tradicional, possui outros temperos trazidos pela sistematização que enriquecem as características a serem consideradas e singularizam aquilo que chamamos de princípio em comparação com uma regra.

Antes de expor as suas características, vale dizer o motivo da adoção de tal concepção teórica. Tal escolha envolve principalmente razões de densidade teórica e coerência lógica para interpretação do processo penal. Em termos de densidade, está fora de questão que a abordagem escolhida respeita esse critério, sendo uma leitura vertical sobre a natureza de cada um dos tipos de normas, com diferenciações relevantes. Mais do que isso, o aspecto teórico adere à realidade estudada, o que facilita a compreensão e aumenta a utilidade acadêmica da clivagem conceitual que se faz nesse momento.

Com relação a este último aspecto, inclusive, há conexão direta com a segunda razão para a sua adoção, vez que, para estudos num campo instrumental como é o processo penal, é de relevo adotar definições teóricas com boa aplicabilidade prática. E isso é justamente o que ocorre com os contornos teóricos que passaremos a apresentar, que possibilitam uma divisão tanto didática quanto útil para a compreensão do fenômeno aplicado ao terreno da processualística penal, e da ação penal em específico. Não por caso, inclusive, a conceituação de princípios e regras adotada é replicada, no todo ou em parte, pela doutrina estudada.

A seguir, portanto, apresentaremos o conceito adotado, o qual consideramos operativo para a melhor interpretação e aplicação do direito processual penal.

#### 5.2.2.4.2 Contornos conceituais da definição adotada de princípio

Diante da pluralidade de compreensões, temos de fazer a escolha acadêmica por um dado recorte. E isso foi feito com a definição teórica sistemática e coerente para os objetivos de um trabalho num ramo instrumental do direito, que é aquela apresentada por Joaquim José

---

<sup>573</sup> Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1190. Embora tenhamos baseado nossa análise pretérita na literatura produzida no Brasil, é fato que os textos deste autor são largamente utilizados. A identidade linguística, a semelhança entre ordenamentos de uma mesma matriz teórica e a importância do autor são elementos que explicam referido fenômeno. Ademais, a definição deste autor foi escolhida pela sua sólida sistematização e valor para utilização no campo instrumental.

Gomes Canotilho.<sup>574</sup> Não adotaremos a totalidade daquilo proposto pelo autor,<sup>575</sup> mas nos basearemos na sistematização realizada, bem como nas características gerais elencadas, para lastrear a forma de se conceber princípios. Essa será a base adotada, ou, na expressão anteriormente utilizada quando da explanação metodológica, a *premissa* sobre a qual nos basearemos para, *dedutivamente*, sustentar as diversas inferências e conclusões acadêmicas.

Para melhor organizar a exposição, dividiremos a apresentação conceitual em duas partes: primeiro, as características gerais que o autor atribuiu aos princípios. Na sequência, o rol de caracteres distintivos entre princípios e regras:

#### a) Características gerais dos princípios

Em termos de características gerais, há duas grandes discussões que Canotilho procura responder: se os princípios possuem uma feição retórica (argumentativa) ou se possuem efetivas normas de conduta, além de saber se a diferença das normas jurídicas (princípios e regra) é apenas de grau ou se há distinção qualitativa.

Sobre a primeira das perguntas, reconhece ele que ambas as funções podem ser apreendidas de princípios. Isso porque, de um lado, pode-se identificar um predicado argumentativo, no sentido de auxiliar na interpretação geral dos mecanismos de direito de um dado ordenamento jurídico e, de outro lado, também se identifica a função de integração e aplicação desses enunciados jurídicos.<sup>576</sup> Além disso, do ponto de vista da diferença entre os tipos de normas, notamos uma maior proximidade com a teorização de Alexy.<sup>577</sup> A principal

<sup>574</sup> Para a apreensão do conteúdo original veiculado pelo autor, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1190.

<sup>575</sup> Nesse sentido, por entendermos inaplicável e pouco útil aos fins do trabalho em processo penal, não entraremos nas distinções entre princípios apresentada pelo autor, notadamente a divisão em quatro categorias, que são princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. (*Ibid.*, p. 1164-1167.).

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 167. Em especial: “Relativamente ao primeiro problema, convém distinguir entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (cfr. infra, cap. 3, cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht*, analogia júris). [...] Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas de outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não cumprida (nos termos de *Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebelsky*), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.” (p. 1161).

<sup>577</sup> Ainda que Virgílio Afonso da Silva aponte diferenças relevantes entre as duas teorias, notadamente pelo fato de Canotilho possuir critérios mais elásticos para considerar uma norma como princípios, o que não ocorre com Alexy. Ver SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 613.



semelhança está na verificação de diferenças *qualitativas* entre princípios e regras.<sup>578</sup> Isso porque os princípios devem ser otimizados em sua situação concreta, o que permite variações, a depender das condicionantes fáticas e jurídicas. Os princípios, assim, podem coexistir, ainda que eventualmente entrem em conflito, variando o peso que adquirem no caso concreto, a partir sempre dos critérios de ponderação. Essa propriedade somente ocorre por conta da dimensão de peso que eles possuem, diferentemente das regras, que apenas possuem a dimensão da validade.

Vale, como nota final, apontar que Canotilho reconhece a inviabilidade de um sistema constituído apenas por regras, pois haveria limitada racionalidade prática, que deveria contar com uma completa produção legislativa para possibilitar a sua aplicação, assim como também não vislumbra viabilidade em um sistema exclusivamente de princípios, que falhariam em termos de segurança jurídica, com um grau de indeterminação muito grande oriundo das próprias normas, e com dificuldade de operacionalização e resolução prática de conflitos.<sup>579</sup> Assim,

[...] em virtude da sua 'referência' a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da 'justiça', da 'ideia de direito', dos 'fins de uma comunidade'), os princípios têm uma função normogenética e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite 'ligar' ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.<sup>580</sup>

Após essa categorização geral, passemos aos atributos mais específicos e identificáveis com os princípios:

#### b) características distintivas dos princípios e regras

Assim, nas próximas linhas apresentaremos cada uma das características individualmente consideradas, utilizando-nos, claro, da fonte original, mas também agregando aportes de outros autores, que explicam ou aprofundam o quanto estudado. Isso pois, conforme salientado, a adoção desta definição também se explica pela confluência em trabalhos de processo penal, nos quais a ação penal (com seu arcabouço principiológico) é apenas um dos aspectos estudados. Além do fato de a fonte original ter realizado uma compilação de predicados aptos a diferenciar os princípios das regras.

---

<sup>578</sup> Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161.

<sup>579</sup> *Ibid.*, p. 1162-1164.

<sup>580</sup> *Ibid.*, p. 1163.

De forma a organizar a exposição de suas características definidoras, temos os seguintes aspectos apontados por Canotilho: (i) elevado grau de abstração; (ii) menor determinabilidade; (iii) fundamentalidade; (iv) proximidade da ideia de direito; e (v) natureza jurídica de caráter normogênico.<sup>581</sup> Conforme explanado anteriormente, não iremos apenas seguir uma organização de ideias formulada pelo autor português, mas, sim usar sua sistematização como ponto de partida para ilustrar os principais elementos que perfazem o conceito de princípio em processo penal. Daí que, a partir da análise em torno dos critérios elencados por Canotilho, organizamos a construção teórica em três grupos de características definidoras, que são: (a) maior abstração, (b) fundamentalidade e (c) significativa influência em outras normas.

Dessa forma, tem-se, com relação à *abstração* identificada nos princípios, a existência de uma gradação mais elevada. Os princípios, embora tenham comandos em suas normativas, exteriorizam mandamentos genericamente mais abstratos, notadamente em sua comparação com as regras. Por esse motivo se afirma que não necessariamente exista uma aplicação automática, demandando maior mediação para que seus efeitos sejam sentidos.<sup>582</sup> Isso pode significar atuação do legislador ou de algum sujeito processual para o seu reconhecimento.

Sobre a ausência de imediatidade ainda, é de se recordar uma característica relevante dos princípios que é a resiliência em função de sua não aplicação, se colidente com outro princípio. Trata-se de um predicado que faz com que esse tipo de norma não funcione apenas no registro da validade ou invalidade do seu comando normativo. Podemos interpretar, ainda, que isso auxilia na compreensão de que a sua sistemática normativa permite com que ele regule uma gama de situações, e não um número único ou limitado delas, como é comum às regras.

Em relação ao segundo aspecto, da *fundamentalidade*, podemos afirmar que os princípios guardam uma relação de grande *importância* com um dado sistema jurídico. Há, nesse sentido, uma hierarquia que apresenta a maior importância desse tipo de norma em um ordenamento jurídico. Já foi apresentado que um sistema jurídico não se mostraria funcional se apenas composto por regras ou apenas composto por princípios, mas, na comparação entre esses dois tipos de norma, os princípios são tidos como aquelas de maior relevância.<sup>583</sup>

---

<sup>581</sup> Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1160.

<sup>582</sup> *Ibid.*, p. 1159-1160. Em especial: “Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.” (p. 1160).

<sup>583</sup> *Ibid.*, p. 1159-1160. Em especial: “Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).” (p. 1160).

Isso possivelmente ocorra por sua maior proximidade com a própria ideia de direito (ou justiça) que se tem,<sup>584</sup> além do fato de servir como guia interpretativo para situações que se coloquem. Não à toa, nossa doutrina em grande medida reconhece essa característica, de ser um *mandamento nuclear* ou fundamental, como a característica distintiva e definidora dos princípios em nosso sistema processual penal.<sup>585</sup>

Por fim, há o aspecto da *significativa influência em outras normas*. Esse aspecto é também central na descrição do papel dos princípios em um dado ordenamento jurídico. Elemento esse que está relacionado com a sua fundamentalidade, e não por outro motivo se vislumbra o seu papel de constituir a base de regras jurídicas no sistema jurídico considerado. Daí o nome de “normogenético”<sup>586</sup> por vezes mobilizado, significando ser essa a gênese de outras regras que operam seus efeitos, mais funcionais, naquele contexto.

### 5.2.3 Regras

Em vista da definição de princípio adotada para os fins do presente trabalho (ver Seção 5.2.2.4), explicitaremos nas linhas abaixo as principais características atinentes às *regras*. Muitas de suas características listadas são fruto de comparação com o já desenvolvido conceito de princípio, daí porque a leitura de todo o Capítulo confere uma visão mais sistematizada do quanto se adota aqui. Ainda, registramos que, em vista da grande digressão teórica realizada quando da definição de princípios – e que acaba por necessariamente tocar no tema das regras –, esta Seção terá uma exposição mais sucinta, até para se garantir que o trabalho não fique repetitivo.

Não realizaremos uma digressão sobre as origens da problemática e das características gerais, até porque isso já foi feito quando da longa definição de princípios. E, como princípios e regras funcionam como verso e reverso de um sistema de normas, consideramos que as principais premissas já foram devidamente trabalhadas. Daí porque, nas linhas que se seguem, abordaremos os três aspectos específicos que conferem as características vislumbradas das regras: (a) menor abstração (b) acessoriedade; e (c) menor influência em outras normas.

---

<sup>584</sup> Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

<sup>585</sup> Nesse sentido, exemplificativamente, ver LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 42-43. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 260. LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50-52.

<sup>586</sup> Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1159-1161. Em especial: “Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (p. 1161).

Primeiramente, no que toca ao critério de *abstração*, devemos sublinhar que o caráter das regras é, em geral, menos abstrato e, portanto, mais concreto do que o dos princípios.<sup>587</sup> Sua aplicação é, nesse sentido, mais direta e, por vezes, funcional em um dado ordenamento jurídico. Ainda, há que se mencionar aspecto derivado dessa construção que se refere ao elemento da validade – único parâmetro considerado para regras, vez que não se fala em peso ou em aplicação em maior ou menor grau desse tipo de norma jurídica. Assim sendo, não há qualquer possibilidade de acomodação, de serem aplicadas em um caso e não em outros, como é característica dos princípios. Sua validade num dado ordenamento jurídico implica sua aplicação ou seus efeitos serem sentidos nas situações em que regula.

Ainda, temos a característica que chamamos de *acessoriedade* que, em verdade, trata-se da oposição à assim chamada *fundamentalidade*, que é típica dos princípios. Com isso, fica marcado que as regras possuem uma hierarquia inferior àquela dos princípios, até porque são deles derivadas (decorrências), após o exercício interpretativo gerado pelas leis postas em um dado ordenamento jurídico. As regras, muito mais numerosas, expressam por vezes consequências de normas mais abstratas aplicadas a um cenário jurídico.

Por fim, podemos mencionar a natureza jurídica de *menor influência* em outras normas. Isso porque o sistema jurídico se estrutura de forma a possibilitar com que os princípios, por sua própria estrutura normativa, exerçam essa função.<sup>588</sup> Às regras cabe operar determinados efeitos em um dado ordenamento jurídico, tendo uma maior funcionalidade para fazer realizar efeitos mais abstratamente previstos.

Explanado em detalhe o arcabouço teórico em que nos baseamos, sigamos para as inferências que dão corpo para a presente Tese, em especial a apresentação do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública.

---

<sup>587</sup> Ver LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50-51. Em especial: “Os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras têm grau relativamente baixo de generalidade. Os princípios são normas mais genéricas, certamente por possuírem um grau de abstração relativamente elevado, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida. Generalidade e abstração indicam uma outra distinção usual, que se faz com base no critério da determinabilidade na aplicação do caso concreto. Por serem normas mais densas, os princípios carregam uma maior indeterminação e, por esse motivo, precisam de mediações concretizadoras, advindas do legislador, ou do próprio juiz; já as regras, caracterizadas como normas dotadas de menor densidade, por isso menos imprecisas, são suscetíveis de aplicação imediata.” (p. 51).

<sup>588</sup> *Ibid.*, p. 50-51. Em especial: “Os princípios são fundamentos de regras, vale dizer, são normas que constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (p. 51).

### 5.3 CONTORNOS TEÓRICOS DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA

Bem estabelecidas as premissas teóricas que serão utilizadas, apresentaremos na sequência o conceito do *princípio da obrigatoriedade residual* da ação penal de iniciativa pública, com as devidas justificativas e consequências teóricas.

Da forma como temos colocado, a obrigatoriedade residual há de ser entendida como um princípio estruturante de nosso processo penal. Isso porque se trata de uma norma que pauta o modo de agir das autoridades públicas na persecução penal, no sentido de, na forma da lei, *obrigatoriamente* impulsionar o feito adiante, seja com soluções consensuais, seja com as disputadas. Se esse dever é, num primeiro momento, observado pelo membro do órgão acusatório, há também relevante papel, só que de controle, exercido pelo membro do Poder Judiciário, responsável legal por zelar pela sua (necessária) observância.

O caráter da *residualidade* é essencial nesse aspecto, pois acaba por deixar claro que, embora haja uma gama de saídas jurídicas à mesma persecução penal, a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública opera seus efeitos em todas elas, tanto numa posição primária quanto numa outra, de alternativa subsidiária (ou consequente). Com isso, resta claro que não se trata de uma regra na forma da definição classicamente apresentada, qual seja, de um enunciado que simplesmente é ou não é aplicado, numa feição de *tudo ou nada*. Tal princípio opera seus regulares efeitos, ainda que sejam distintas as soluções, previstas em lei, para o (mandatório) prosseguimento da persecução penal.

A afirmação do princípio da obrigatoriedade residual não retira do órgão acusatório o poder de interpretação acerca das situações fáticas. Tampouco se esvazia o espaço decisório do titular da ação penal segundo o arranjo institucional hoje existente.<sup>589</sup> O que se defende é que

---

<sup>589</sup> Em sentido contrário ao afirmado, defendendo que a obrigatoriedade retira poderes do Ministério Público, ver SUXBERGER Antônio Henrique. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de Justiça Criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, v. 34, p. 35-50, 2017, p. 41-42. Referido autor acaba por associar a obrigatoriedade com a retirada do reconhecimento do poder interpretativo e decisório do membro do órgão acusatório. Embora discordemos de tal leitura, vale mencionar esse ponto de vista de maneira expressa, como se vê no seguinte trecho: “É o que ocorre quando se pontifica normativamente a obrigatoriedade da ação penal como dogma no direito pátrio. A afirmação de que a obrigatoriedade deriva da modelagem acusatória e que se apresenta como resposta única compatível com o postulado democrático incorre justamente nesse equívoco próprio do jurista. Ao se afirmar que, normativamente, os órgãos de persecução penal, em particular o Ministério Público, não dispõem de um espaço decisório na formalização da decisão em favor do exercício da ação penal em juízo, tem-se em contrapartida uma negação da funcionalidade do exercício da titularidade da ação penal. É dizer: se o Ministério Público titulariza o exercício do direito de ação em juízo e o faz com exclusividade nos crimes de ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição da República) (Brasil, 1988), a afirmação de que essa atribuição se realiza necessária e automaticamente em todas as situações nega o espaço decisório que,

não há espaço normativo para a simples negativa de prosseguimento na persecução penal por mera liberalidade do membro do Ministério Público. O impulsionamento da persecução criminal é obrigatório, seja por meio da via consensual, em regra precedente, seja pela via conflitiva. E tal dinâmica, como resta claro do até então exposto, é controlada pelo Poder Judiciário.

Nas próximas linhas, esmiuçaremos os contornos do conceito do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública.

### 5.3.1 Definição conceitual: o princípio da obrigatoriedade residual

Os diferentes diagnósticos acerca da insuficiência do conceito de obrigatoriedade *pura* da ação penal de iniciativa pública foram, em maior ou menor medida, incorporados para a proposição do princípio da obrigatoriedade residual. A direção da persecução penal é (re)afirmada como uma só, não se submetendo a um juízo de mera liberalidade do membro do Ministério Público. O que pode e irá variar, a depender da situação concreta, é a forma de se realizar referida atividade estatal, a qual geralmente é precedida por uma saída consensual para, apenas após superada essa fase (com a sua devida realização ou justificativa legal para a negativa), ser mobilizada a via conflitiva do processo penal.

A ausência de controle da atuação funcional não é inerente à afirmação do princípio da obrigatoriedade<sup>590</sup> (residual ou não). Referido princípio enuncia uma estruturação institucional que se espraia por todo o sistema processual penal e indica uma forma de atuação estatal em face de fatos potencialmente delitivos. A forma como o controle dos membros das instituições se dará na subsunção e aplicação das diretrizes normativas existentes é uma questão apartada. E, da interpretação das normas jurídicas pátrias, resta claro que existe controle da aplicação da

---

funcionalmente, o Ministério Público exerce. O exercício da atribuição do Ministério Público materializa de modo incontornável um espaço de decisão.” (p. 42).

<sup>590</sup> Nesse sentido, do qual discordamos, ver SUXBERGER Antônio Henrique. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de Justiça Criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, v. 34, p. 35-50, 2017, p. 46-47. Em especial: “O problema, pois, não está no instituto em si, até porque a imposição da obrigatoriedade parece alimentar uma falsa expectativa de que a persecução penal seja efetivamente promovida em todos os casos que reúnem (ou deveriam reunir) razão suficiente para a judicialização de uma imputação penal. A questão refere-se ao “como” do exercício da ação penal, isto é, às balizas, às diretrizes e aos limites de seu exercício, bem assim ao arranjo institucional de controle, accountability e confiança no exercício desse imperativo funcional e institucional. [...] Essa compreensão decorre da inafastável conclusão de que a obrigatoriedade da ação penal, tal como afirmada de modo abstrato e genérico na legislação processual penal, incorre numa impossibilidade institucional. E, o que é mais grave, fomenta um espaço decisório invisível e livre de instrumentos de controle.” (p. 46-47).

obrigatoriedade nos casos concretos, seja o controle hierárquico realizado pelo órgão de sobreposição do próprio Ministério Público, seja o controle judicial.

Mesmo para aqueles críticos à introdução dos mecanismos consensuais no ordenamento jurídico brasileiro, é fato que eles são hoje uma realidade em nosso cenário processual. Mais do que isso, há mais indicativos de sua expansão do que de sua retração para a constituição de um sistema estritamente conflitivo, como já existiu no Brasil até a Lei dos Juizados Especiais. Assim, há que se estabelecer premissas e conceitos que dialoguem com a nova identidade existente,<sup>591</sup> vez que mesmo institutos de evidente inspiração internacional necessitam de mediações para serem incorporados a um sistema processual que possui princípios e regras próprios.

A proposição do conceito do princípio da *obrigatoriedade residual* não envolve descartar tudo o que vem associado ao (por muito tempo consagrado) princípio da obrigatoriedade (puro), mas, sim, *adequar* a sua sistemática àquilo que pode ser empírica e analiticamente observado no ordenamento jurídico que se estuda. Ou seja, a constatação da permanência de um conceito agasalhado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias por tantos anos indica a existência de ganhos analíticos, que não serão simplesmente descartados, mas, sim, confrontados com os achados da presente pesquisa para a realização das novas proposições teóricas.

No momento em que o trabalho é escrito, em que fica clara a convivência do nosso tradicional sistema estritamente disputado com as vias consensuais em franca expansão, a importância de entendermos a persecução penal como um todo reclama a uniformização de determinados marcos teóricos. Pelas insuficiências já descritas, resta justificada a necessidade de uma categorização cuidadosa para que tenhamos o almejado ganho analítico-interpretativo, sem perder aquilo de mais relevante que pôde ser apreendido de nossa literatura em relação à tradicional obrigatoriedade.

E, nesse sentido, importa sublinhar que a ideia mais central contida no princípio da obrigatoriedade (puro) descrito nos diferentes estudos acadêmicos permanece intocada em

---

<sup>591</sup> Ainda que com posicionamento bastante crítico à existência de barganha no processo penal brasileiro, aponta Vinicius Vasconcellos: “Diante disso, surgem inúmeros problemas relacionados à importação de institutos em direito comparado, especialmente diante das características, das premissas e dos princípios reitores que estruturam cada sistema processual dos campos jurídico-penais dos países em análise. [...] Portanto, a importação de um mecanismo negocial como a barganha penal, com a possibilidade de imposição de sanções penais como a prisão sem o devido transcorrer do processo, precisa ser adaptada às premissas da dogmática processual penal brasileira e aos direitos e às garantias constitucionais assentados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020, p. 171.).

nossa proposição teórica: a impossibilidade de se determinar o arquivamento da persecução penal (ou sua desistência, a depender do momento processual), por motivos de mera conveniência do órgão acusador. Ou seja, embora se reconheça a existência institucionalizada por leis formais de mais *espaços de escolhas* para o membro do Ministério Público, em diversas fases do processo penal, o caminho a ser seguido não será jamais determinado por motivos de conveniência pura e simples. Há um direcionamento que se irradia do referido princípio, em toda e qualquer fase da persecução penal, que é o de seu necessário impulsionamento.

As saídas consensuais ampliaram as vias de agir do órgão acusatório na persecução penal. A depender das circunstâncias fáticas e do momento processual, deve-se decidir em torno da possibilidade de aplicação dos mecanismos consensuais (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal ou acordo de imunidade processual na colaboração premiada) ou da continuação do meio disputado de persecução estatal. Ainda assim, urge destacar que as possibilidades de escolha não facultam uma atuação do Ministério Público por mera liberalidade, sem considerar as específicas e vinculantes balizas contidas em leis.

É possível que aí resida o maior legado do conceito contido no princípio da obrigatoriedade puro da ação penal, que está em se reconhecer a necessidade de atuação dos membros do órgão acusatório dentro dos preceitos e marcos específicos estabelecidos pelas leis processuais de regência.<sup>592</sup> Disso deriva o preceito de que não há espaço para juízos de mera liberalidade ou conveniência por parte do Ministério Público, adstrito que está ao quanto previsto na legislação formal. A pluralidade de vias que foram sendo construídas desde a possibilidade prevista na Constituição de 1988, até as leis serem efetivamente promulgadas ao longo dos anos, não significou espaço de decisão sem parâmetros concretos estabelecidos. Parâmetros esses que devem ser seguidos de forma mandatória pelos operadores do direito estatais, os quais possuem atuação vinculada.

As hipóteses de transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal são fortemente reguladas. Em um grau um pouco menor, com a presença de mais critérios subjetivos do que seus congêneres, o acordo de imunidade processual na colaboração premiada também é suficientemente regulado. Em tais casos, verifica-se um

---

<sup>592</sup> Retomando a discussão contida na Seção 3.2.2.1.2: por essa razão, inclusive, a frequente associação do conceito de obrigatoriedade com aquele de legalidade. Como se viu, entretanto, essa aproximação não é precisa porque as leis formais hoje existentes explicitamente determinam vias de persecução (aqui chamadas de *consensuais*) que afastam a obrigação da propositura da ação penal em nome de saída distinta.



verdadeiro *dever de agir* do órgão acusatório, acaso presentes os requisitos previstos em lei para a adoção da via consensual, havendo espaço apenas para a interpretação acerca do enquadramento das situações de fato à moldura normativa. Não há sinal de algo próximo de uma *discricionariedade* dos agentes de Estado.

De forma geral, e no que interessa ao estabelecimento de balizas teóricas para a compreensão da ação penal de iniciativa pública, podemos afirmar que a lei estabelece critérios que devem ser considerados na atuação ministerial e, em nenhum caso, há a indicação de permissão de razões de liberalidade, conveniência ou política criminal que justifiquem o não prosseguimento da persecução penal. Há, por certo, uma maior gama de possibilidades de atuação do órgão acusatório, dentro da convivência de dois modelos epistemicamente distintos de persecução penal, que são a via disputada e a via consensual.

Não há, entretanto, espaço de indeterminação em que o membro do MP possa adotar as soluções que lhe convier, pois a posição estatal a ser adotada está estabelecida pelo conjunto das leis formais sobre o tema, as quais possuem disposições (em regra) *objetivas* acerca da via de solução do conflito penal a ser mobilizada no caso concreto. E mesmo as disposições mais *subjetivas*<sup>593</sup> não se prestam a justificar toda e qualquer medida, o que significa dizer que também são objeto de controle. Controle esse exercido pelos órgãos de sobreposição do Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, a depender do caso.

E é justamente a partir de tais constatações que nos afastamos do conceito de obrigatoriedade puro da ação penal. Não há precisão teórica em se afirmar a existência de tal princípio em nosso ordenamento jurídico quando ele claramente não mais se aplica à realidade estudada, conforme vaticinou corretamente o diagnóstico acerca da mitigação da obrigatoriedade. Conforme fartamente analisado, para se justificar e buscar conferir alguma coerência interna à manutenção da já inoperante obrigatoriedade (pura), o tal princípio vinha acompanhado de cada vez mais exceções. E exceções essas oriundas de circunstâncias em que não se poderia falar em colisão entre diferentes princípios, mas, sim, de *regras* novas, instituídas pelas novas leis, que tornaram obsoleto o então princípio vigente. A proposição clássica em matéria processual penal de que, havendo indícios de autoria e materialidade delitivas, deveria ser oferecida a pertinente denúncia criminal, há de ser revista para estabelecermos uma leitura mais completa do fenômeno processual penal como hoje se estrutura.

---

<sup>593</sup> Para a diferenciação e classificação dos critérios chamados de objetivos e subjetivos, tratamos da aplicação concreta dos institutos de consenso na Seção 6.3 do Capítulo subsequente.

No ordenamento jurídico que vigia até a Constituição de 1988 era intocável a referida afirmação de que, havendo elementos suficientes de informação no sentido de se caracterizar a presença da justa causa, seria obrigado o órgão acusatório a proceder à persecução penal por meio do regular oferecimento da denúncia. Diante, porém, do atual quadro normativo, bem como da coexistência da (então absoluta) via disputada com a via consensual em franca expansão, podemos afirmar que, havendo os referidos elementos de informação, deve o órgão acusatório proceder à persecução penal pela avaliação do cabimento das hipóteses consensuais ao caso concreto e, não cabendo ou, por outro motivo, não se estabelecendo o acordo, deve, aí sim, oferecer a denúncia criminal.

Pelo que se observa, não é singela a diferença que se pretende estabelecer no presente trabalho. No primeiro caso, a via conflitiva reinava como *a única* solução existente, se verificada a justa causa para a persecução penal, devendo resultar no oferecimento da denúncia criminal em face do sujeito imputado. Entretanto, no atual cenário, de convivência de dois modelos distintos de solução do conflito penal, reconhecemos uma pluralidade de soluções, a depender do contexto fático e do momento processual a ser considerado, que devem ser todas abarcadas em um modelo teórico descritivo de tal realidade.

O processo penal brasileiro passa a não mais ser visto como uma via única, conflitiva, constituída por diferentes momentos de ininterrupta contraposição de posições das partes envolvidas para que, ao final, seja eventualmente estabelecida a culpa do imputado pelo Estado e, por isso, aplicadas as sanções penais. As leis brasileiras se estruturaram de tal forma que esse modelo é ladeado por outro, em que as partes desistem de sustentar suas posições antagônicas em determinados momentos para, nesses delimitados espaços de consenso, chegarem à concordância sobre a aplicação de sanções a serem homologadas em juízo sem, contudo, formal estabelecimento de culpa pelo Estado.

Nesse contexto que a conceituação do *princípio da obrigatoriedade residual* ganha força explicativa relevante e, por isso, é proposta nesta Tese de Doutorado. Em nossa visão, esse conceito consegue harmonizar devidamente a convivência dessas duas vias epistemicamente distintas que estão presentes em nosso ordenamento jurídico. Pelo que se verifica, a persecução penal consagrada pela propositura da ação penal por meio do oferecimento da denúncia não é mais o inevitável caminho a ser percorrido, vez que há leis que determinam a adoção de outros caminhos (ou saídas), de mandatória verificação pelo órgão acusatório.

Ainda, o *nomen juris* da *obrigatoriedade* foi (em parte) aproveitado para a proposição conceitual desta Tese por uma série de razões. Primeiro, porque os efeitos do princípio original

seguem operando em grande medida (conforme demonstraremos em detalhes na Seção 5.3.2.2). Segundo, porque o aproveitamento em parte se deve ao fato de não se poder, após décadas de uso de uma expressão consagrada na literatura (não apenas nacionalmente), dar novo significado ao conceito da obrigatoriedade. Por isso, ao invés de se utilizar do exato mesmo nome ou de um nome arbitrário e distinto,<sup>594</sup> optou-se por adjetivar um conceito antes existente, criando algo a partir dele, mas mantendo seu título, em reconhecimento aos seus méritos explicativos. Terceiro, porque não há qualquer tipo de *oportunidade* ou *discricionariedade* em nosso ordenamento jurídico capaz de justificar um “princípio” com esse nome. Não existe um conjunto de normas ou outro indicativo em nosso sistema processual que sustente a existência de tal princípio para coexistir com a obrigatoriedade em dadas situações (em especial, quando mobilizados os mecanismos de consenso).

A consensualidade, como parece inegável a esta altura, afeta o princípio da obrigatoriedade (puro) em seu cerne, na medida em que a solução disputada (ou conflitiva) não é *a única*, sendo suplantada pelas vias consensuais quando as hipóteses previstas em lei são verificadas. De toda sorte, não sendo entabulados os acordos, é a persecução penal pela via disputada a solução obrigatória a ser adotada. Daí a denominação original escolhida para o conceito que se apresenta: *residual*. O processo penal se estrutura de tal forma que segue a sua marcha pela gama de alternativas e caminhos de consenso existentes, mas que, acaso superados, retorna à via obrigatória e disputada existente, consagrada pelo oferecimento da denúncia (e demais atos consequentes). Em todos os casos, entretanto, o efeito de se impulsionar a persecução penal de forma mandatória se irradia, variando apenas a forma de sua realização. Consagra-se, assim, em um só conceito, os dois modos de solução do conflito de índole criminal.

Para fins de arrematar a complexa definição conceitual que se desenha, dedicamos o próximo tópico a esmiuçar a adjetivação proposta ao princípio da obrigatoriedade, isto é, o seu caráter *residual*.

---

<sup>594</sup> Fazemos uma crítica, uma vez mais, à mobilização de *nomen juris* de conceitos que não guardam relação com nossa tradição jurídica e, por isso, continham capacidade explicativa baixa, como *oportunidade regrada*, *discricionariedade regulada* e outras variações sobre esses nomes.

### 5.3.1.1 Significado da residualidade

A característica da residualidade é fundamental de ser entendida e é justamente o ponto que diferencia a proposição conceitual atual daquela (amplamente criticada) do princípio da obrigatoriedade (puro).

Como uma discussão teórica depende diretamente da *linguagem* e de como a utilizamos para buscar expor uma ideia complexa, utilizaremos da definição linguística de dicionário para auxiliar a construção acadêmica e lastrear a escolha por uma adjetivação polissêmica para o conceito proposto. Isso porque mobilizamos duas das definições presentes na língua portuguesa para explicar e justificar a escolha de tal adjetivo para qualificar (adjetivar) a obrigatoriedade. A primeira delas é a principal e mais consagrada, que significa “*que resta; restante*”, e, a segunda, em paralelo a essa, é a do sentido figurado, significando “*o âmago ou o fundo de uma questão*”.<sup>595</sup>

Sobre o primeiro significado morfológico de *resíduo* utilizado para integrar o conceito jurídico que se apresenta, temos o sentido semântico mais conhecido da expressão, que é de exprimir justamente aquilo que resta. No sentido do processo penal, seria a ideia de expressar que a obrigatoriedade *restante* ainda é observada na persecução penal. Explicando: a obrigatoriedade inicialmente concebida (de abarcar todo e qualquer caso com a presença dos elementos de informação da justa causa) não mais se verifica. Num cenário de mudanças do panorama original, indícios suficientes de materialidade e autoria delitivas não mais implicam o necessário aviamento da exordial acusatória, tendo dado lugar ao oferecimento de alguma das hipóteses antecedentes de acordos processuais. De todo modo, superada a hipótese de consenso, (ainda) resta a saída disputada, simbolizada pelo oferecimento da denúncia criminal.

Nesse primeiro sentido da palavra que adjetiva o conceito jurídico, portanto, a *residualidade* implica o reconhecimento de que ainda resta a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. Mesmo com hipóteses antecedentes, que por vezes possam suplantam por completo o seu sentido original em um dado caso concreto (resolução pela via consensual, por meio do entabulamento de um acordo processual), parte do sentido jurídico da primeira obrigatoriedade restaria ainda preservado. Pois se, a qualquer tempo, inclusive na própria fase de execução de uma sanção estabelecida no bojo de um acordo processual, não se

---

<sup>595</sup> Por sua relevância, e mesmo já tendo apresentado essas definições morfológicas retiradas do Dicionário Michaelis online, colacionamos novamente a referência formal. RESIDUAL. In: DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa online. São Paulo: Melhoramentos, c2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=res%C3%ADduo>. Acesso em: 19 jun. 2022.

perfectibilizarem as hipóteses consensuais, será mobilizada a via disputada, que tem na obrigatoriedade, em sua acepção mais clássica, o seu motor de lançamento.

Sobre o segundo significado de resíduo, temos um sentido semântico menos conhecido, mas nem por isso sem importância para qualificar o conceito jurídico ora proposto. O significado adotado é aquele de *âmago* (ou fundo) de uma determinada questão. É justamente nesse ponto que se manifesta uma segunda característica da definição teórica que se apresenta. A ideia da obrigatoriedade se faz presente mesmo naqueles momentos em que os seus efeitos originalmente previstos não se manifestam, estando no fundo, mas ainda irradiando seus efeitos. E essa presença se mostra na forma de *impulsioneamento* da persecução penal, ou melhor, na necessidade (imperatividade) de mover o processamento estatal em face de um delito.

O espírito que integra a obrigatoriedade em sua acepção mais clássica é aquele de, sempre, diante dos elementos configuradores da justa causa, proceder-se à persecução penal estatal por meio do oferecimento da denúncia. Tal cenário foi modificado, pois a solução jurídica foi mudada. O caminho para a solução do conflito penal foi (e segue sendo) alterado. Entretanto, a forma de se proceder, o sentido maior por detrás das ações dos membros do Estado se mantém intacto: *o caráter mandatório da persecução penal*. É dizer, o âmago que inspirou a obrigatoriedade segue presente em sua faceta da residualidade. Os efeitos de uma persecução penal necessária, como propalados pelo princípio da obrigatoriedade residual, encontram-se presentes. Houve uma mudança significativa na forma de se fazer isso. Mas o *caldo cultural* de fundo se mantém.

Em apertado resumo, podemos afirmar que o sentido clássico de obrigatoriedade é mantido, significando a necessidade do impulsioneamento da persecução penal por meio da propositura da pertinente ação penal de iniciativa pública. Porém, seu caráter é *residual* justamente por haver outras regras em nosso ordenamento jurídico com a previsão de saídas consensuais, antecedentes, que se antecipam à solução disputada consagrada. Ainda, a residualidade se manifesta no fato de os efeitos do princípio da obrigatoriedade se espriarem pela persecução penal, mesmo quando a solução adotada não for aquela disputada. Com isso, resta clarificada a definição conceitual, que tem o fito de harmonizar (ou compatibilizar) diferentes modos de solução do conflito penal.

### *5.3.1.2 Diferença entre a obrigatoriedade residual e a mitigação da obrigatoriedade*

O diagnóstico acerca da mitigação da obrigatoriedade já é consolidado em nossa literatura. Referida leitura data de algumas décadas, tendo como início as discussões que se seguiram à promulgação da Lei dos Juizados Especiais. A partir daquele momento, restou claro que o princípio da obrigatoriedade, na acepção que se tinha até então, não mais poderia ser mobilizado para explicar com completude o ordenamento jurídico brasileiro. Reunidos os elementos suficientes que indicassem autoria e materialidade delitivas, não era mais inexorável a saída representada pelo oferecimento da denúncia criminal. Estava, assim, sacramentado o fim do monopólio da lógica da disputa como solução criminal. Havia a necessidade de se considerar as saídas consensuais.

Tal diagnóstico de uma obrigatoriedade mitigada apenas se reforçou com o passar dos anos. O reconhecimento da constitucionalidade da transação penal e da suspensão condicional do processo, assim como o aumento de hipóteses de consenso, fez com que o diagnóstico fosse (re)afirmado pela realidade. Aquela obrigatoriedade que por tanto tempo operou seus efeitos, e oriunda de um caldo de cultura processual, não mais demonstrava a sua antiga aderência à realidade. Não temos qualquer reparo ao consolidado diagnóstico, mas apenas registramos que ele é limitado em suas conclusões.

Tal afirmação é feita por tal construção teórica se furtar em compatibilizar a lógica do consenso com aquela da disputa. É fato que os mecanismos de consenso não são ignorados, tanto que a obrigatoriedade em sua acepção pura é por eles mitigada. Porém, a principal insuficiência consiste em ignorar a necessária comunicação existente entre as lógicas do consenso e da disputa em âmbito criminal. E esse passo seria fundamental para solidificar alguma proposta teórica decorrente do (correto) diagnóstico realizado. Isso porque um traço marcante da feição consensual é a sua convivência com a lógica da disputa. No caso brasileiro, há as saídas consensuais antecedentes, as quais, não conformadas por quaisquer motivos, resultam na necessária mobilização dos mecanismos de disputa. A intersecção entre as duas realidades é condição necessária não apenas para compreender o consenso, mas, considerando-se que ele é parte constitutiva da persecução penal, do próprio sistema processual como um todo.

Se tal passo teórico não foi percorrido pela conceituação da obrigatoriedade mitigada, propomos percorrer tal itinerário neste momento, por meio da descrita conceituação do princípio da obrigatoriedade residual. Nesse sentido, portanto, a obrigatoriedade residual não nega os méritos e alcance do diagnóstico anterior, mas procura a ele se somar, com uma

proposição original e mais completa acerca da interpretação de nosso ordenamento jurídico. A necessária compatibilização entre os mundos do consenso e da disputa é um mérito da obrigatoriedade residual, assim como a proposição de uma conceituação que explique, com harmonia, a forma como a persecução penal se organiza, na coexistência de modos tão díspares de se resolver um conflito criminal.

### **5.3.2 Significado da obrigatoriedade residual como um princípio da ação penal de iniciativa pública**

Tomando como base as premissas teóricas desenvolvidas, e pelo que restou claro de seu desenvolvimento teórico, estamos qualificando a obrigatoriedade residual como um *princípio*. Nas próximas duas Seções, explicitaremos a justificativa teórica para tal opção, assim como as decorrências para outras *regras* em virtude das características imanescentes a um princípio.

Antes disso, porém, vale o registro, uma vez mais, da relevância da afirmação da obrigatoriedade (residual) como um princípio. Isso porque, mesmo no cenário do enfraquecimento da capacidade explicativa do conceito primevo, entendemos como precipitado o seu descarte, ainda mais diante do suposto choque com outros princípios. Isso porque, mesmo com *regras* que previram cada vez mais saídas consensuais em nosso ordenamento, nunca houve uma mudança de caráter principiológico (e profundo) para se sustentar a existência de um princípio da discricionariedade ou da oportunidade. E fazemos tal afirmação no sentido daquilo que definimos como princípio, principalmente no aspecto da generalidade de um comando de maior liberdade no trato da persecução penal, assim como na capacidade de influenciar outras normas jurídicas. Nunca houve conflito entre princípios distintos na ação penal, mas, sim, um diagnóstico de que a formatação do princípio da obrigatoriedade (puro) estava defasado. Mas, ainda assim, dificilmente era ele descartado por completo, pois o consenso foi introduzido no país tendo como base nossa cultura jurídica, que muito bebia, em termos de ação penal de iniciativa pública, desse mesmo princípio da obrigatoriedade.

Em nenhum cenário que se considere, de todas as mudanças experimentadas na legislação nos últimos anos, houve uma ampla liberdade de atuação por parte do membro do Ministério Público. Em qualquer contexto considerado, deve ele observar regras delimitadas para impulsionar a persecução penal, sendo que a única variação facultada foi a forma de se fazer isso: pela via consensual, antecedente, ou pela via disputada, num ato subsequente. Não

existe um cenário em que, no lugar dessa efetiva obrigatoriedade, coloca-se com força um *poder discricionário* de se agir da forma que o membro do Estado considerar melhor pelas suas razões mais íntimas. Os comandos de lei são mandatórios e devem ser observados pelo representante do órgão acusatório. E tais ditames são sujeitos a controle (quer do órgão hierárquico do MP, quer do Poder Judiciário).

Por essas razões que se sustenta a apresentação do princípio da obrigatoriedade residual. Por ser essa uma norma relevante na ação penal de iniciativa pública, que guia todo o sentido de sua interpretação e, por consequência, aplicação. Como se nota, temos um autêntico princípio, no sentido que buscamos definir neste trabalho, com base na literatura apresentada. Um princípio que externa *valores* relevantes para o ordenamento jurídico, em especial no aspecto processual-penal. Mais do que isso, seus efeitos não são derogados a depender do caso que se esteja analisando, como se tivéssemos diversos princípios de mesma natureza convivendo para a mesma situação. Temos, em verdade, uma norma com abstração suficiente, bem como com relevante poder normativo, capaz de regular as relações necessárias para se consagrar a persecução penal.

Assim, passemos às características da obrigatoriedade residual que a identificam a um princípio e, na sequência, ao exame das regras dela decorrentes.

### ***5.3.2.1 Características que identificam a obrigatoriedade residual a um princípio***

Com base no adotado conceito de princípio, analisaremos uma a uma as suas características definidoras, para buscar demonstrar o porquê de considerarmos a obrigatoriedade residual como um princípio da ação penal de iniciativa pública. Os parâmetros que serão utilizados nas linhas seguintes são: (a) maior abstração, (b) fundamentalidade e (c) significativa influência em outras normas.

Com relação ao primeiro de seus aspectos, isto é, à maior *abstração*, é fato que a obrigatoriedade residual possui razoável abrangência, tendo seus efeitos sentidos na persecução penal desde as suas fases mais elementares, da investigação preliminar, até o momento derradeiro, isto é, da resposta estatal a um evento tido como delitivo – que pode se dar pela perfectibilização de um acordo processual, com sanções anuídas pelas partes, ou da imposição de uma pena propriamente dita, após a instrução processual completa.

O princípio assim considerado unifica o sistema interpretativo por meio de mandamentos gerais, irradiando os seus efeitos para os demais âmbitos do processo penal. Tem-se, assim, uma norma jurídica que resvala em todas as questões atinentes à ação penal de



iniciativa pública. Trata-se de princípio que se aplica à persecução penal e a orienta, inclusive desde antes da ação penal propriamente dita, incidindo sobre as fases preliminares, seja de investigação policial, ou mesmo de procedimento próprio conduzido pelo próprio órgão acusatório.

A grande força propulsora oriunda do referido princípio está na necessidade do impulsionamento da persecução penal diante de indícios suficientes de autoria e materialidade de uma certa conduta (verificação da justa causa). Característica essa que não se cinge a uma situação específica, de aplicação una e imediata, mas ao conjunto de situações que se vislumbra na persecução criminal estatal. E isso independe da fase da referida persecução e, mais, da forma com que a dada solução é materializada.

Embora irradie seus efeitos para um conjunto de situações na persecução penal, conforme acabamos de indicar, o princípio da obrigatoriedade residual não possui previsão clara em um dispositivo normativo apenas. Ao contrário, é previsto a partir da leitura de um conjunto de normas jurídicas de caráter processual penal e merece um *exercício hermenêutico* para ser reconhecido como tal. Essa sua característica, inclusive, fez com que sua vigência fosse por vezes negada, sob a pecha de inexistir normativa clara que o amparasse.

Em vista justamente da característica de menor determinabilidade que existiu uma forte construção doutrinária para sedimentar o princípio da obrigatoriedade no cenário jurídico pré-Constituição de 1988. Com a nova ordem constitucional, embora o sistema processual penal tenha mantido muitas de suas características fundantes, houve como grande novidade a abertura à consensualidade no processo penal. Com isso, o então consagrado princípio foi confrontado com um novo conjunto de normas jurídicas e, na sua acepção pura originária, não mais respondia à sua função de luz interpretativa. A obrigatoriedade residual é uma síntese da construção doutrinária que o consagrou, com as inovações legislativas trazidas ao longo dos anos. E, nesse caminho, sua determinação segue advindo de uma interpretação mais sistemática, a partir de uma análise dedutiva de nosso ordenamento jurídico como um todo, de forma a compreender o sentido a ser dado à ação penal de iniciativa pública.

E é nesse ponto que se apresenta a grande diferença para o tradicional princípio da obrigatoriedade “puro”, então consagrado em nossa doutrina antes de todas as profundas modificações pelas quais passou o nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988. A solução disputada, por meio do estabelecimento de culpa pelo Estado para a conseqüente imposição de uma pena, não é mais a única saída prevista para a resolução do conflito criminal na sociedade.

Daí o caráter de *residualidade*, que orienta a aplicação da norma, mas não determina necessariamente que seja intentada a ação penal de iniciativa pública, como ocorria até então. A persecução penal pode (e deve) ser impulsionada de outras formas, aqui qualificadas de consensuais, quando a lei (por meio de *regras*) assim o determinar. E, assim o fazendo, é alterada a forma de se chegar a um dado resultado, mas não se modifica a substância de impulsionamento da persecução penal e de busca da garantia de igualdade com tratamento isonômico para todas as semelhantes situações que chegarem à esfera de conhecimento dos agentes de Estado com competência criminal.

Característica seguinte a ser apreendida da análise de um princípio diz respeito à sua *fundamentalidade* em um dado sistema jurídico. Para os fins do presente trabalho, estamos estudando a importância de um princípio jurídico no universo de um ramo do saber, que é o processo penal, e mais especificamente em um de seus aspectos específicos, de centralidade ímpar no campo, que é a ação penal de iniciativa pública.

O princípio da obrigatoriedade residual é não apenas relevante, como fundamental para a compreensão da forma como se estrutura a ação penal de iniciativa pública no Brasil. Possui função estruturante, de sedimentar uma adequada interpretação da forma como o processo penal opera em nosso país. Ou seja, novamente nos utilizando de um juízo comparativo com as regras, podemos afirmar que os princípios possuem maior importância (relativa). E com a obrigatoriedade residual não é diferente: há uma série de regras que derivam de sua existência e, mais do que isso, a compreensão do sentido geral a ser dado à persecução penal passa pela sua interpretação.

E aqui falamos não apenas das regras que serão descritas com mais vagar no tópico seguinte (Seção 5.3.2.2, que trata de indisponibilidade e demais regras já anteriormente construídas pela literatura), mas também do próprio sentido interpretativo que damos aos novos institutos jurídicos previstos em lei, os quais, no fundo, são compostos por *regras*. Daí porque não se admite a *mera escolha* do Ministério Público em ofertar ou não um acordo a um sujeito imputado (se configuradas as condições objetivas e subjetivas previstas em lei). O sentido mandatório de impulsionar a persecução adiante, em linha com as soluções específicas determinadas em lei para cada tipo de caso concreto, é um efeito claro, e essencial, oriundo da interpretação e aplicação do princípio da obrigatoriedade em sua acepção *residual*.

A última das características aqui elencadas, da *significativa influência em outras normas*, relaciona-se intimamente com a última analisada, da fundamentalidade. Isso porque esse derradeiro aspecto não trata apenas da essencialidade de uma dada norma jurídica, mas

também de sua relação com o que se considera justo num dado ordenamento jurídico, sendo basilar para a interpretação das regras que incidem em nosso direito.

Em outras palavras, são essas regras interpretadas à luz dos princípios. No caso da obrigatoriedade residual, podemos dizer que as regras que fizeram surgir diversos institutos que possibilitaram o consenso em nosso ordenamento jurídico devem ser interpretadas tendo em vista os efeitos do princípio em questão. Dando um passo atrás, isto é, em se pensando sobre a própria gênese das regras, conforme exaustivamente se demonstrou no estudo dos debates legislativos que informaram a publicação das leis sobre institutos de consenso no país (ver Seções 4.2.1, 4.3.1 e 4.4.1), mesmo legislações ainda em fase de criação dialogam com princípios existentes. Daí o caráter que se chama de *normogenético*, isto é, de influir na gênese de novas normas jurídicas, as quais, como vimos demonstrando, podem (e devem) ser interpretadas à luz do princípio jurídico, agora com um novo tempero sugerido no presente trabalho, que o atualiza a um sistema processual em que se admite o consenso.

A persecução penal há de ser impulsionada nos casos de suficientes indícios de autoria e materialidade delitivas, valendo, ademais, consequências decorrentes do princípio da obrigatoriedade como antes se definia. A principal diferença trazida pela característica da *residualidade*, novamente, está na forma de impulsionamento da solução do conflito criminal, que possui como antecedente geral a etapa consensual, mas, acaso superada, dá lugar à necessária solução disputada. A saída conflitiva se torna mandatária em tais casos, da mesma forma que também é obrigatória a saída consensual, em geral prevista como um antecedente a qualquer medida disputada empreendida pelos agentes do Estado. E é daí que se verifica o efeito da residualidade, conforme o marco teórico que se sustenta na presente Tese de Doutorado.

Apresentada a plena subsunção da obrigatoriedade residual às características definidoras de princípios, passemos às suas consequências em relação às regras que decorrem de tal comando normativo.

### ***5.3.2.2 Consequências do princípio da obrigatoriedade residual. Impacto em regras da ação penal***

Pelo fato de o princípio da obrigatoriedade residual impactar mais diretamente, em termos de mudanças de interpretação propriamente dita, na realidade incluída pelo consenso, é sobre esse aspecto que vamos nos dedicar. Faremos isso nos detendo na análise das regras decorrentes do princípio, com paralelismo ao quanto realizado anteriormente (ver Seção

3.2.2.1.3), isto é, mobilizando as mesmas consequências e explicitando as potenciais diferenças para uma realidade que também inclui o consenso.

Sem prejuízo de se pensar em outras regras e interpretações para a lógica do consenso, vamos utilizar as principais regras existentes para mostrar a dimensão de consideração dos acordos processuais também para elas. Uma vez mais, o conceito proposto tem a possibilidade de harmonizar interpretações que poderiam ser vistas como dissonantes, isto é, como oriundas de realidades distintas e sujeitas a outra apreensão teórica. Como temos demonstrado, defendemos a existência de uma unificação nas interpretações dadas, mesmo que respeitadas as particularidades de cada uma das lógicas de resolução de conflito.<sup>596</sup>

E, antes de entrar nas regras concretamente consideradas, vale sublinhar o fato de estarmos tratando de *regras*, oriundas do irradiador princípio da obrigatoriedade residual. Conforme estabelecido na Seção 5.2.3, os enunciados normativos que se explicitam a seguir possuem a estrutura de regras. Isso porque eles detêm um nível elevado de concretude, dando consequência jurídica a comandos normativos mais abstratos, estes sim com grau de abstração e fundamentalidade maiores. Mais do que isso, é visível que todos esses regramentos são derivados de uma interpretação que leva em conta a existência da *obrigatoriedade*, seja em sua lógica tradicional (aplicável ao terreno da disputa), seja em sua lógica residual (aplicável ao terreno do consenso). Embora setores da doutrina insistam em classificar algumas dessas regras (indisponibilidade e oficialidade, notadamente) como se princípios fossem,<sup>597</sup> entendemos pertinente sublinhar uma vez mais essa divergência teórica, ainda mais após esse denso Capítulo teórico.

Sobre as regras consideradas, trataremos, primeiramente, da principal delas que é da indisponibilidade da ação penal. Após, apresentaremos as demais consequências relevantes que conheceram impacto significativo com as mudanças, sendo a principal delas os desdobramentos da discussão entre divisibilidade e indivisibilidade da ação penal. Demais regras que não tiveram grandes modificações com a introdução do consenso (oficialidade, arquivamento do inquérito policial, aditamento de denúncia e ação penal privada subsidiária da pública) são apenas mencionadas neste momento, com o direcionamento ao tópico específico em que foram tratadas originalmente (ver Seção 3.2.2.1.3.2).

---

<sup>596</sup> Uma vez mais, vale frisar que não consideramos a lógica da Justiça restaurativa em nossas considerações no presente trabalho. Trata-se de cultura jurídica tanto inovadora quanto incipiente em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual expressamente não a incorporamos na análise, mas, pela importância e potencial de adoção futura, fazemos menções específicas em dados momentos.

<sup>597</sup> Já havíamos feito tal referência quando da explanação do princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura (Seção 3.2.2). Porém, nesse momento, após a detalhada qualificação e diferenciação entre princípios e regras, a divergência teórica ganha força e merece ser sublinhada.

A primeira das regras a ser mencionada é aquela da indisponibilidade (ou *indeclinabilidade*) da ação penal de iniciativa pública. Como fartamente explicitado, esse comando determina a impossibilidade de se desistir da ação penal regularmente proposta, pois, iniciada a ação penal, não haveria possibilidade de o órgão acusatório dela simplesmente desistir. Como se pode notar facilmente, a interpretação há de ser atualizada para a nova roupagem adquirida pela persecução penal no país.

Isso porque, o conceito veiculado pela indisponibilidade há de ser alargado para as hipóteses consensuais, da mesma forma que o foi o seu princípio reitor, que é da obrigatoriedade (residual). Assim, conferindo logicidade ao sistema considerado, se é mandatório o oferecimento dos acordos processuais, também o são os demais atos que têm por finalidade a sua esmerada consecução. Trata-se, aqui, de um paralelismo à sistemática existente quando eram previstas apenas as soluções disputadas: o caráter obrigatório de se iniciar a solução consensual é replicado quando se trata de dela não desistir.

Outra regra que conheceu importante impacto foi da divisibilidade da ação penal de iniciativa pública. Como explicitado anteriormente, possuímos o entendimento, em linha com a doutrina majoritária e nossos Tribunais Superiores, de que não se aplica a indivisibilidade quando se trata da ação penal de iniciativa pública, vez que é justamente do caráter obrigatório da ação penal que deriva a inaplicabilidade de uma regra proibindo a sua divisão. Melhor explicando, uma eventual divisão em uma ação penal de iniciativa pública não pode se fundar em motivos de mera conveniência do Ministério Público, razão pela qual se supõe que o expediente se justifica por outros motivos (autorizados por lei). Trata-se, reforçando, de aplicação direta do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

A grande discussão atine ao impacto da lógica dos acordos processuais em tal cenário. E a principal pergunta consiste em saber sobre a possibilidade de o Ministério Público oferecer um acordo para um sujeito e não o fazer para um outro, estando ambos implicados numa mesma persecução penal por idênticas condutas. A resposta, adicionando os temperos pertinentes à residualidade ao princípio da obrigatoriedade, é que não há proibição de o Ministério Público proceder dessa forma, desde que realizado o tratamento igualitário a todos os sujeitos imputados. Explicando, é o MP obrigado a enfrentar a possibilidade de propositura de acordo para todos esses sujeitos. A etapa antecedente necessária de ser percorrida pelo representante do órgão acusatório é mandatória, não podendo ele escapar da necessidade de avaliar se presentes as condições para a existência de uma hipótese de consenso numa dada situação concreta. Se, entretanto, avaliadas as condições (objetivas e subjetivas) para a

propositura do acordo, houver diferença nas situações jurídicas entre alguns dos sujeitos imputados, não há prejuízo em não ser buscada a idêntica saída para todos esses sujeitos.

Vale o registro de que a regra da indivisibilidade tem o seu âmbito de aplicação nas ações penais de iniciativa privada.<sup>598</sup> E isso tem como motivo principal a preservação da *igualdade* na persecução penal, ainda que garantida num contexto de exceção, em que cabe ao particular a iniciativa de provocar a jurisdição penal do Estado. No cenário geral de iniciativa pública da persecução penal, esse postulado não se aplica. E, mais ainda, a igualdade é justamente uma das consequências mais relevantes do princípio da obrigatoriedade, pois não diferencia quaisquer pessoas das consequências legais, se em conflito com a lei penal. Daí porque, no caso dos acordos processuais, a garantia da igualdade se encontra na necessidade de o membro do MP enfrentar a possibilidade de propositura de uma hipótese de consenso, segundo os específicos critérios de lei. Agora, a efetiva propositura do acordo para todos os sujeitos imputados escapa do escopo da regra justamente por poder gerar distorções e iniquidades entre aquelas pessoas imputadas.

As conclusões veiculadas consideraram apenas mecanismos de consenso em que as posições individuais não implicam consequências na esfera de direitos de terceiros (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal). Quando considerada a hipótese em que, por definição, afeta-se a esfera de direitos de terceiros (acordo de imunidade na colaboração premiada), é uma decorrência lógica a existência de um cenário em que um acordo processual é firmado com um dos sujeitos e não é feito o mesmo com os demais. Ou seja, por qualquer ângulo que se observe a questão, segue se confirmando a regra da divisibilidade.

#### 5.4 DEFINIÇÕES ADOTADAS PARA OUTROS CONCEITOS APLICÁVEIS À AÇÃO PENAL

De forma a arrematar este Capítulo dedicado a diversas definições teóricas, reservamos esta Seção a explicitar definições mais adequadas para alguns conceitos que orbitam a ação penal de iniciativa pública, em especial aqueles que são afetados com a proposição teórica do princípio da obrigatoriedade residual.

---

<sup>598</sup> Não faremos grandes digressões, nesse momento, sobre a aplicação da indivisibilidade para as ações penais de iniciativa privada. Neste ponto, em nome da objetividade, optamos por direcionar o leitor ao tópico pretérito para eventual aprofundamento (ver Seção 3.2.2.1.3.2).

Como largamente afirmado neste trabalho, a singela afirmação de que o princípio da obrigatoriedade (puro) comportava exceções nunca conseguiu explicar satisfatoriamente como a persecução penal no Brasil se estruturava, nem auxiliou na sua melhor compreensão. Da mesma forma, a mobilização de conceitos substitutos (como *discricionariiedade regrada*, *oportunidade regrada*, *discricionariiedade controlada* etc.) não vinha, em geral, acompanhada de densidade teórica que justificasse as novas conceituações. Ainda, a afirmação sem base legal condizente de que o órgão acusatório possuiria ampla liberdade de escolha na persecução penal também não resistia a um exame mais acurado.

Em apertado resumo, e como vimos afirmando até se chegar à proposição teórica feita neste Capítulo, as formulações conhecidas não foram capazes de oferecer ferramental consistente para ler um sistema de estrutura tradicionalmente disputada que passou a conviver com numerosos mecanismos de consenso. Por esse conjunto de razões que é necessária uma revisão teórica e conceitual mais ampla na matéria. Sem a pretensão de estabelecer conceitos *corretos* para serem adotados, buscamos, sim, a adoção de um arcabouço conceitual coerente, capaz de auxiliar na compreensão do sistema processual.

Assim, apresentaremos conceitos relevantes para a compreensão da ação penal pública e a justificativa para a definição a ser adotada para cada um deles, de forma a termos esse quadro teórico coerente. Não se trata de conceitos por nós criados, mas de uma articulação de definições existentes para se formar um ferramental útil para a interpretação jurídica. São os conceitos que trabalharemos na melhor definição nos próximos tópicos: legalidade, discricionariiedade e oportunidade. Por fim, registramos que, sempre que pertinente, relacionaremos as opções adotadas com o conceito do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública.

#### **5.4.1 Legalidade: a estrita observação do previsto na lei em sentido formal**

Dentro da revisão teórica que vimos formulando, importa enfrentar o tema da legalidade. Conforme amplamente descrito na Seção 3.2.2.1.2, existe a comum associação entre o referido conceito de legalidade com aquele de obrigatoriedade. Essa aproximação não é precisa e, de acordo com a hipótese que formulamos, pode se dever ao fato de que, por muitos anos, o conteúdo extraído de nossas leis formais (*legalidade*) correspondia perfeitamente, no processo penal, à necessidade de sempre se oferecer a denúncia criminal quando existentes suficientes elementos de autoria e materialidade delitivas (*obrigatoriedade*). Além do fato de

se associar a atuação legal do órgão acusatório (conforme as disposições de lei) com a obrigatoriedade do impulsionamento da ação penal.

A aproximação entre uma opção de (menor) liberalidade do órgão acusatório, representada pela obrigatoriedade, não pode, entretanto, ser associada à legalidade. Apesar de diversos estudos acadêmicos caminharem nesse sentido, tal expediente não confere a desejada precisão conceitual. Até porque, em nosso país, foram as diferentes leis em sentido formal que introduziram os caminhos processuais que se “desviam” da persecução penal disputada tradicional, que imperava de forma absoluta em nosso ordenamento jurídico até a Constituição Federal de 1988.

Os mais distintos mecanismos consensuais foram colocados em nosso ordenamento jurídico por leis formais nos últimos 25 anos e, com isso, as bifurcações ao antes único caminho disputado foram devidamente incorporadas por meio dos legítimos meios e, assim, devem ser consideradas na análise de nosso sistema. Isso para dizer que a *legalidade processual* deve ser interpretada como o conjunto dessas regras oriundas do amplo plexo legislativo, isto é, do conteúdo extraído das normas jurídicas em sentido formal, desde que não se tenha qualquer questão relativa à eventual inconstitucionalidade (o que não se vislumbra nos institutos de acordos processuais concretamente considerados).

Se, em dado momento histórico de nosso país, as leis apontavam unicamente para a solução disputada da persecução penal e o paralelismo entre a obrigatoriedade (pura) com a legalidade foi construído, fato é que hoje diversas leis dispõem de modo diverso e conformam regras em nosso ordenamento jurídico-processual de outra maneira. Nesse sentido, a legalidade há de estar presente, vez que as leis em sentido formal estão postas e não há qualquer indicativo robusto de que estejam afrontando a Constituição, ainda que ela não mais corresponda à obrigatoriedade (pura) da ação penal pública. A legalidade, assim, não pode ser irmanada com o princípio da obrigatoriedade (residual ou puro), que possui um sentido próprio no que toca à ação penal de iniciativa pública.

A interpretação da relação de identidade entre legalidade e obrigatoriedade não mais se sustenta na análise da nossa ordem jurídica como hoje é posta. Hoje, são numerosos os casos de disposições legais que determinam um caminho processual outro que é distinto do exercício da ação penal por meio do regular oferecimento da denúncia. Esse, claro, não era o único sentido do princípio da obrigatoriedade (puro), que, como visto, irradiava seus efeitos em diversas outras regras. De todo modo, era essa característica primeiramente identificada com a obrigatoriedade que causava a identificação dela com a legalidade. E esse cenário não mais



existe, como temos deixado claro ao longo desta Tese, e neste tópico em específico, certo que o modelo estritamente disputado não mais opera.

Feita essa apreciação crítica sobre a inadequação desta percepção teórica, entendemos relevante buscar alternativas em literaturas de área correlata, notadamente o Direito Penal material,<sup>599</sup> para buscar compreender como o princípio da legalidade é visto e, com isso, utilizar-se de determinadas construções para pensarmos o nosso Processo Penal. É daí que nos basearemos para propor a adoção de um conceito mais compatível de legalidade em nosso campo.

Primeiramente, devemos registrar que a legalidade penal deriva de forma expressa e direta de nosso texto constitucional, do art. 5º, XXXIX,<sup>600</sup> desenvolvendo a ideia de que não existe crime e a consequente sanção mais severa prevista de prisão, sem que haja lei anterior definindo uma conduta como tal. Trata-se do registro normativo, com estatura constitucional, do brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*. O princípio é assim definido como “[...] um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado”,<sup>601</sup> no sentido de se exigir uma tipificação em lei em sentido formal para que uma conduta possa ser considerada como criminosa.

Pelo que se nota, não há discussão acerca de exceções ao princípio da legalidade no Direito Penal. Isso porque, com o uso de expressões e interpretações ligeiramente distintas, o princípio da legalidade é visto como fundante da ordem penal.<sup>602</sup> A persecução penal estatal é

---

<sup>599</sup> Ainda que o princípio da legalidade seja estudado por diversos ramos do direito, optamos por entender a sua conceituação no Direito Penal pela proximidade com o nosso campo de estudo, entendendo que, dessa forma, seriam mais facilmente construídas pontes que auxiliassem na adoção de conceitos em Processo Penal.

<sup>600</sup> Da disposição originária da Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”. Construção normativa semelhante consta também em lei, mais especificamente no dispositivo inaugural do Código Penal: “Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”.

<sup>601</sup> Ver BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 119-120. No mesmo sentido, defendendo o caráter absoluto da reserva legal, ver PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*: parte Geral (arts. 1º a 120). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2019, p. 134-139. Tratando especificamente do aspecto da legalidade em seu sentido de garantia: “Em resumo: a lei formal, e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g., medida provisória), do costume ou do argumento analógico in malam partem – exigência de lei escrita (nulla poena sine lege scripta). No sistema de Direito escrito (civil law), o julgador está subordinado em primeiro lugar e de forma absoluta à lei. A interpretação jurisprudencial em geral não obriga ou vincula o juiz, tem valor persuasivo, de argumento.” (p. 135).

<sup>602</sup> Ou também descrito como “[...] o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal”

baseada justamente no respeito à lei posta e, desse enunciado central, são extraídas importantes consequências tanto para o legislador quanto para os operadores públicos do direito, como a formulação de leis de modo claro e preciso (*lex certa*), proibição da aplicação retroativa de lei desfavorável (*lex praevia*), necessidade de lei formal escrita e sem utilização de analogias (*lex scripta e stricta*).<sup>603</sup>

É justamente nesse ponto que trazemos a discussão para o Processo Penal. O que buscamos é justamente a possibilidade de bebermos na fonte do Direito Penal para que tenhamos pistas importantes de significados possíveis para a *legalidade em âmbito processual*, já que a concepção atual traz claras imprecisões teóricas em sua aplicação à ação penal. Embora não tão frequentes, podemos localizar vozes que questionaram a aproximação dos conceitos de *obligatoriedade e legalidade* no processo penal. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes aponta que tal expediente seria impreciso porque distintas opções existentes em lei (obrigatoriedade ou algum espaço de oportunidade, por exemplo) poderiam decorrer do princípio da legalidade.<sup>604</sup> Esse é o ponto nevrálgico da fragilidade conceitual discutida e que acaba escapando a boa parte de nossa literatura.

Por essas razões que entendemos que não há precisão teórica em, sob nenhum aspecto, aproximar os conceitos de *obligatoriedade e legalidade* no âmbito do processo penal. A *obligatoriedade*, em sua acepção *residual*, foi definida em detalhes ao longo desse Capítulo e guarda o sentido geral de impulsionar para frente a persecução penal, verificadas as hipóteses de tipo de solução ao conflito penal previstas ao caso concreto. Já a *legalidade* deve ser compreendida como a necessidade de obediência à lei em sentido formal, no âmbito do processamento criminal. Com isso, reforça-se a característica já descrita de nosso ordenamento jurídico, de respeito ao império da lei, de onde se tem a legitimidade para a atuação estatal,

---

(GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 174). Interessante sublinhar que esse mesmo autor, ao tratar de matéria processual penal, utiliza-se da acepção por nós criticada de nossa doutrina em utilizar como sinônimos os conceitos legalidade e *obligatoriedade* (p. 855-856). Esse exemplo talvez simbolize a forma arraigada como essa confusão é feita, propiciando usos tão distintos do mesmo conceito em áreas do direito que são correlatas. Juarez Cirino dos Santos também trata os conceitos de *obligatoriedade e legalidade* (processual) como sinônimos (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: ICPC, 2012, p. 625.).

<sup>603</sup> Ver PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 120). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 130.

<sup>604</sup> Ver FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 185. Interessante observar que referido texto é do ano de 2005, antes, portanto, da previsão legal da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal e, mesmo assim, a imprecisão teórica já chamava atenção do autor. Em suas palavras, “É comum a doutrina denominar o princípio ora estudado de princípio da legalidade. Não é, contudo, a melhor nomenclatura. Tanto o princípio da *obligatoriedade* como o da oportunidade estão presos aos termos da lei, sendo, portanto, princípios legais. Mais expressa o conteúdo do princípio a denominação princípio da *obligatoriedade*, ou seja, princípio segundo o qual há *obligatoriedade* de ser ajuizada a ação penal pelo Ministério Público.” (p. 185).

notadamente no ramo jurídico com as restrições mais severas aos indivíduos – que é a liberdade.

A grande distinção teórica está no fato de não se defender qualquer sorte de associação entre a legalidade, entendida como *conteúdo definido em lei*, e a imperatividade de se determinar o impulsionamento da persecução penal. No caso do princípio da obrigatoriedade residual aqui apresentado, essa atuação ocorre tanto na direção da antecedente saída consensual, quanto na conseqüente saída disputada tradicional. Essa distinção, necessária, entre legalidade e obrigatoriedade, possui a vantagem de harmonizar os conceitos jurídicos existentes.<sup>605</sup> Mais do que isso, reflete de maneira mais precisa o atual quadro normativo, que congrega o modelo disputado, no qual a propositura da ação penal por meio da denúncia se impõe, e os mecanismos consensuais que foram sendo agregados.

#### **5.4.2 Oportunidade: liberdade do órgão acusatório em proceder à persecução penal**

O conceito de *oportunidade* também é frequentemente mobilizado pela literatura, e geralmente para defender a suposta autonomia grande (ou plena) do Ministério Público para fins de definir seu curso de ação numa dada persecução penal. No Brasil,<sup>606</sup> como ficou claro da apresentação dos institutos de consenso concretamente considerados (ver Capítulo 4), não se verifica nada próximo a tal liberdade do órgão acusatório, podendo se falar em uma verdadeira atuação *vinculada* ao estritamente disposto em lei, caracterizando a obrigatoriedade. Conforme vimos afirmando, nossa cultura processual tem no princípio da obrigatoriedade uma grande referência, não havendo espaço (normativo e de tradição jurídica) para o seu oposto, que consiste justamente no princípio da oportunidade. Para os objetivos deste tópico, interessa estabelecer uma definição precisa do que seja a oportunidade, de forma a padronizar os conceitos utilizados.

---

<sup>605</sup> Em sentido que guarda certa semelhança com o que aqui se defende, parece haver posição de Geraldo Prado que identifica uma necessidade de se caminhar para um reconhecimento de maior autonomia do MP na apreciação dos casos concretos, mas sem que isso impacte na legalidade: “Um estatuto jurídico do acusador que reprima completamente as suas potencialidades de conformação da política criminal, a pretexto de vincular a ação do Ministério Público à legalidade, esconde deliberadamente a possibilidade da legalidade surgir em ambientes de flexibilidade, de acordo com critérios de impessoalidade e moralidade e também de acordo com propostas de redução do caráter flagrantemente elitista da justiça penal, redistribuindo as forças de persecução conforme uma mais coerente e justa avaliação do que deve merecer o dispêndio de energia do Estado.” (PRADO, Geraldo L. M. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 205).

<sup>606</sup> Há casos na experiência internacional em que se vê uma atuação com discricionariedade do membro do Ministério Público. O caso mais emblemático possivelmente seja o dos EUA, abordado neste trabalho (Ver Seção 2.2, em especial). Como se trata de realidade bastante diferente da encontrada em nosso país, afirmamos com segurança a inexistência de mecanismos sequer próximos a esse no Brasil, razão pela qual identificamos imprecisão grande quando da tentativa de importação de tais conceituações.

Em primeiro lugar, é de se frisar que esses conceitos a que fazemos referência (oportunidade e obrigatoriedade) buscam situar a maior ou menor liberdade de escolha do representante estatal do órgão acusatório quanto à formulação da imputação criminal, verificados os elementos mínimos para tanto. A grande discussão está em compreender se o membro do Ministério Público possui, de um lado, a maior e mais plena liberalidade para atuar na solução dada ao conflito criminal ou, de outro lado, a mais estrita vinculação às hipóteses previstas em lei para impulsionar a persecução penal. Se pensarmos os graus de liberdade de escolha dispostos em uma linha, com diferentes escalas ao longo de sua extensão, teríamos dois flancos opostos: o da liberdade ampla, com possibilidade de decisões motivadas pela mera conveniência, a que chamamos de *oportunidade*, e o da ausência de qualquer liberdade na atuação funcional, com a estrita vinculação aos parâmetros previamente estabelecidos para seu agir, a que definimos como *obrigatoriedade*.

Segundo a leitura que fazemos, esses conceitos apresentados contêm conteúdos diametralmente opostos em matéria de liberdade de agir para a solução do conflito criminal, vez que a oportunidade permite ao órgão estatal a definição plena de sua atuação, decidindo pelo agir (representado, nesse caso, pelo impulsionamento da persecução penal) conforme a sua conveniência, seguindo os diferentes critérios que considerar relevantes e determinantes para um dado caso.<sup>607</sup> Conforme definem alguns autores de nossa doutrina, a oportunidade qualificaria um agir com maior liberdade, certo que os membros do MP exerceriam, no caso concreto, atuação discricionária.<sup>608</sup> Já a obrigatoriedade diz respeito a uma ausência de influência dos mais distintos critérios para a decisão sobre a persecução ou não dos delitos que chegarem com os elementos de informação suficientes à esfera de conhecimento do representante do órgão acusatório, vez que, na presença de tais condições, é mandatório o agir por parte do representante do órgão estatal. Não há, nesse caso, espaço para escolhas acerca de soluções distintas para um mesmo caso, pois o cenário é previamente determinado em lei.

---

<sup>607</sup> Critérios esses que podem variar bastante, desde viabilidade e probabilidade de uma condenação, passando por reprovabilidade do delito em questão, chegando até a razões de priorização de recursos para a persecução a determinados delitos em detrimento de outros. Os motivos ou critérios eventualmente adotados podem ser os mais variados, sendo mais relevante sublinhar a ampla liberdade de atuação, sem a existência de amarras que vinculem o órgão acusatório a determinados parâmetros prévia e expressamente estabelecidos para o seu agir funcional em matéria criminal.

<sup>608</sup> Ver, sobre as definições de oportunidade e do agir discricionário em sentido semelhante ao adotado no presente trabalho, DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 81; GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 104.

Como qualquer definição teórica, existem nuances quando os marcos da teoria são confrontados com a prática dos ordenamentos jurídicos concretamente considerados, compostos pelas mais distintas leis. De toda forma, a existência de uma escala com diferentes gradações e com dois polos opostos no que toca à presença de liberalidade do representante do órgão acusatório para a solução do conflito criminal traz ganhos analíticos importantes. A definição precisa dos pontos mais extremos dessa liberdade de atuar traz também uniformidade conceitual, evitando-se imprecisões que podem ser geradas pela utilização das palavras com significados diversos.

Essas duas soluções teóricas antípodas acabam por formatar e estruturar a forma como a persecução penal se desenvolve em um dado ordenamento jurídico. A sua influência na ação penal é notória, pois revela o modo de abordagem dos representantes do Estado face a uma conduta potencialmente delitiva. Em razão disso, esses conceitos costumam ser enunciados como *princípios*, isto é, atrelados aos mais relevantes valores de um sistema jurídico, influenciando em outras regras deles decorrentes.

Há casos em que efetivamente se verifica a existência do *princípio da oportunidade* da ação penal. Como ficou claro da análise de experiências estrangeiras (ver Capítulo 2), os Estados Unidos ostentam um sistema jurídico com tais características. Nesse sentido, há liberdade da parte dos representantes do órgão acusatório em decidir, com lastro em critérios de conveniência, acerca do futuro da persecução penal. É autorizado, assim, uma postura sem maiores amarras legais acerca da escolha do destino da ação penal, tendo o representante do Estado a legitimidade para adotar a decisão que entender adequada para o caso concreto – pelos mais variados parâmetros, em regra sequer delimitados. Atua o agente de Estado com discricionariedade (na forma como iremos aprofundar na Seção 5.4.3).

No caso brasileiro, não custa frisar, ficou demonstrado que o sistema processual tem como mote inspirador a obrigatoriedade na ação penal de iniciativa pública. Com isso, não se vê espaços de decisão calcados em razão de qualquer forma de conveniência ou mera realização de política criminal, mas, sim, razões públicas pré-moldadas em lei e que podem apenas ser interpretadas pelos agentes de Estado. Com o princípio da obrigatoriedade residual, essa história da processualística penal brasileira é preservada, com a diferença de serem distintas as formas de impulsionamento da persecução penal, que não mais se restringem às vias disputadas. De toda forma, segue sendo *mandatória* (ou obrigatória) a ação do membro do Ministério Público, sem reconhecimento de amplos espaços decisórios como se verificaria em um cenário com o princípio da oportunidade.

### 5.4.3 Discricionariedade: qualificação do agir não vinculado do membro do órgão acusatório

Outro conceito frequentemente mobilizado pela doutrina para qualificar os aspectos teóricos relativos à ação penal é o da discricionariedade. Vemos frequentemente a sua utilização em diferentes sentidos. Importa nesse momento buscarmos uma uniformização léxica, para apresentarmos um quadro coerente em torno dos conceitos que estruturam a persecução penal. Definidos os conceitos de legalidade e de princípio da oportunidade, resta desvelar o significado conceitual da discricionariedade.

Em primeiro lugar, é de relevo apontar a existência de uma aproximação frequente dos conceitos de oportunidade e discricionariedade,<sup>609</sup> conforme já fizemos em momento pretérito deste trabalho (ver Seção 3.3.2.2). A confusão conceitual nesse caso implica, no mais das vezes, o uso dos conceitos de forma indistinta, pois seriam meros sinônimos. Da mesma forma como entendemos com relação à indevida aproximação dos conceitos de legalidade e obrigatoriedade, a referida indistinção é imprecisa. Mais do que isso, pode gerar ruídos em termo de interpretação jurídica, o que se sana com o estabelecimento de uma linguagem coerente para se dirigir aos conceitos jurídicos.

Tanto um quanto outro são associados a uma maior liberdade ou margem de escolha para o órgão acusatório, que, com essa amplitude nas possibilidades de agir funcional, poderia optar sem amarras legais sobre as diferentes opções com impacto no futuro da ação penal de que é titular. Ou seja, a maior liberdade de decisão do órgão acusatório é ora nomeada de *discricionária*, ora de *oportuna*, sem um enfrentamento mais denso acerca de uma diferenciação teórica sobre essas duas expressões. Há diferentes categorizações que encontramos na literatura, como a de ser a discricionariedade qualificativo do maior extremo em termos de liberdade de decisão por parte do membro do MP,<sup>610</sup> ou, ainda, a associação da

---

<sup>609</sup> Aury Lopes Júnior trata de forma indistinta os conceitos, como se verifica no ilustrativo trecho: “[...] A obrigatoriedade (não consagrada expressamente, mas extraída da leitura do art. 24 e do seu caráter imperativo) encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e conveniência (não adotados no Brasil na ação de iniciativa pública), em que caberia ao Ministério Público ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 202).

<sup>610</sup> Nesse sentido, Afrânio da Silva Jardim: “Desta maneira, não se justificaria, como regra geral, pudessem os funcionários investidos no órgão público afastar a aplicação do Direito Penal, legislado ao caso concreto, ao seu talento ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos” (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 105.). Ver também, em sentido semelhante ao conceito de discricionariedade: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 80.

mera existência de escolhas de distintas saídas processuais em face de uma mesma situação fática com a existência de uma discricionariedade.<sup>611</sup>

Diante de tal quadro, e tendo por base a definição de oportunidade adotada, entendemos como relevante trazer uma noção coerente a ser utilizada para o conceito da discricionariedade. Recordar-se que a oportunidade representa o maior extremo em termos de liberdade conferida ao órgão acusatório na solução do conflito penal. Daí porque, em função de sua característica integradora, é frequente encontrarmos a referência a ordenamentos jurídicos em que se verifica tal princípio como reitor. Em tais casos, há liberalidade ampla para que as escolhas acerca da necessidade da acusação sejam feitas, com os mais diferentes aspectos podendo ser considerados para tanto.

Já na discricionariedade, temos uma característica que atine ao próprio membro do órgão acusatório quando operando sob o princípio da oportunidade. Por todos, temos classificação nesse sentido muito clara formulada por Guilherme Nucci, segundo quem a oportunidade vem qualificada como o conceito reitor da mais ampla liberdade de atuação funcional, com os juízos discricionários sendo descritos como suas características integradoras.<sup>612</sup> Melhor explicando, em um cenário em que há essa liberdade de atuação do membro do MP acerca do futuro da ação penal, cabe a ele um agir *discricionário*. Trata-se de qualificação da forma como esse representante pode atuar no caso concreto. A oposição mais evidente se faz com o que se chama de atuação *vinculada* do membro do órgão acusatório, quando se está diante do princípio da obrigatoriedade, conforme se verifica no caso brasileiro.

Em função disso, entendemos que a adoção de definições precisas de conceitos e que não tenham a pretensão de, por si, esgotar as discussões em torno de um modelo processual pode ser valioso para o debate acadêmico. Em razão disso que a proposição se centrou no estabelecimento dessas premissas que foram desenvolvidas e são agora sumarizadas. Os *nomen juris* podem variar, a depender da preferência de cada intérprete, mas o importante é buscar conferir uniformidade aos conceitos frequentemente mobilizados ou, ao menos, explicitar as razões de serem definidos de tal ou qual forma, como temos feito ao longo deste Capítulo.

---

<sup>611</sup> Ver BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, n. 47, p. 351-379, jan./jun. 2016, p. 369-371.

<sup>612</sup> Guilherme de Souza Nucci aponta que “[...] não há, como regra, no Brasil, o princípio da oportunidade no processo penal, que condicionaria o ajuizamento da ação penal ao critério discricionário do órgão acusatório – exceção feita à ação privada e à pública condicionada” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 93).

Explicitadas todas as definições conceituais adotadas na presente Tese, passemos à apreciação crítica derradeira sobre o caminho percorrido neste Capítulo, de forma a organizar e sumarizar as conclusões parciais.

#### 5.5 CONCLUSÕES PARCIAIS: O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL E A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE DISTINTOS MODOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL. PROPOSTA DE UM QUADRO TEÓRICO HARMÔNICO DE INTERPRETAÇÃO DA AÇÃO PENAL

Para inaugurar a Parte III desta Tese de Doutorado, fizemos mais este Capítulo teórico, dedicado a estabelecer as premissas que embasam muitas das inferências que se seguem. Por termos como método prioritário o *dedutivo*, o estabelecimento seguro e sólido de premissas teóricas é fundamental para lastrear todas as conclusões que se seguem. Esse é o motivo de termos dedicado tantas páginas para situar o sistema brasileiro dentro de um emaranhado coerente de *normas* jurídicas, que contam com *princípios* como elementos norteadores, e com as *regras* deles decorrentes.

O aspecto da definição de princípios para fins da presente Tese se reveste de importância ímpar. Isso porque a proposição primária da tese jurídica consiste na afirmação de que podemos verificar no ordenamento jurídico brasileiro a obrigatoriedade residual, e que ela pode ser elevada a um princípio aplicável à ação penal de iniciativa pública. Daí porque mergulhamos fundo nos debates de Teoria Geral do Direito sobre o tema, estabelecendo premissas mais simples, como a de que um dado sistema jurídico é composto por normas (gênero), integrado por princípios e regras (espécies), e premissas mais complexas, como a própria diferenciação entre princípios e regras.

Muitos trabalhos em processo penal apenas explicitam qual a noção de princípio adotada, sem apresentar a complexidade da discussão e todo o debate de fundo que existe em torno de tais conceitos. Em especial no Brasil, em que textos de referência no tema existem há praticamente duas décadas e, mesmo assim, não há nada próximo a um consenso acerca da distinção sobre princípios e regras. Mesmo que não tenhamos adotado nenhuma das definições em sua integralidade (de Humberto Ávila ou de Virgílio Afonso da Silva), é seguro afirmar que o embate teórico auxilia a colocar as questões teóricas em perspectiva, demonstrando que determinadas escolhas metodológicas não são casuais. Pelo contrário, são informadas e foram tomadas com o conhecimento dos principais debates que a precederam.



E foi com esse espírito que adotamos uma definição tida como *tradicional* para a definição de princípios. Tomando por base a sistematização realizada por José Joaquim Gomes Canotilho, mas agrupando os critérios diferenciadores de relevo de forma autoral, conseguimos, ao mesmo tempo, utilizar uma metodologia devidamente justificada e sólida teoricamente, assim como dialogar com o campo de estudo em que nos inserimos. Nesse sentido, e nos alinhando a alguns dos trabalhos em Processo Penal no país, utilizamos uma conceituação que consegue ser minudente e operativa, algo particularmente fundamental em um ramo instrumental como é o processo penal. Nesse sentido, os aspectos específicos da abstração, fundamentalidade e influência em outras normas jurídicas, aliado à característica geral e definidora acerca da forma de colisão de normas, dão os contornos necessários para realizarmos as inferências que permitem qualificar as normas jurídicas como princípios ou como regras.

Foi com esse ferramental teórico bem desenvolvido e justificado que partimos para sustentar a existência do *princípio da obrigatoriedade residual* da ação penal de iniciativa pública. A formatação da tese jurídica apenas se sustenta a partir de tais bases (ou premissas) construídas na longa digressão teórica. Isso porque, era fora de questão que o sistema processual passou a se estruturar de tal forma que se distanciou do princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura. O nosso processo penal, antes unicamente de feição conflitiva, passou a conviver com cada vez mais mecanismos consensuais, dando lugar a diferentes tipos de solução do conflito penal, delimitados pelas balizas legais existentes.

A nossa literatura já havia captado a presença dessa contradição. Isto é, de um consagrado princípio, em sua acepção conhecida, que não mais respondia à realidade posta, que experimentara profundas mudanças. Daí surge o correto diagnóstico da mitigação da obrigatoriedade, com o qual concordamos integralmente. O problema é que tal diagnóstico não deu passos seguintes satisfatórios. O que ocorreu a partir disso foi uma tentativa de dar soluções a um problema existente, mas sem a densidade teórica necessária para se chegar a uma resposta satisfatória. Tal problema já foi abordado no Capítulo 3 e não queremos ser repetitivos, mas, para o momento, importa sublinhar que as tentativas de explicação da ação penal de iniciativa pública a partir do advento do consenso não lograram êxito em explicar (i) o fenômeno como se desenhava, tampouco (ii) a convivência entre duas formas bastante distintas de solução do conflito penal.

O caminho adotado pela literatura foi o de enfileirar princípios alternativos à obrigatoriedade. A ideia era, assim, explicar as situações que não se enquadravam ao modelo teórico anteriormente consagrado. A grande falha que podemos identificar em tal raciocínio

generalizado é a ausência de cuidado com a proclamação de princípios aplicáveis à ação penal de iniciativa pública. Que existiam regras regularmente editadas (mecanismos de consenso), as quais efetivamente faziam questionar o aspecto puro do princípio da obrigatoriedade, é um fato que não se contesta. O que se questiona é se assumir a existência de um novo (ou novos, a depender da corrente doutrinária adotada) *princípio*, sem um lastro coerente para tanto. Com isso, ignoravam-se todas as demais regras decorrentes da obrigatoriedade, bem como a sua relevância em estruturar e explicar a nossa persecução penal. Tudo em nome de novos princípios, criados para explicar as regras que foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico pelo legislador.

Feita a diferenciação entre princípios e regras, ficou claro que não são simplesmente lançados princípios em um dado ordenamento jurídico. Sua presença implica aquelas características descritas acima, sendo essencial a verificação de sua fundamentalidade e relação com os demais comandos normativos existentes. Ou seja, um princípio pressupõe uma importância no conjunto de normas consideradas. Seus efeitos não se irradiam naquele sistema considerado. E, com tais critérios em mente, é insustentável se compreender a existência de um princípio da oportunidade ou discricionariedade (regrada ou regulada, ou outras variações sobre tais adjetivos), pelo simples fato de não se sentir a influência de tal comando normativo nos outros regramentos do processo penal.

Trata-se de *regras*, com mandamentos específicos, que determinavam a realização de medidas de consenso, que precediam as saídas disputadas. A atuação do membro do órgão acusatório seguiu vinculada aos termos da lei, não havendo que se falar em existência de discricionariedade ou oportunidade. A grande mudança (que não é singela) é a forma de resolução do conflito penal. De todo modo, não se tratou de aumento do grau de liberdade de atuação, em especial do membro do órgão acusatório. Sua atuação seguiu sendo regulada de forma mandatória na persecução penal, nos termos da lei. Ou *obrigatória*, ainda que isso não mais significasse (em um primeiro momento, ao menos) o oferecimento da pertinente denúncia criminal em face da verificação da justa causa. Daí, voltamos ao diagnóstico de que o clássico conceito da obrigatoriedade, em sua acepção pura, mereceria ser (re)visitado.

E é nesse ponto que reside a maior inovação deste trabalho e da tese jurídica nele desenvolvida: trazer um conceito novo, que organiza e dá coerência à interpretação de nosso sistema processual penal. E falamos em *novo* no sentido de ser uma organização com caráter inovador, que compatibiliza os modos de disputa e consenso na solução do conflito penal, mas sem a pretensão de desprezar o legado teórico existente. Até por isso a opção em se manter a *obrigatoriedade* no *nomen juris* do princípio lançado, reconhecendo, assim, muitos méritos

em explicar e estruturar parcela relevante do fenômeno da ação penal de iniciativa pública. E, para agregar justamente na área cinzenta que não era satisfatoriamente coberta, lançamos a adjetivação da *residualidade*, a qual é capaz de enunciar duas características de relevo para a conceituação: a ideia de resíduo, ou *daquilo que resta*, para a obrigatoriedade, demonstrando a sua necessária mobilização quando esgotada a via consensual, bem como a ideia figurada de *âmago*, demonstrando o sentido geral de impulsionamento adiante da obrigatoriedade, que se mantém em qualquer fase da persecução penal.

Essa foi a contribuição em termos de um princípio remodelado ao nosso ordenamento jurídico, atualizado para melhor responder à ação penal de iniciativa pública como hoje se apresenta. Harmonizamos e compatibilizamos, com isso, a interpretação em um cenário em que convivem as soluções consensuais lado a lado com as tradicionais saídas pela via da disputa. Mais do que isso, buscamos organizar os conceitos que orbitam a temática e são indiscriminadamente utilizados (em especial *legalidade*, *oportunidade* e *discricionariedade*), para propor definições coerentes a serem adotadas. Não são definições propriamente criadas, mas, a partir da literatura, organizamos as ideias em torno de conceitos coerentes e que confirmam logicidade ao sistema. E fizemos isso por meio de noções menos rígidas, até para que os *nomen juris* mobilizados tenham capacidade explicativa mais generalizante, e não fiquem restritos ao presente trabalho.

Assim, em apertado resumo, a *legalidade* foi entendida do modo mais estrito possível, aproximando-se das noções formuladas em estudos de Direito Penal material, que a conceitua como o conteúdo extraído da interpretação direta da lei. Com isso procuramos desassociar por completo a legalidade da obrigatoriedade, pois são conceitos distintos, embora frequentemente associados, de forma indevida. A *oportunidade*, de seu lado, foi descrita como o grau máximo de liberdade de atuação conferido ao órgão acusatório nas decisões tomadas na persecução penal. Com ela, são conferidos os mais amplos espaços para decisão, agregando a pura *conveniência* em sua atuação funcional, o que se opõe ao modo de atuação *vinculado* visto na lógica da obrigatoriedade. Tanto a oportunidade quanto a obrigatoriedade, pelas características próprias de estruturar ordenamentos jurídicos e regras em torno de suas disposições normativas, são frequentemente apresentadas como princípios. Já a *discricionariedade* seria identificada com a qualificação da própria atuação do membro do órgão acusatório. Em um contexto de vigência do princípio da oportunidade, a atuação do representante do Estado se revestiria de caráter discricionário, ao passo que, numa lógica de obrigatoriedade, tal atuação se qualifica como *vinculada*.

Pelo que se pode notar com as definições que apresentamos neste Capítulo, não se buscou estabelecer conceitos rígidos. Avaliamos que há pouco ganho explicativo em se sustentar categorias estanques que não representariam ganho analítico considerável e que, de qualquer sorte, demandariam explicação para sua compreensão e utilização. Para exemplificar a dificuldade em se estabelecer categorias fixas, e com base em nomenclaturas já mencionadas no presente trabalho, seria clara a diferença entre a discricionariedade regrada, a oportunidade regulada ou a obrigatoriedade controlada? Entendemos que a resposta é negativa, em todos os casos. Daí porque, e indo além no raciocínio, podemos afirmar que parte da dificuldade de interpretação do fenômeno processual brasileiro estudado pode ser atribuída justamente a essa falta de *coesão conceitual*, com definições de baixa carga explicativa e que pecam pela baixa aderência teórica à realidade analisada.



## **CAPÍTULO 6 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL: UMA PROPOSTA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS MODOS DE DISPUTA E CONSENSO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO PENAL**

Com a apresentação dos conceitos construídos nesta Tese, importa analisar a sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro. Um conceito jurídico com densidade teórica e coerência sistêmica possui predicados relevantes para sua aceitação. Em um passo seguinte, todavia, necessário também demonstrar a sua capacidade de ser testado e aplicado à realidade processual concretamente considerada.

Tal empreitada será feita em duas frentes, sendo a primeira a da interpretação de matriz teórica sobre os institutos presentes em nosso ordenamento, com o objetivo de demonstrar a adequação da teoria à realidade encontrada. Num segundo momento, analisaremos a aplicação e as consequências verificadas nos testes realizados da aplicação da chave interpretativa do princípio da obrigatoriedade residual aos mecanismos consensuais mandatoriamente observados pelos órgãos estatais, para localizar os impactos do quanto teoricamente proposto, com apresentação dos efeitos notados na compreensão da persecução penal no Brasil.

### **6.1 NOTAS METODOLÓGICAS: APLICAÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO PROPOSTO**

Neste Capítulo, restará marcada a importância do conceito proposto na presente Tese. Isso porque trazemos um aporte teórico para se somar à melhor compreensão da ação penal de iniciativa pública, principalmente com a possibilidade de unificação conceitual para a compatibilização entre dois mundos que até então caminhavam em paralelo em nossa literatura majoritária: os modos de realização de Justiça consensual e disputado. Com isso, apresentamos uma compreensão teórica que permite a comunicação entre essas realidades, as quais, em verdade, integram um mesmo caminho na persecução penal estatal. Para tanto, o Capítulo será dividido em dois grandes momentos: de inferências gerais (e teóricas) e daquelas práticas.

Do ponto de inferências gerais, vamos retomar alguns conceitos já trabalhados no Capítulo 5 para apresentar o quadro do sistema processual brasileiro. Para tanto, uma vez mais, a clivagem entre as formas de Justiça consensual e disputada (para aprofundamento, ver Seção 1.5) será central para interpretarmos nossa realidade normativa. Isso não significa que

abordagens distintas não serão feitas, mas apenas que é sobre essa distinção central que se lastreará a análise.

Com isso, e por meio de um método dedutivo-analítico, articulamos os conceitos trabalhados para traçar um quadro geral da realização de Justiça no país, com posterior foco maior na assim chamada Justiça consensual, a grande novidade em nosso ordenamento jurídico e foco preferencial dos estudos. Sempre articulando os temas com o princípio da obrigatoriedade residual e demais conceitos que orbitam a ação penal de iniciativa pública, trataremos do consenso como antecedente necessário da lógica disputada, assim como do princípio proposto como um conceito unificador (que dispensa a presença de “princípios alternativos” para explicar a persecução penal).

Para além de uma harmonização teórica, agregamos implicações práticas no quanto sustentado, o que pode auxiliar na proposição de soluções aos problemas processuais existentes e que são gerados pela aplicação concreta dos referidos institutos por parte dos diferentes atores representantes do Estado<sup>613</sup> em nosso sistema de Justiça (Ministério Público e Poder Judiciário,<sup>614</sup> notadamente). Em qualquer dos casos analisados, o pressuposto para o entabulamento de qualquer acordo é o seu aceite, de modo voluntário e informado, dos termos e das consequências de tal ato jurídico pelo sujeito particular, devidamente assistido por um advogado.

Como nota metodológica, vale registrar que analisaremos as etapas de uma persecução penal, até o início da instrução processual, para cada um dos institutos considerados. Isto é, desde a verificação das condições da ação, e especialmente a inafastável verificação da justa causa desde o nascedouro da persecução penal, passando pelos requisitos específicos de conformação dos acordos processuais, os quais foram separados em critérios *objetivos* e

---

<sup>613</sup> O foco da análise está centrado nos representantes do Estado justamente por serem aqueles com o poder de ditar os rumos da persecução penal. Em casos de descumprimento do quanto previsto em lei, o imputado (devidamente representado por advogado) deve(ria) buscar ver reconhecido o quanto previsto legalmente pelos meios próprios de impugnação. Mesmo sabendo disso, focaremos, como vimos fazendo ao longo de toda a presente Tese, os debates nos operadores públicos de tal sistema.

<sup>614</sup> Sobre o Ministério Público, não entramos em minúcias sobre a sua organização, como as ligeiras diferenças existentes entre os Ministérios Públicos da União e Estaduais para fins, por exemplo, de determinação de qual seria o órgão hierárquico para revisão administrativa de determinados atos de ofício. Da mesma forma, fazemos apenas menção no presente momento à introdução de norma jurídica relevante com impacto no Poder Judiciário, que é a previsão do assim chamado juiz de garantias (CPP, art. 3º-B). Por conta dos dispositivos, incluídos pela Lei Anticrime, há um magistrado responsável por decisões no bojo das investigações, e outro magistrado responsável pela atuação ao longo da instrução processual. Como faremos referência mais específica para a matéria de controle de arquivamento da investigação, esse dispositivo também foi alvo de decisão liminar em sede das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, fazendo com que a sua eficácia tenha sido suspensa. Explicitado o contexto, registramos que trataremos de forma genérica a magistratura, pois, para os fins das análises empreendidas, não há diferença significativa entre as figuras do juiz de garantias e do juiz da instrução.

*subjetivos*,<sup>615</sup> e, ao final, chegando-se ao aviamento da denúncia criminal. Para a divisão dos requisitos legais naqueles objetivos e subjetivos, utilizamos, uma vez mais, o método *dedutivo*, sendo aqueles elementos inflexíveis e que não dão margens de interpretação<sup>616</sup> qualificados como objetivos e, no caso de serem mais abertos, subjetivos.

Importa aprofundar com mais vagar o motivo da separação entre os critérios objetivos e subjetivos presentes nos diferentes acordos processuais. Isso porque, muito embora a solução jurídica e as consequências verificadas para cada uma das etapas sejam semelhantes, é fato que a abordagem há de ser distinta para cada grupo de casos, pois há maior espaço para interpretações acerca dos fatos em análise, a depender do tipo de critério considerado (se mais fechado e objetivo, ou se mais aberto e subjetivo). E, dentro disso, temos como premissa que a autoridade controladora (magistrado, como regra) não pode se substituir àquela responsável por realizar o ato (órgão acusatório). Principalmente na divisão dos papéis atribuídos ao magistrado (controle de legalidade) e ao membro do MP (titular da ação penal de iniciativa pública e responsável pelo seu impulsionamento), pode haver aparente confusão de competências e isso deve ser solucionado na aplicação prática. De forma a privilegiar uma visão de maior acusatoriedade de nosso sistema processual, deve estar clara a divisão de papéis, não podendo o magistrado se substituir ao Ministério Público em seu papel institucional. Isso significa privilegiar a função apenas de controle da legalidade pelo juiz, atento, inclusive, ao estrito respeito às condições da ação e pressupostos processuais, para além de normas gerais de controle.

A primazia do Ministério Público em definir por um dado acordo processual previsto em lei é função institucional que não se nega, em especial em matérias que envolvem maior carga interpretativa (critérios qualificados como subjetivos). Todavia, isso não é uma carta branca para qualquer interpretação que se afaste do quanto previsto expressamente em lei. De forma a estruturar critérios mais palpáveis para a atividade do órgão acusatório, a baliza principal a ser

---

<sup>615</sup> Ainda que com objetivos diferentes, há trabalhos que procuram qualificar os critérios entre subjetivos e objetivos. Por todos, ver: LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, dez./jan. 2019, p. 8. No presente trabalho, utilizaremos esse tipo de qualificação para buscar interpretar e conferir significados distintos a cada um dos tipos de critérios, com consequências diferentes para fins interpretativos: maior possibilidade de controle para critérios objetivos e, para os critérios subjetivos, menor. Não utilizamos exatamente os mencionados critérios do autor, mas é de relevo a menção, pois os estudos apontam em sentido semelhante.

<sup>616</sup> Não se desconsidera a possibilidade de que haja eventuais interpretações díspares e que gerem pacificação da jurisprudência sobre determinados termos que, em princípio, são mais objetivos. De toda forma, há uma diferença qualitativa entre possíveis divergências quanto ao alcance dos dispositivos objetivos daqueles classificados como subjetivos, os quais guardam intrinsecamente mais espaço para interpretações.



considerada é que, pela opção legislativa de política criminal,<sup>617</sup> o oferecimento dos acordos processuais deve ser a regra, sendo a sua recusa a exceção, sempre amparada por alguma hipótese legal. Por fim, a análise a ser empreendida pelos representantes do Estado deve se pautar nas particularidades de cada caso concreto, não se admitindo recusas em abstrato, seja para um determinado delito, seja para uma dada pessoa.

Tendo todas essas premissas metodológicas adotadas, fizemos os testes para cada um dos institutos considerados, seguindo as sequenciais etapas do processamento criminal, e descrevendo as interpretações jurídicas extraídas. Com isso, fica clara a confluência prática das saídas consensuais como antecedentes necessários da resposta conflitiva ao delito, com delimitação dos requisitos a serem considerados e dos papéis dos atores envolvidos. Mais do que isso, os conceitos mobilizados na presente Tese serão fundamentais para justificar e conferir lastro às interpretações realizadas. Ainda, nos casos em análise, será levado em consideração tanto a redação original do art. 28 do CPP (arquivamento de inquérito policial) quanto aquela modificada pela Lei Anticrime.<sup>618</sup>

---

<sup>617</sup> Não vamos entrar no mérito de determinadas discussões sobre ser o Ministério Público, titular da ação penal, o responsável último pela realização de política criminal. Por serem os parâmetros definidos expressamente em lei, que deve ser seguida pelos agentes de Estado, consideramos que a política criminal a ser aplicada e concretizada é aquela aprovada pelo legislador e que consta nas leis de regência.

<sup>618</sup> Vale relembrar que, embora o legislador tenha feito tal modificação, o Supremo Tribunal Federal, em decisão ainda precária, suspendeu os efeitos do referido dispositivo legal. Essa consideração quanto aos dispositivos de lei a serem utilizados é realizada por dois grandes motivos. Primeiramente, pelo método dedutivo que se tem utilizado durante todo o trabalho, fazendo com que seja necessário voltar o olhar para a interpretação estrita das normas jurídicas. Assim, não poderíamos desprezar a lei vigente quando a pesquisa está sendo realizada ou mesmo uma legislação já aprovada pelo Congresso Nacional, e que teve sua eficácia suspensa por uma decisão monocrática do STF. Ademais, ao analisar a decisão da Suprema Corte, resta claro que os motivos são, em grande medida, pragmáticos e operacionais. O centro da argumentação está no fato de serem mudanças estruturais relevantes na persecução penal, e que alterações dessa ordem não poderiam ser feitas a contento no estreito prazo do *vacatio legis* da referida lei. Faz-se referência à decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6.298/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (e outros) e relatada pelo Ministro Luiz Fux. Por ocasião da apreciação da liminar, foram julgadas em conjunto outras ADIs similares com distintos proponentes (ADIs de n. 6.299, 6.300 e 6.305). Veja-se, no que pertinente ao tema, o teor da ementa: “(c) Artigo 28, caput, Código de Processo Penal (Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial): (c1) Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidera os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do parquet; (c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a irrazoabilidade da regra, inquinando-a com o vício da inconstitucionalidade. A *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática; (c3) Medida cautelar deferida, para suspensão da eficácia do artigo 28, caput, do Código de Processo Penal.” Em sentido semelhante ao sustentado, quanto à provável reversão da decisão: “[...] essa medida cautelar acabará sendo cassada ou revista, tendo em conta que não há nenhuma questão constitucional de fundo que permita ou recomende suprimir o novo art. 28 do CPP do ordenamento jurídico.” (BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O Sistema Acusatório e o arquivamento do inquérito Policial. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO,

Após feito todo esse caminho, apresentaremos de forma panorâmica a (in)existência de conflitos de aplicação entre os diferentes institutos de consenso que foram apresentados individualmente. Com isso, fornecemos uma interpretação harmônica do quanto encontrado. E, por fim, demonstramos nosso diagnóstico acerca da possível expansão dos mecanismos de consenso em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, analisamos com mais vagar o instituto da transação no bojo do procedimento sumário, proposto no Projeto de Novo CPP, para concluir que a existência de novos mecanismos não afetaria a existência do princípio da obrigatoriedade residual. Ainda que possa ter impacto no maior poder conferido aos membros do MP, com previsão de critérios de feição subjetiva.

## 6.2 INFERÊNCIAS GERAIS SOBRE MODOS DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA A PARTIR DAS LENTES DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL

Do ponto de vista teórico, e num objetivo de apreender uma visão mais sistêmica da processualística penal brasileira, importa articular a forma como os conceitos ora propostos, em linha com as demais definições adotadas, contribuem para interpretar o ordenamento jurídico em análise.

Trata-se de uma articulação do princípio da obrigatoriedade residual com os demais conceitos que orbitam a ação penal (legalidade, discricionariedade e oportunidade – descritos na Seção 5.4), de forma a explicar a compreensão dos dois tipos de realização de Justiça presentes em nosso país: disputada e consensual. Como temos feito ao longo do trabalho, o foco maior será dado ao aspecto do consenso.

### 6.2.1 Justiça disputada

Do ponto de vista da Justiça disputada, temos que o ferramental teórico tem como principal mote o reforço do reconhecimento da obrigatoriedade em torno da ação penal de iniciativa pública. E isso se reveste de especial relevo em um contexto no qual o princípio mais importante da ação penal vinha sendo colocado em xeque, mesmo sem a existência de quaisquer institutos que fugissem à lógica estritamente disputada. Isso porque, muito embora coloquemos como marco inaugural do enfraquecimento teórico do princípio da obrigatoriedade em sua acepção pura o surgimento do consenso no país, é fato que questionamentos de ordem

---

Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. *et al.* (coord./org.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7), p. 118.).

pragmática já eram feitas antes mesmo das mudanças em nosso quadro normativo (ver, em especial, Capítulo 4).

Independentemente de questionamentos de ordem criminológica ou de política criminal, entendemos que, feito todo o percurso neste trabalho, a obrigatoriedade há de ser reafirmada, ainda que acompanhada de seu caráter residual. Ficou marcado que o nosso ordenamento jurídico ainda reconhece que o Estado deve buscar a pretensão punitiva de toda e qualquer conduta que em tese ofenda a lei penal. Que se trata de expediente mandatório, a ser exercido pelo membro do órgão acusatório e controlado por outros atores (controle hierárquico do MP ou judicial, a depender do caso). E que a saída conflitiva (ou disputada), embora possa ser dispensada em caso do sucesso de acordos processuais, é parte fundamental de um todo coerente do sistema processual brasileiro, que tem na *igualdade* um valor informador – consequência mais ampla da obrigatoriedade da ação penal. E assim buscamos retomar o sentido da obrigatoriedade na Justiça disputada, que, claro, possui um sentido mais próximo daquele originalmente formulado.

As demais regras decorrentes do princípio da obrigatoriedade seguem vigentes e, para não nos repetirmos, faremos apenas referência à sua menção neste trabalho (ver Seção 3.2.2.1.3). O que importa marcar nesse momento é que, como resta claro da política criminal estabelecida pela legislação de vigência, não caberá aos agentes de Estado se imiscuírem em matéria de definição sobre eventuais prioridades no trato das soluções em matéria penal. A saída consensual é em regra um antecedente necessário e, a solução disputada, o mecanismo sequencial. Isso para dizer que não há reconhecimento de *discricionariedade* na atuação dos membros de Estado para definir tal ou qual crime a se perseguir. Não existe, sob qualquer leitura sistemática que se faça das normativas em vigor, um espaço de liberdade para pautar sua atuação. Trata-se de um agir vinculado, limitado pelos estritos marcos legais. Nem mesmo espaços de *oportunidade* conseguimos reconhecer quando analisamos nossas leis, vez que, em nossa leitura, a atuação se pauta apenas pela interpretação e aplicação das normativas, sem o reconhecimento de, interpretada a norma, mais de um caminho possível e por lei legitimado.

Volta-se, nesse momento, ao relevante debate sobre a legalidade no processo penal. Embora tenhamos desde os Capítulos pretéritos afastado a noção de legalidade daquela de obrigatoriedade (ver, em especial, Seção 3.2.2.1.2), reconhecemos nesse momento a necessidade de reafirmá-la, em seu sentido mais condizente com nosso sistema processual. E, para isso, voltamos à forma como abrimos o presente tópico: os questionamentos acerca de um enfraquecimento da obrigatoriedade, ou de formas alternativas de leitura de nossa processualística da ação penal, escapa de uma análise estritamente normativa do quanto

disposto em nosso ordenamento. Não há, nesses termos, espaço para questionar a obrigatoriedade em nosso sistema processual. E, da mesma forma como resgatamos a obrigatoriedade neste trabalho, ainda que com novos temperos, fazemos o mesmo no que toca à necessidade de se pensar na *legalidade*: atuação dos órgãos estatais em respeito ao sentido da interpretação mais estrita das leis de regência

### **6.2.2 Justiça consensual**

Do ponto de vista da Justiça consensual, é patente que a sua expansão aclarou a necessidade de repensarmos o nosso ordenamento jurídico. O paulatino aumento de soluções ao conflito penal epistemicamente distintas daquelas consagradas em nossa Justiça antes exclusivamente disputada colocou diversas dúvidas, que mereceram ser dirimidas ao longo dos anos e da evolução de nosso debate jurídico. Do ponto de vista da ação penal, como parece evidente a essa altura, foi colocado em xeque o conceito original do princípio da obrigatoriedade, em sua acepção pura, que não mais respondia aos novos regramentos.

Com a proposição do princípio da obrigatoriedade residual e com as definições para outros conceitos que orbitam a ação penal delimitados, buscamos sistematizar duas inferências gerais importantes: (i) o papel do consenso como antecedente à disputa na persecução penal, assim como (ii) a afirmação da obrigatoriedade e a conseqüente ausência de princípios alternativos para qualificar a ação penal.

#### **6.2.2.1 Consenso como antecedente necessário à disputa**

Uma primeira inferência geral que pode ser feita em relação ao papel desempenhado pela Justiça consensual em nosso ordenamento jurídico diz respeito à sua primazia em relação à lógica disputada. A regra é a verificação do cabimento de alguma das hipóteses consensuais antes de se enveredar pelo caminho do conflito. E isso se explica pelas razões de eficiência pensadas em termos de política criminal pelo nosso legislador, sendo a composição a saída mais rápida para o conflito penal e que, por isso, deve ser buscada. Existem poucas exceções,<sup>619</sup> certo que o padrão é ser o consenso um antecedente *necessário*.

---

<sup>619</sup> Como uma exceção que poderia ser aventada, levantamos a própria formatação da suspensão condicional do processo, oferecida em conjunto com a denúncia. Assim mesmo, a saída de consenso há de ser aplicada antes da instrução processual, o que não invalida a conclusão tirada. Da mesma forma, a aplicação *a posteriori* de institutos de consenso, notadamente da mesma suspensão e do acordo de não persecução penal após o estabelecimento de uma pena concretamente considerada (ou eventual desclassificação de um crime),

Embora já tenha havido dúvidas no início da história dos institutos de consenso, em especial por conta da locução dúbia colocada pelo legislador (no sentido de que o MP *poderia* propor acordos), a interpretação atual não pode ser outra que não no sentido de ser um poder-dever do órgão acusatório o oferecimento das propostas consensuais. Ou seja, satisfeitas as condições impostas pela lei, em regra objetivas, o Ministério Público *deve* enveredar pela avaliação da viabilidade dos acordos processuais. O que se verifica é que foram colocadas *etapas consensuais necessárias e mandatórias*<sup>620</sup> a serem observadas ao longo da persecução penal. E esse é justamente o ponto que a doutrina tem dificuldade em reconhecer: uma compatibilização possível e necessária entre as soluções distintas ao conflito penal.

Os institutos consensuais passaram a ser mecanismos mandatários a serem considerados na persecução penal, estando o membro do Ministério Público, satisfeitas as condições de autoria e materialidade delitivas, vinculado à verificação de seus requisitos – e, por conseguinte, à propositura do acordo, acaso existente. Entretanto, se por algum motivo a via consensual não restar frutífera (recusa do sujeito imputado, não atendimento a um ou mais requisitos), é (também) mandatária a ação penal pública. Ou seja, o que ocorreu foi o estabelecimento de algumas etapas antecedentes à disputa, que funcionam sob uma lógica diferente, na qual a busca pela verdade é deixada de lado e o estabelecimento de culpa pelo Estado é dispensado, para legitimar a sanção penal.

Daí o conceito já apresentado de obrigatoriedade residual: existem diferentes formas de realização da Justiça penal, sendo que, em todos os cenários, é obrigatório o impulsionamento da persecução penal. O consenso funciona, em regra, como o antecedente necessário e, superado, a obrigatoriedade em seu sentido residual se manifesta: é mandatária a persecução por meio da tradicional disputa em um cenário de adjudicação para solução do conflito.

---

constituem realmente exceções, que apenas confirmam a regra de que o consenso é antecedente na ampla maioria dos casos.

<sup>620</sup> Ver ZILLI, Marcos. A Justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 58. Referido autor evolui a leitura em sentido semelhante ao que faremos na Seção 6.3, quando aponta a necessidade de respeito às saídas consensuais como antecedentes necessários ao processo conflitivo: “A recusa, não amparada nos requisitos legais, afasta a justa causa para o uso da via disputada. Ou seja, não haverá interesse de agir – necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso via consensual. Dito de outra forma, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395, III do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça” (p. 58-59). Ver, também, texto de nossa autoria em que sugerimos a ausência de discricionariedade do órgão acusatório: FRANCO, Ivan Candido da Silva de. O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 29, n. 344, p. 20-22, jul. 2021.

### 6.2.2.2 Ausência de princípios alternativos aplicáveis à ação penal

Um segundo aspecto que pode ser desenvolvido a partir dos conceitos mobilizados diz respeito à compreensão de princípios e regras aplicáveis à ação penal. Conforme desenvolvido no Capítulo 5, houve (e há) uma grande imprecisão teórica em matéria de se classificar a ação penal de iniciativa pública em nosso país. E isso desde os primórdios do consenso no Brasil.

Quando da introdução dos institutos de consenso nos anos 1990, não havia nada em nosso sistema próximo de uma *discricionariedade* do Ministério Público. Por qualquer ângulo que se olhe, quer pela justificação ao projeto de alteração legislativa, quer pelo texto da lei posta, nunca houve algo próximo de uma ampla liberdade para o órgão acusatório. Sua atuação, em quaisquer dos institutos despenalizadores considerados, restringia-se a avaliar a aplicabilidade dos critérios previstos em lei nos momentos processuais previstos. E o passar dos anos e a profusão de hipóteses não mudou essa tônica com relação aos acordos processuais considerados,<sup>621</sup> vez que ao Ministério Público cabia a subsunção das hipóteses de lei, sendo seu agir controlado (pelo magistrado ou por órgão hierárquico da própria instituição).

Não discordamos do “enfraquecimento” da obrigatoriedade pura causada pela Lei dos Juizados Especiais. Apenas registramos que, por outros motivos, nossos pensadores e acadêmicos já vinham questionando a ineficácia de um sistema penal que formalmente persegue a todo e qualquer fato potencialmente delitivo, pois, concretamente, isso não seria exequível. E, com a mudança normativa com as cada vez mais numerosas hipóteses de consenso, o caminho para a completa exclusão da obrigatoriedade parecia mais “natural”.

Entretanto, a opção teórica de enfraquecer um princípio e colocar outro(s) no lugar não trouxe importantes ganhos analíticos para a compreensão de nosso processo penal, pois não explica com precisão o cenário do nosso sistema processual, tampouco compatibiliza as lógicas do consenso e da disputa. Nesse sentido, os mais distintos *nomen juris* mobilizados como “novos princípios”, sendo discricionariedade ou oportunidade regrada os mais populares deles, não descrevem com precisão o quadro normativo da persecução penal, nem nosso sistema processual efetivamente é estruturado.

Isso porque, conforme exaustivamente demonstrado, um princípio implica diversas características intrínsecas, entre elas a capacidade de ser um polo irradiador de outras regras e da forma como se interpreta um dado ordenamento jurídico. E isso nunca houve em nenhum desses casos, pois os ditos “princípios” eram, em verdade, meras bengalas para justificar a

---

<sup>621</sup> Uma vez mais, registramos que, dos institutos da Lei nº 12.850/2013, estamos apenas considerando o acordo de imunidade (não denúncia) na colaboração premiada, conforme já amplamente justificado.

ausência do princípio da obrigatoriedade (em sua acepção pura), enfraquecido com a criação de novas regras que o enfraqueciam. E observando o significado dos conceitos utilizados para explicar nosso sistema processual por meio dos ditos novos princípios, verifica-se a sua incompatibilidade.

Nunca houve *discrecionariade* do órgão acusatório em definir por tal ou qual saída na persecução penal, exercendo a sua ampla liberdade de escolha. Essa é uma feição que não possui raiz em nossa cultura jurídica, na qual não apenas a atuação do membro do órgão acusatório é vinculada como também temos, historicamente, o princípio da obrigatoriedade. Da mesma forma, a *oportunidade* entendida como essa opção com liberdade mais plena de definição de políticas criminais no caso concreto tampouco encontra guarida em nosso ordenamento. Existe, é verdade, a necessidade de interpretação dos fatos para se chegar à subsunção da norma, e isso não se pode tirar dos agentes de Estado. De outro lado, após a atividade exegética, o agir se torna um poder-dever do representante do Estado, certo que o Ministério Público deve exercer tal múnus e, não o fazendo, está sujeito a controle.

Por fim, é de se dizer que, com esse quadro teórico coerente desenhado, não temos uma gama de princípios “alternativos” capazes de explicar a ação penal de iniciativa pública no Brasil. Não há que se falar em cada vez mais numerosas “exceções” ao princípio da obrigatoriedade, consagrando uma suposta oportunidade regrada (ou qualquer outro conceito semelhante, e igualmente impreciso, para se compreender o fenômeno). Não há conflito de princípios porque simplesmente não existe outro princípio semelhante que opere seus efeitos na ação penal de iniciativa pública. O único princípio que opera seus efeitos neste aspecto é da obrigatoriedade residual.

O princípio da obrigatoriedade residual é um só e, com sua interpretação, é capaz de explicar todo o fenômeno da ação penal, desde seu nascedouro, e no que toca à forma de se exercer a pretensão punitiva do Estado em um cenário de diferentes soluções do conflito criminal. E a existência de um princípio unificador carrega importância maior do que se pode parecer à primeira vista. Isso porque, são muitas as regras e outras consequências interpretativas oriundas da sua própria existência. Sustentar a existência de princípios outros, em que existiria alguma forma de atuação discricionária dos órgãos de Estado, seria desconsiderar por completo uma interpretação coerente de nossas leis de regência quando previram os institutos de consenso da forma como foram feitos: bem regulamentados, com momento processual preciso para a propositura e de origem vinculada. Seria, em outras palavras, desconsiderar a *cultura jurídica* que inspirou a chegada do movimento internacional de consenso, com uma previsão jurídica à *brasileira*, isto é, pensada para ser aderente ao nosso sistema processual.

Com essas considerações em vista, e reforçando o papel relevante e unificador do princípio da obrigatoriedade residual, passamos para a Seção seguinte, de aplicação prática do referido conceito e de suas decorrências. A interpretação coerente da aplicação dos institutos de consenso demonstra a relevância do quanto temos defendido ao longo desta Tese.

### 6.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL AOS INSTITUTOS DE CONSENSO

Do ponto de vista pragmático e da prática da processualística penal, importa verificar a forma como os conceitos ora propostos são aplicados quando confrontados com as situações concretas e as interpretações delas extraídas. Como as principais mudanças em nosso ordenamento jurídico com impacto de relevo na compreensão da ação penal de iniciativa pública ocorreram no âmbito da Justiça consensual, é sobre ela que as próximas linhas serão focadas.

Trata-se de proposições de testes para cada um dos institutos consensuais que impõem obrigações aos representantes estatais (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de imunidade processual na colaboração premiada<sup>622</sup> e acordo de não persecução penal), de forma a aplicar os conceitos trazidos no presente estudo, em especial o *princípio da obrigatoriedade residual*. Vale registrar que a ordem de apresentação dos institutos é histórico-cronológica, isto é, leva apenas em consideração o seu momento de ingresso em nosso ordenamento jurídico.

#### 6.3.1 Transação penal

Feitas as necessárias explanações sobre as premissas e os aspectos metodológicos a serem considerados, passamos a analisar a transação penal, prevista na Lei nº 9.099/1995. Destrincharemos os aspectos presentes na legislação de referência à luz do arcabouço conceitual, propondo caminhos interpretativos para os diferentes casos e explicitando a

---

<sup>622</sup> Como já restou claro da exposição individualizada de cada um dos institutos, tratamos no presente trabalho a colaboração premiada, como gênero, de maneira distinta dos demais mecanismos a que qualificamos como *consensuais*. Isso porque, dadas as suas peculiaridades, já a classificamos preteritamente como uma estratégia de defesa, a ser eventualmente mobilizada pelo sujeito imputado (FRANCO, Ivan Candido da Silva de. O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 29, n. 344, p. 20-22, jul. 2021.), o que acaba por afastá-la dos demais institutos, os quais dialogam mais diretamente com o papel (ou poder-dever) exercido pelo representante do Ministério Público na persecução penal. Exceção a essa regra na colaboração premiada é o instituto do acordo de imunidade (não denúncia), o qual abordaremos com verticalidade nesta Seção.



consequência teórica que pode ser verificada. Ao final, apresentaremos quadros organizativos e sumarizados do quanto desenvolvido.

### **6.3.1.1 *Justa causa na transação penal***

Acerca do primeiro aspecto a ser considerado, a justa causa, há previsão específica da necessidade de sua verificação em momento anterior à propositura do acordo penal. Embora sequer fosse necessária tal previsão, em vista das demais regras e princípios processuais penais aplicáveis, fato é que o legislador optou por determinar no *caput* do art. 76 que: “[...] não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena [...]”. Ou seja, a persecução penal somente pode avançar da etapa procedimental preliminar (de investigação) se verificada a sua mínima viabilidade, segundo os critérios de lei.

Nesse ponto, vale registrar crítica frequente presente na literatura, segundo a qual, notadamente nos delitos de baixa ofensividade, o filtro da justa causa seria negligenciado em nome de uma massificação ou aceleração da tutela criminal, incentivada pela feição simplificada ditada pelo rito dos juizados especiais criminais.<sup>623</sup> Não desconhecendo isso, defendemos aqui que aspectos mínimos em termos de indícios de materialidade e autoria devem ser verificados para todo e qualquer delito, sob pena da imprestabilidade daquela persecução penal. Para o caso da transação penal que seja eventualmente firmada, teríamos a sua necessária anulação acaso se verificasse um cenário desprovido da análise acerca da justa causa. Tal dever é imposto ao órgão acusatório, no momento de apresentar a proposta (e a consequente denúncia, acaso não firmado o consenso), bem como ao magistrado, quando de seu controle da persecução penal estatal, seja na fase do acordo, seja na fase disputada.

Sendo assim, como faremos para cada etapa referente aos institutos analisados, separamos os cenários jurídicos possíveis. Para cada etapa do processamento, que se dá de modo sequencial, na exata forma e ordem em que apresentamos, explicitamos a solução jurídica advinda da análise dos cenários individualmente considerados e, ao final, indicamos a consequência teórico-analítica que pode ser retirada dos testes práticos aos quais as hipóteses

---

<sup>623</sup> Ver, por todos, REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 5, n. 9/289, p. 331-355, jul./dez. 2008, p. 346-352. Tal crítica ventilada não é solitária, dizendo respeito à apresentação de acordos criminais em casos que não justificariam a intervenção penal, isto é, em que as condições mínimas não existiriam e, caso levados a julgamento, a absolvição se verificaria. Feito todo o percurso deste trabalho, por experiências comparadas e com análise exaustiva do caso brasileiro, sabemos que a consensualidade implica concessões e que, em um cenário no qual não há reconhecimento de culpa formal pelo Estado, a exigência da qualidade do *standard* probatório é menor. Entretanto, isso não pode significar a completa ausência de exame inicial mínimo, função essa que compete especialmente aos membros do Estado.

foram submetidas. Passemos à descrição dos cenários e, ao final, registraremos o resumo do quanto abordado em um quadro-resumo.

Para o caso de existir justa causa para a persecução penal, o caminho a ser seguido deve ser o da sua continuidade, com a sequência dos atos procedimentais devidos. Pode parecer trivial fazer esse reforço, mas não o é. A necessidade de verificação da justa causa é exercício funcional que deve ser desempenhado pelo representante do órgão acusatório e, caso não realizado a contento, é ato passível de revisão. Isso é reforçado pela crítica já referida acerca de casos concretos que sequer são analisados, o que, para além de configurar flagrante ilegalidade, gera distorções de processamento de situações que não atendem aos requisitos mínimos a justificar a mobilização do aparato criminal do Estado.

Assim, poderíamos explicitar os resultados da seguinte forma: em se verificando a justa causa, deve a persecução penal ter seu prosseguimento, em homenagem à obrigatoriedade. De outro lado, acaso arquivada a persecução penal diante de um cenário de verificação da justa causa, o ato deve ser controlado pela autoridade competente prevista no art. 28 do Código de Processo Penal,<sup>624</sup> o órgão hierárquico do Ministério Público, o que também reforça a existência da obrigatoriedade. De outro lado, quando não se verifica a justa causa na situação concreta, o caminho do membro do MP deve ser o arquivamento, o que há de ser homologado após a revisão ministerial, e reforça a legalidade no processo penal, pois somente devem ser perseguidos criminalmente fatos com indícios suficientes de autoria e materialidade. Por fim, e em homenagem à legalidade (em especial aos pressupostos e condições da ação), acaso o MP prossiga no intento punitivo em cenário de ausência de justa causa, deve haver o controle judicial, com determinação de arquivamento da persecução penal assim que os autos forem conclusos à sua apreciação, em respeito à necessidade de se observar a verificação da justa causa (CPP, art. 395, III). Isso se aplica, portanto, a um acordo celebrado entre as partes ou ao posterior oferecimento da denúncia. Em qualquer cenário, é dever do magistrado não permitir com que a persecução penal se desenrole tendo como origem uma conduta que não se amolda aos requisitos mínimos de justa causa exigidos por lei.

---

<sup>624</sup> Conforme adiantado, iremos abordar no trabalho também a redação original do CPP no que se refere ao controle do arquivamento da persecução penal (art. 28), isto é, de antes da reforma empreendida pela Lei Anticrime. Por entendermos que a redação nova deve prevalecer após análise final do Supremo Tribunal Federal e que ela privilegia um estágio superior de *acusatoriedade* de nosso sistema, faremos as devidas considerações sobre a redação original de nossa Codificação Processual sempre em notas de rodapé. Pois bem, para o presente caso, o controle existente ainda seria aplicado para o ato ilegal do membro do MP, porém, quem o faria seria o magistrado, submetendo o caso, na sequência, ao órgão hierárquico do Ministério Público para sua apreciação quanto ao ato.

Veja-se quadro resumido, com a solução jurídica dada a partir da interpretação dos cenários à luz dos conceitos articulados, bem como a consequência jurídica (chamada de “conclusão”) que se verifica:

**Quadro 1.1 - Exame da justa causa na transação penal**

	<b>Existe justa causa e MP arquiva a persecução penal</b>	<b>Existe justa causa e MP prossegue na persecução penal</b>	<b>Não existe justa causa e MP arquiva a persecução penal</b>	<b>Não existe justa causa e MP prossegue na persecução penal</b>
<b>Solução jurídica</b>	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28)	Prosseguimento após verificação dos elementos mínimos aptos a justificar a deflagração da ação penal	Homologação pelo órgão hierárquico do MP (CPP, art. 28)	Controle judicial, feito pelo arquivamento da persecução penal (CPP, art. 395, III)
<b>Conclusão</b>	Reforço da obrigatoriedade	Reforço da obrigatoriedade (pelo antecedente consensual, ou pelo processo disputado)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)

**Nota:** elaboração própria.

### **6.3.1.2 Critérios objetivos na transação penal**

Na sequência da análise da justa causa, o membro do órgão acusatório deve auferir os critérios legais para o oferecimento da proposta de transação penal. Conforme deixamos claro ao longo da presente Tese, não se trata de mera faculdade do Ministério Público oferecer o acordo, mas, sim, de hipótese legal vinculante, tornando a etapa consensual no formato que se analisa um antecedente necessário à saída disputada do processo.

Os critérios da transação penal por nós qualificados como objetivos estão dispostos tanto no *caput* do art. 76 (“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada [...] o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”), quanto no seu § 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.

Como se vê, são critérios auferíveis de plano, de modo reto e com baixa divergência interpretativa.

Sobre a sua aplicação, já verificada a primeira etapa (de existência ou não de justa causa para prosseguimento na persecução penal), há o cenário da análise da existência dos *critérios objetivos*. Quando se localiza o cumprimento dos critérios objetivos determinados expressa e especificamente em lei, o caminho esperado é o oferecimento da transação penal, pois essa representa uma etapa antecedente (necessária e obrigatória) na persecução penal, certo que, em assim ocorrendo, o caráter residual da obrigatoriedade é reforçado, significando que a mobilização da via disputada da solução criminal apenas ocorre nos casos em que a via consensual, que é anterior, não se aplique.

De outro lado, se verificados os elementos objetivos e o membro do Ministério Público entender por bem oferecer a denúncia criminal, há uma quebra da lógica sistêmica, justificando o controle judicial<sup>625</sup> de tal ato, o que deve ser feito pelo não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir, em especial a sua hipótese de interesse-necessidade (CPP, art. 395, II). Isto é, havia outra medida legalmente prevista para a persecução penal e, não podendo o magistrado de ofício oferecer a transação penal (ato de competência própria do MP), resta o controle do ato para declará-lo ilegal e, assim o fazendo, reforçar o caráter residual da obrigatoriedade. Ainda, no caso de existirem elementos objetivos e o MP optar pelo arquivamento da persecução penal,

---

<sup>625</sup> Não se ignora a existência da Súmula STF/696, já mencionada anteriormente quando da análise da suspensão condicional do processo (Seção 4.2.2.2), e que tem a seguinte redação: “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”. De toda sorte, em razão de tal dispositivo legal ter sofrido alteração legislativa relevante e que mudou a feição do controle da etapa administrativa da persecução penal, pensamos que tal enunciado sumular há de ser revisto pela Suprema Corte. E, mais do que isso, pelo que se estabeleceu na nova redação, nos parece haver um movimento do legislador no sentido de conferir maior acusatoriedade ao nosso sistema processual, o que pode significar uma melhor divisão de papéis dos sujeitos processuais. Tendo isso em vista, interpretamos que o controle de obrigatoriedade na fase administrativa da persecução penal (determinação de arquivamento de investigação) ficou a cargo exclusivo do Ministério Público (art. 28). Todavia, isso não deve esvaziar o necessário controle exercido pelo Poder Judiciário, tanto na etapa antecedente consensual, quanto na seguinte, que é disputada. O magistrado deve, por seus atos de controle, garantir o processamento na forma prevista pelas leis. Como não existe mais o heterodoxo controle da acusação exercido pelo Judiciário, entendemos também inaplicável tal sistemática para qualquer outra hipótese, seja na fase consensual, seja no nascedouro da fase disputada.

o caminho será o do controle hierárquico (CPP, art. 28),<sup>626</sup> feito pelo órgão de sobreposição do Ministério Público, o qual, fazendo valer a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, deve revisar o ato de seu membro.

Para o outro grupo de situações, no qual não existem elementos objetivos aptos a justificarem o oferecimento da transação penal, o caminho esperado é o do aviamento da ação penal por meio do oferecimento da denúncia, o que reforça a obrigatoriedade. De outra banda, acaso um cenário de inexistência de aspectos objetivos redunde no oferecimento da proposta de transação penal, tal ato deve ser objeto de controle judicial, para reconhecer a sua ilegalidade. Isso é realizado pela previsão expressa na Lei dos Juizados Especiais que aponta para o controle pelo magistrado<sup>627</sup> (Lei nº 9.099/1995, art. 76, §3º), tendo como consectário lógico o reforço do caráter obrigatório da persecução penal. Em tais casos, o MP é cientificado e a consequência esperada seria o posterior oferecimento da denúncia. Por fim, em um cenário de não existência de elementos objetivos que resulte no arquivamento, o caminho será o do controle hierárquico (CPP, art. 28),<sup>628</sup> feito pelo órgão de sobreposição do Ministério Público, o qual é competente para revisar o ato do representante do MP, tendo como consequência jurídica o reforço da obrigatoriedade.

Veja-se quadro resumido, com a solução jurídica dada a partir da interpretação dos cenários à luz dos conceitos articulados, bem como a consequência jurídica verificada:

---

<sup>626</sup> Para o presente caso, segundo a redação original do CPP, o controle existente ainda seria aplicado para o ato ilegal do membro do MP, porém quem o faria seria o magistrado, submetendo, na sequência, ao órgão hierárquico do Ministério Público para sua apreciação final quanto ao ato.

<sup>627</sup> Deixamos de considerar a atividade judicante prevista no § 1º da Lei dos Juizados Especiais (“*Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade*”) por se tratar de mera aplicação da sanção imposta, sem impacto processual relevante ou nos conceitos teóricos desenvolvidos.

<sup>628</sup> Com relação à redação original do CPP, o controle do ato ilegal do membro do MP seria feito pelo juiz, submetendo, na sequência, a decisão ao órgão hierárquico do Ministério Público para sua apreciação quanto ao ato.

**Quadro 1.2 - Exame de critérios objetivos na transação penal**

	Existem elementos objetivos do acordo e MP oferece denúncia	Existem elementos objetivos do acordo e MP oferece transação	Existem elementos objetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal	Não existem elementos objetivos do acordo e MP oferece denúncia	Não existem elementos objetivos do acordo e MP oferece transação	Não existem elementos objetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal
Solução jurídica	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento após verificação dos elementos objetivos que permitem o entabulamento do acordo	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento após verificação da ausência de elementos objetivos, que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo disputado	Controle judicial para não homologação do acordo (Lei nº 9.099/1995, art. 76, §3º), o que implica o oferecimento da denúncia	Controle hierárquico pelo órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal
Conclusão	Caráter residual da obrigatoriedade reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade reforçado	Obrigatoriedade reforçada	Obrigatoriedade reforçada	Obrigatoriedade reforçada	Obrigatoriedade reforçada

**Nota:** elaboração própria.

### 6.3.1.3 Critérios subjetivos na transação penal

Por fim, há os critérios subjetivos que devem ser verificados em cada um dos casos concretos. Referidos critérios estão presentes apenas em dispositivo no § 2º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais: “Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: [...] 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”.

Conforme explicitado na metodologia atinente ao presente Capítulo (ver Seção 6.1), quando da análise da presença dos critérios subjetivos, a proposição de acordos processuais deve ser a regra. Mais do que isso, a própria Lei dos Juizados Especiais apenas autoriza a recusa do MP à propositura se “*ficarem comprovadas*” as circunstâncias aqui qualificadas como critérios subjetivos. O ônus argumentativo e interpretativo se encontra na hipótese de não se oferecer a proposta de transação penal, que deve ser devidamente justificada e motivada para que seja medida considerada legal. Isso significa que, para além de contar com adequada motivação, a negativa deve dizer respeito ao caso concretamente considerado, do ponto de vista dos elementos de informação sobre autoria e materialidade específicos, num verdadeiro critério caso a caso. Não se autoriza, por flagrante ilegalidade, o bloqueio abstrato da Justiça consensual para determinada pessoa ou determinados delitos.

Na aplicação para os casos, existindo os elementos subjetivos, a ação esperada é o oferecimento da transação penal para o sujeito imputado, medida essa que reforça o caráter residual da obrigatoriedade, vez que o impulsionamento da persecução penal, em casos tais, é realizado por meio da consensualidade. Caso, entretanto, diante de tais circunstâncias fáticas, entender o representante do Ministério Público pelo oferecimento da denúncia, o ato há de ser controlado pelo magistrado, pois ausente uma das condições da ação (interesse de agir), redundando na rejeição da denúncia. Isso também representa um reforço ao caráter residual do princípio da obrigatoriedade, vez que o processo disputado apenas se justifica depois de esgotada a via consensual, que tem precedência. Registre-se, uma vez mais, que o controle aqui proposto há de ser pautado pela legalidade, e observada a proporcionalidade, pois não se ignora que os critérios subjetivos (quanto à materialidade do fato ou à autoria) exigem maior exercício hermenêutico e, por isso, podem resultar em meras divergências de leitura que, entretanto, não são suficientes para que se caracterize a ilegalidade. Por fim, acaso presentes os elementos subjetivos e o representante do MP optar pelo arquivamento da persecução penal, faz-se necessário o controle hierárquico pelo órgão de sobreposição do Ministério Público,<sup>629</sup> o que reforça o caráter obrigatório do impulsionamento da ação penal de iniciativa pública, mesmo que, para tanto, esse controle não seja feito pelo aparato judicial.

De outra banda, há os casos em que não estão caracterizados os elementos subjetivos que amparam a transação penal, o que deve resultar no oferecimento da denúncia criminal por parte do MP. Entretanto, se, não existindo elementos subjetivos, for oferecida a transação penal por parte do Ministério Público, deve incidir o controle judicial de tal ato, vez que é eivada de ilegalidade uma solução acordada em que se ficar demonstrado que as circunstâncias pessoais ou do delito não autorizam a mobilização do consenso, nos termos da lei. Ao se fazer esse controle, restrito pela própria característica mais subjetiva dos critérios, estará reforçada a obrigatoriedade na proposição da ação penal de iniciativa pública, que determina que, não se perfazendo os acordos processuais, deve ser mobilizada a faceta disputada da solução do conflito criminal. Por fim, inexistindo elementos subjetivos e optando o Ministério Público indevidamente pelo arquivamento da persecução penal, aciona-se o controle hierárquico, competente para reavaliar os atos praticados por seus membros e, com isso, reforçar a obrigatoriedade por meio de controle administrativo.

Veja-se quadro resumido, com a solução jurídica dada a partir da interpretação dos cenários à luz dos conceitos articulados, bem como a consequência jurídica verificada:

---

<sup>629</sup> Pela redação original do Código de Processo Penal em seu art. 28, seria o magistrado o responsável por esse controle anômalo da atividade de acusação do Ministério Público.

**Quadro 1.3 - Exame de critérios subjetivos na transação penal**

	Existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece denúncia	Existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece transação	Existem elementos subjetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece denúncia	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece transação	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal
Solução jurídica	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento o após verificação dos elementos subjetivos que permitem o entabulamento do acordo	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento o após verificação da ausência de elementos subjetivos, que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo disputado	Controle judicial para não homologação do acordo (Lei nº 9.099/1995, art. 76, §3º), o que implica o oferecimento da denúncia	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal
Conclusão	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada

**Nota:** elaboração própria.

### 6.3.2 Suspensão condicional do processo

Após a análise das implicações práticas do instituto da transação penal à luz do arcabouço teórico proposto na presente Tese, adotaremos caminho semelhante para a suspensão condicional do processo, também prevista na Lei nº 9.099/1995. Os aspectos metodológicos serão mantidos, com a análise da legislação pertinente com base nos conceitos construídos ao longo do trabalho, com explicitação das soluções jurídicas e das consequências verificadas para cada um dos cenários analisados.

#### 6.3.2.1 *Justa causa na suspensão condicional do processo*

Caminhando na linha de análise da aplicação dos institutos, é de se registrar uma primeira diferença substantiva em relação à transação penal: a suspensão condicional (*sursis* processual) é proposta em momento posterior, quando já realizado o oferecimento da denúncia. Ou seja, embora seja um antecedente da instrução processual, a suspensão condicional do processo há de ser proposta em conjunto com a exordial acusatória. Possivelmente por essa característica, a



previsão quanto à necessária análise da justa causa não vem explícita no texto da Lei dos Juizados Especiais, haja vista existir previsão aplicável nas regras gerais de processamento do CPP, quando do regular oferecimento da exordial acusatória. O instituto vem previsto no *caput* do art. 89 da Lei nº 9.099/1995, nos seguintes termos: “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 [...]”.

Sobre o critério da justa causa, registramos uma vez mais a necessidade de sua verificação antes do oferecimento da denúncia e da concomitante proposta de suspensão condicional do processo. A alternativa consensual, de sanção supostamente mais branda do que aquela que seria atingida por meio de um processo disputado que gerasse uma condenação criminal, não justifica o abandono do necessário exame acerca das condições da ação, em geral, e da justa causa, em especial. No caso específico do *sursis* processual, tal aspecto é ainda mais intuitivo porque o acordo penal só é viabilizado após o efetivo recebimento da denúncia por parte do magistrado (Lei nº 9.099/1995, art. 89, § 1º).

Sendo assim, em se verificando indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, deve o membro do Ministério Público oferecer a denúncia e, com isso, prosseguir na persecução penal, passando à análise dos demais critérios para verificar o cabimento da (obrigatória) saída consensual, se for o caso. Ao assim proceder, vislumbramos o reforço da obrigatoriedade, pois não se trata de uma mera opção do órgão acusatório impulsionar a persecução penal de iniciativa pública. Tal característica fica ainda mais marcada em caso de, verificadas as condições, optar o membro do MP por arquivar o caso, incidindo na hipótese o controle hierárquico<sup>630</sup> pelo órgão da própria instituição, para reforçar a necessidade de não deixar de impulsionar a ação penal em tais casos.

De outra banda, acaso ausentes os elementos da justa causa, é dever do Ministério Público representar pelo arquivamento, vez que não se pode justificar uma perquirição penal sem o necessário lastro da justa causa, seja na forma consensual, seja na forma disputada. Trata-se de matéria de ordem pública e a sua aplicação reforça a legalidade, vez que respeitadas as condições e pressupostos da ação penal. Por fim, num cenário de ausência de justa causa, existe a possibilidade de o membro do MP seguir no aviamento da persecução penal, o que não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual há que se ter o controle de tal

---

<sup>630</sup> Uma vez mais, fazemos referência à redação do art. 28 do CPP modificada pela Lei Anticrime, em virtude da decisão precária do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, que faz com que o controle de tal ato seja existente, mas, de maneira estranha à acusatoriedade, realizado pelo Poder Judiciário. Para menção mais completa à decisão de nossa Suprema Corte e à nossa visão sobre o tema, ver as notas metodológicas (Seção 6.1).

ato, realizado pelo magistrado, nos termos do CPP e da própria Lei dos Juizados Especiais (art. 89, § 1º). Longe de ser um controle meramente formal, há de se verificar desde logo a existência de condições da ação e seus pressupostos,<sup>631</sup> para garantir a legalidade de uma potencial perquirição penal – sendo ela consensual, ou disputada.

Veja-se quadro resumido, com a solução jurídica dada a partir da interpretação dos cenários à luz dos conceitos articulados, bem como a consequência jurídica (chamada de “conclusão”) que se verifica:

**Quadro 2.1 - Exame da justa causa na suspensão condicional do processo**

	<b>Existe justa causa e MP arquivada a persecução penal</b>	<b>Existe justa causa e MP oferece denúncia para prosseguir na persecução penal</b>	<b>Não existe justa causa e MP arquivada a persecução penal</b>	<b>Não existe justa causa e MP prossegue na persecução penal</b>
<b>Solução jurídica</b>	Controle hierárquico do Ministério Público (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento após verificação dos elementos mínimos aptos a justificar a deflagração da ação penal	Homologação pelo órgão hierárquico (CPP, art. 28)	Controle judicial, feito pela rejeição da denúncia (CPP, art. 395, III; Lei nº 9.099/1995, art. 89, § 1º)
<b>Conclusão</b>	Reforço da obrigatoriedade	Reforço da obrigatoriedade (seja pelo antecedente consensual, seja pelo processo disputado)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)

**Nota:** elaboração própria.

<sup>631</sup> Possível afirmar que, neste ponto, a disposição normativa da própria Lei dos Juizados Especiais é particularmente clara ao prever, no § 1º do art. 89, que “[...] 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 [...]”. Ou seja, a verificação de viabilidade da denúncia (e da persecução penal, portanto) é condição necessária e primeira para a existência de um acordo em qualquer caso. Acaso não seja viável aquela persecução penal, incorporada naquele ato pela denúncia, não há espaço para a consensualidade, pois não se trata de situação que tenha conformação fática para a tutela criminal, em qualquer uma de suas formas.

### 6.3.2.2 Critérios objetivos na suspensão condicional do processo

Caminhando na análise sequencial a ser empreendida nesses casos, os critérios objetivos para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo são aqueles que devem ser verificados. Como nota metodológica específica da suspensão condicional do processo, registramos que desconsideramos da seguinte análise a possibilidade de arquivamento da persecução penal, pois tal ato foi devidamente superado após a primeira fase, com o oferecimento da denúncia. Em vista disso, são quatro os cenários possíveis que investigamos.

Os critérios que reputamos como objetivos são aqueles descritos no *caput* do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais, que prevê que 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 CP).

Vale registrar que o dispositivo de lei do Código Penal contém apenas dois critérios objetivos do Código Penal, certo que um já era previsto no *caput* que acaba de ser referido (previsão do inciso I da legislação material, de que “[...] o condenado<sup>632</sup> não seja reincidente em crime doloso”), e, o outro, é um mero desenvolvimento do primeiro mencionado (previsão do §1º do art. 77, de que “a condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício”).

Sobre o exame dos critérios objetivos, temos que, com a sua existência, o caminho esperado é o da proposição do acordo de suspensão condicional do processo por parte do membro do Ministério Público. Com isso, reforça-se o caráter residual da obrigatoriedade, pois, mesmo reunidos os elementos necessários para o processo disputado e já oferecida a denúncia criminal, a saída consensual prevista em lei é mandatoriamente mobilizada de forma anterior. Novamente, reforça-se o caráter cogente do acordo processual, não se revestindo a sua propositura por parte do membro do órgão acusatório como uma mera faculdade sua, uma escolha livre de amarras legais por motivos de mera conveniência. Tal característica fica ainda mais marcada se, em cenário fático semelhante, optar o representante do *Parquet* por não realizar a propositura do acordo juntamente com o oferecimento da denúncia, pois tal ato é

---

<sup>632</sup> Necessária, neste ponto, a interpretação do dispositivo normativo de acordo com o contexto da eventual proposição da suspensão condicional do processo. Isso significa que, quando da análise de uma possível proposta de *sursis* processual, não se tratará de um sujeito condenado, conforme lido da letra seca da lei, pensada para reger outras situações. No Código Penal, tal previsão do art. 77 se encontra dentro do Título V, que tem como razão regular o seguinte tema: “*Das Penas*”.

passível de controle pelo Poder Judiciário. Muito em função da separação estrita de funções entre a magistratura e o Ministério Público, não pode o juiz, identificando a ilegalidade na não propositura da suspensão condicional do processo, realizar de ofício tal ato. Entretanto, a saída em maior sintonia com a lei determina a aplicação do controle judicial na forma do não recebimento da denúncia pela falta de interesse de agir, em especial pela ausência de interesse-necessidade. Isso porque uma etapa fundamental da persecução penal, necessária para se chegar à plena conformação da denúncia, entendida como peça fundante da ação penal de iniciativa pública, não foi cumprida a contento.

De outra banda, para os casos em que não são configurados os elementos objetivos que determinariam a propositura da suspensão condicional do processo em conjunto com o oferecimento da denúncia, o caminho esperado é a sua não proposição, devidamente fundamentada. A explicitação dos fundamentos para tal ato é relevante porque desnuda as razões de assim agir, fazendo com que o controle se dê de forma mais precisa. Para além disso, registramos que a persecução penal na sua forma disputada nos casos em que superada a etapa consensual demonstra, uma vez mais, a aplicabilidade da obrigatoriedade em nosso ordenamento jurídico, que não prevê espaços de oportunidade no campo criminal. Por fim, acaso inexistentes elementos objetivos para a proposta de suspensão condicional do processo e, mesmo assim, o representante do MP enveredar por tal caminho, é dever do magistrado o seu devido controle. Não pode ser aceito um acordo que esteja em descompasso com os ditames legais, razão pela qual o juiz não aplica o acordo e, recebendo a denúncia já oferecida, dá seguimento à instrução processual. Tal ato, uma vez mais, reforça a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, não se aceitando a propositura de qualquer sorte de acordo para casos não contemplados expressa e especificamente pela legislação de regência.

Veja-se quadro resumido, com a solução processual dada a partir da interpretação dos cenários à luz dos conceitos articulados, bem como a consequência jurídica verificada:

**Quadro 2.2 - Exame de critérios objetivos na suspensão condicional do processo**

	<b>Existem elementos objetivos do acordo e MP não o propõe com a denúncia</b>	<b>Existem elementos objetivos do acordo e MP o propõe com a denúncia</b>	<b>Não existem elementos objetivos do acordo e MP não o propõe com a denúncia</b>	<b>Não existem elementos objetivos do acordo e MP o propõe com a denúncia</b>
<b>Solução jurídica</b>	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento após verificação dos elementos objetivos que permitem o entabulamento do acordo	Prosseguimento após verificação da ausência de elementos objetivos, que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo disputado	Controle judicial para não aplicação do acordo (Lei nº 9.099/1995, art. 89, §1º), o que implica a continuidade do processo disputado
<b>Conclusão</b>	Caráter residual da obrigatoriedade reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade reforçado	Obrigatoriedade reforçada	Obrigatoriedade reforçada

*Nota:* elaboração própria.

### 6.3.2.3 Critérios subjetivos na suspensão condicional do processo

Por fim, e como último passo na análise sequencial a ser empreendida em casos envolvendo o *sursis* processual, os critérios subjetivos para a propositura da suspensão condicional do processo devem ser auferidos. Da mesma forma, não consideramos a hipótese de arquivamento, já superada no passo da análise quanto à justa causa, pois o acordo processual é proposto, quando o caso, no próprio ato de oferecimento da denúncia.

Assim sendo, qualificamos como subjetivos os critérios a que faz referência o art. 89 da Lei dos Juizados Especiais, e que estão dispostos no inciso II do *caput* do art. 77 do Código Penal, ditando que a persecução penal “[...] poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: [...] a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício”.

Além disso, a Lei Anticrime, promulgada mais de duas décadas após a Lei dos Juizados Especiais, trouxe um novo critério subjetivo a ser observado, constante no § 11 do art. 28-A do CPP, dizendo que “O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo”. O que torna esse critério mais aberto não

é a locução “*poderá ser*” pois, como já deixamos claro em seções pretéritas, essa escolha morfológica não afeta o sentido semântico vinculante na maior parte dos casos. Ocorre que, no presente caso, a expressão “*eventualmente*” é colocada para transmitir a ideia de uma maior abertura à avaliação, devendo o caso concreto ser analisado, não podendo todo e qualquer descumprimento do acordo de não persecução penal implicar automaticamente a não proposição do *sursis* processual.

Em análise aos cenários possíveis, começamos com aquele esperado, em que, verificada a presença dos elementos subjetivos, o representante do Ministério Público propõe ao sujeito imputado a suspensão condicional do processo. Em assim procedendo, vislumbramos o reforço do caráter residual da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, sendo a via consensual mobilizada como um antecedente à resolução disputada. Tal caráter de residualidade é reforçado ainda quando, numa situação semelhante, o membro do Ministério Público opte por não propor o acordo. Isso porque, a via consensual é uma etapa necessária na persecução penal em nosso ordenamento jurídico, sendo que, não cumprida tal exigência, é o ato passível de controle judicial<sup>633</sup> por ofensa à falta de interesse de agir, em especial pela ausência de interesse-necessidade.

Vale o registro que a cognição do magistrado em tal etapa é reduzida, haja vista ser o critério previsto em lei mais aberto, fornecendo maior espaço de interpretação ao titular da ação penal. Dessa forma, o controle judicial deve se lastrear numa análise de legalidade e proporcionalidade da medida por parte do representante do *Parquet*. De outro lado, o espaço conferido ao membro do órgão acusatório não confere ampla liberdade, devendo seu ato ser justificado, caso a caso, quando da manifestação ministerial acerca da (não) proposição de um acordo, sabendo-se que a regra em nosso ordenamento jurídico, por opção de política criminal do legislador, é a existência de acordo processual. A justificativa, uma vez mais, será balizadora para análise judicial acerca das razões invocadas para tal ato, valendo para a previsão dos critérios pessoais, para aqueles voltados ao potencial crime concretamente considerado, bem como para eventual conduta pretérita de descumprimento na execução de sanção acordada (em sede de acordo de não persecução penal).

De outro lado dos cenários, acaso não presentes os elementos subjetivos da propositura da suspensão condicional do processo, o caminho esperado é o de sua justificada não proposição e conseqüente continuidade na persecução penal, por meio da denúncia criminal já oferecida.

---

<sup>633</sup> Não desconhecemos a Súmula 696 do STF, mas, pelos motivos já externados, entendemos que sua interpretação deve ser modificada à luz das mudanças legislativas, daí a defesa da solução proposta, com base nas leis de regência e no ferramental teórico desenvolvido na presente Tese.

Com isso, é reforçada a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois, inexistindo possibilidade de caminhos consensuais para um dado caso, é necessária a busca pela solução disputada, que ocorre no processo penal inaugurado pela denúncia (já oferecida, neste caso). A obrigatoriedade também é reforçada acaso o magistrado verifique que, inexistindo elementos subjetivos autorizadores, foi a suspensão do processo proposta da mesma forma. Em casos tais, deve o juiz não aplicar o quanto previsto no acordo das partes envolvidas e, assim sendo, dar sequência a partir do recebimento da denúncia já oferecida.

De novo, deve ser tal controle restrito, tanto pela característica própria de subjetividade dos critérios a que o membro do MP é o competente para analisar e aplicar, quanto pelo fato de poder se interferir na esfera de direitos do sujeito imputado com uma decisão judicial de não reconhecimento de elementos suficientes. Por essa razão que tal controle deve ser feito, em respeito ao comando legal, mas de forma parcimoniosa, considerando a legalidade e a proporcionalidade no regular exercício da jurisdição, e homenageando, por via de consequência, a acusatoriedade de nosso ordenamento jurídico.

Veja-se quadro resumido, com a solução jurídica dada a partir da interpretação dos cenários à luz dos conceitos articulados, bem como a consequência jurídica verificada:

**Quadro 2.3 - Exame de critérios subjetivos na suspensão condicional do processo**

	<b>Existem elementos subjetivos do acordo e MP não o propõe com a denúncia</b>	<b>Existem elementos subjetivos do acordo e MP o propõe com a denúncia</b>	<b>Não existem elementos subjetivos do acordo e MP não o propõe com a denúncia</b>	<b>Não existem elementos subjetivos do acordo e MP não o propõe com a denúncia</b>
<b>Solução jurídica</b>	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento após verificação dos elementos subjetivos que permitem o entabulamento do acordo	Prosseguimento após verificação da ausência de elementos subjetivos, o que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo disputado	Controle judicial para não aplicação do acordo (art. 89, §1º, Lei nº 9.099/1995), o que implica a continuidade do processo disputado
<b>Conclusão</b>	Caráter residual da obrigatoriedade reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade reforçado	Obrigatoriedade reforçada	Obrigatoriedade reforçada

**Nota:** elaboração própria.

### 6.3.3 Acordo de imunidade processual na colaboração premiada

Para a seguinte análise da aplicação do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública no Brasil, e após os estudos dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo à luz dos conceitos desenvolvidos, voltamos o olhar para o acordo de imunidade processual (não de denúncia) na colaboração premiada, previsto na Lei de Organizações Criminosas. Muito embora esse seja o instituto com mais particularidades a serem enfrentadas na sua aplicação prática, os aspectos metodológicos são os mesmos, com mergulho nas leis de regência para lastrear a análise, com a posterior explicitação da solução jurídica e da conclusão verificada.

#### 6.3.3.1 *Justa causa no acordo de imunidade processual na colaboração premiada*

Iniciando a linha sequencial de análise da aplicação do instituto, é de se registrar que a sua formatação é a mais *sui generis* de todos os institutos de consenso analisados nesta Tese: embora o acordo processual também funcione como um antecedente à persecução penal disputada, a iniciativa do órgão acusatório de a considerar depende da vontade manifestada pelo sujeito que potencialmente se beneficiará do acordo. É dizer, apenas a partir do momento em que o particular manifesta sua vontade perante os representantes do Estado, na forma e no momento oportunos, cria-se a necessidade de sua observância pelo Poder Público.

Esta hipótese de composição, modalidade específica da colaboração premiada, permite a não denúncia do sujeito particular que atende aos requisitos previstos em lei. Segundo a dicção da Lei nº 12.850/2013: “Nas mesmas hipóteses do *caput*<sup>634</sup> deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento [...]”. Nas próximas linhas, apresentaremos, de forma sequencial, a análise a ser empreendida pelos atores do sistema de Justiça nos casos que envolvam a possibilidade de existência do acordo de imunidade processual.

Sobre o aspecto de justa causa, assim como sustentado nas Seções pretéritas, a sua verificação é uma necessária condição de procedibilidade para a continuidade da persecução penal. Trata-se de uma norma geral prevista no Código de Processo Penal, sendo certo que, mesmo em um caso de colaboração voluntária de um dado sujeito particular, não se dispensa

---

<sup>634</sup> O dispositivo presente no *caput*, da redação original da Lei, dispõe que: “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.”.



tal análise, cogente. Portanto, o só fato de o próprio sujeito imputado buscar o órgão acusatório no intuito de formalizar um acordo de imunidade processual não exime o representante do Ministério Público de verificar a existência de justa causa e, da mesma forma, deve o magistrado verificar sua existência, exercendo sua função de controle de legalidade da persecução penal.

Uma última particularidade metodológica que se aplica ao caso do acordo de imunidade se refere ao fato de que a análise da justa causa se refere aos indícios de autoria e materialidade delitivas referentes ao próprio sujeito beneficiado. Eventuais discussões sobre a existência (ou não) de infrações cometidas por terceiros dentro de uma dada organização criminosa são matérias a serem analisadas em momento posterior, mais especificamente quando do cotejo dos critérios objetivos e subjetivos. Para o momento preliminar da persecução penal, sem a presença de denúncia formulada, interessa olhar para a situação jurídica do sujeito que procura o membro do MP com o fito de colaborar com perquirições criminais, nos termos da legislação. Acaso inexistentes elementos que sugiram a presença de justa causa em relação a delitos de sua autoria, a persecução penal não pode prosseguir com relação a este sujeito – sem prejuízo da utilização de seus meios de obtenção de prova fornecidos,<sup>635</sup> se pertinentes.

Traduzindo o até então sustentado com base nas disposições da Lei nº 12.850/2013, podemos afirmar que todas as tratativas ocorrem em um ambiente de confiança e de sigilo entre os envolvidos, pois

[...] o recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial [...].

(art. 3º-B, *caput*), certo que, na apreciação inicial sobre os termos de um possível acordo, tal proposta “poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado” (art. 3º-B, §1º). Ainda, caberá ao magistrado o controle da legalidade,<sup>636</sup> o que, no

<sup>635</sup> Em tal sentido, dispositivo original da Lei nº 12.850/2013 já garantia que os eventuais elementos de prova trazidos por colaborador somente não poderiam ser utilizados em desfavor da sua pessoa: “Art. 4º [...] § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”.

<sup>636</sup> Vale, ainda, mencionar dispositivos, que tiveram redação alterada após a Lei Anticrime, que explicitam o tipo de controle a ser exercido pelo Poder Judiciário: “Art. 4º [...] § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos

caso de ausência de justa causa verificada, não pode ser suprido pelas partes, diferente de situações de inadequação de benefícios ou de ausência de demonstração de resultados da colaboração.<sup>637</sup>

Do ponto de vista dos cenários possíveis, elencamos quatro possibilidades, que passamos a analisar, juntamente com as conclusões verificadas. Para o primeiro caso considerado, em que existam elementos suficientes de materialidade e autoria e, ainda assim, o representante do Ministério Público entender pelo arquivamento da persecução penal, faz-se necessário o controle hierárquico<sup>638</sup> pelo próprio órgão do MP, para revisar a decisão e determinar o prosseguimento da perquirição pelo Estado. Com isso, a característica da obrigatoriedade inscrita em princípio processual penal é reforçada, pois, havendo justa causa, há de ser impulsionada a persecução pelos órgãos do Estado. De outro lado, verificada a justa causa e se prosseguindo a persecução, há o natural reforço do caráter obrigatório em matéria criminal, vez que a persecução penal se vê materializada quando verificada a presença dos elementos mínimos previstos em lei, o que ocorrerá pelo (antecedente) mecanismo de consenso ou, acaso superado, pela sua forma disputada. No caso do acordo de imunidade processual, a grande diferença está no fato de que tal exame há de ser realizado pelas autoridades públicas, de modo mandatório, apenas após a provocação do particular, que demonstre formalmente a vontade de colaborar, nos termos da lei.

De outro lado, devemos considerar o caso em que não haja justa causa para sustentar a continuidade da persecução penal. Em tal circunstância, o esperado é que o representante do Ministério Público oficiante opine pelo arquivamento, entendimento esse a ser posteriormente homologado pelo órgão hierárquico<sup>639</sup> do MP. Em tal caso, repisamos, interessa olhar para a situação jurídica do sujeito que decidiu colaborar, avaliando desde o primeiro momento se há indícios suficientes na empreitada criminosa por ele mesmo revelada, sob pena, inclusive, de se rejeitar desde logo qualquer acordo com ele (Lei nº 12.850/2013, art. 3º-B, § 1º). Nesse

---

exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.”.

<sup>637</sup> A Lei nº 12.850/2013, com alterações feita pela Lei Anticrime, prevê a possibilidade de as próprias partes ajustarem um acordo que não se mostre adequado, conforme se lê no § 8º de seu art. 4º: “§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.”. Tal situação, como sustentamos, não se confunde com a ausência de justa causa que, acaso verificada, não pode ser readequada pelas partes, significando que se faz necessário o controle do magistrado com o encerramento da persecução penal, sem prejuízo de eventual surgimento de novos elementos (CPP, art. 18).

<sup>638</sup> Da mesma forma como vimos destacando nas Seções pretéritas, por força de decisão precária do Supremo Tribunal Federal, ainda prevalece a regra segundo a qual a revisão pelo órgão hierárquico somente é realizada após determinação do magistrado, quando discordar das razões do arquivamento.

<sup>639</sup> Uma vez mais, fazemos referência à homologação existente hoje na lei processual penal, a qual é realizada pelo magistrado. Apenas para o caso de ele dissentir, os autos são enviados ao órgão hierárquico do MP.

sentido, verificamos o reforço da legalidade, em especial dos pressupostos e condições para o exercício da ação penal que, não sendo verificados, devem obstar a continuidade da persecução penal, sendo ela consensual ou disputada. Por fim, o último cenário previsto é o de, não estando presentes elementos mínimos de materialidade e autoria, o membro do MP se manifestar pela continuidade da persecução penal em desfavor do sujeito imputado. Nesse cenário, o controle de tal ato há de ser exercitado pelo Poder Judiciário, o que é feito pela não homologação do acordo, acaso celebrado entre as partes, ou com a posterior rejeição da denúncia, nos termos da lei. Não há lugar para sanção a um dado sujeito se não devidamente verificada a justa causa, o que se aplica para soluções via acordo ou via processo tradicional disputado.

Abaixo, o quadro-resumo com as principais informações relativas às análises empreendidas, juntamente com as conclusões.

**Quadro 3.1 - Exame da justa causa no acordo de imunidade processual**

	<b>Existe justa causa e MP arquiva a persecução penal</b>	<b>Existe justa causa e MP prossegue na persecução penal</b>	<b>Não existe justa causa e MP arquiva a persecução penal</b>	<b>Não existe justa causa e MP prossegue na persecução penal</b>
<b>Solução jurídica</b>	Controle hierárquico do Ministério Público (CPP, art. 28.), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento após verificação dos elementos mínimos aptos a justificar a continuidade da persecução penal	Homologação pelo órgão hierárquico (CPP, art. 28), para ver confirmada decisão do seu representante (Lei nº 12.850/13, art. 3º-B, § 1º)	Controle judicial, feito pela não homologação de acordo de imunidade ou rejeição da denúncia (Lei nº 12.850/13, art. 4º, §7º, I e CPP, art. 395, III)
<b>Conclusão</b>	Reforço da obrigatoriedade	Reforço da obrigatoriedade (seja pelo antecedente negocial, seja pelo processo conflitivo)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)

**Nota:** elaboração própria.

### **6.3.3.2 Critérios objetivos no acordo de imunidade processual na colaboração premiada**

Sobre o aspecto dos critérios objetivos, a sua verificação é uma necessária condição de procedibilidade para a possibilidade de se entabular um acordo de imunidade processual que redunde no não oferecimento da denúncia criminal. São alguns os critérios de índole objetiva previstos, estando eles no § 4º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, quando se estabelece que o acordo de imunidade pode ser entabulado “[...] se a proposta de acordo de

colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: [...] II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”. Vale o destaque que justamente para sanar a possibilidade de se ter um conceito jurídico polissêmico, o legislador (com a Lei Anticrime) optou por definir em lei o que seria o prévio *conhecimento* de infração, nos seguintes termos: “§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.”.

Como derradeira consideração metodológica, registramos que a ausência de quaisquer das condições objetivas previstas em lei e descritas acima obsta o acordo de ser entabulado. Isso significa que, para as hipóteses, não se aplica a saída prevista para os acordos de colaboração genericamente considerados prevista no § 8º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas. Naquele caso, o que está inadequado são os termos do acordo, que podem ser reparados pelas partes. Na hipótese que tratamos, é o próprio arcabouço fático-jurídico que não se subsume, de nenhuma forma, à possibilidade de entabulamento de acordo, devendo ser mobilizado o processo penal disputado (o que se faz pelo oferecimento da denúncia criminal pelo MP, acaso verificada a justa causa). Seguimos, então, à consideração das hipóteses de cada um dos cenários existentes.

Sobre os cenários possíveis, elencamos seis possibilidades, que passamos a analisar, e em sequência seguiremos com as conclusões. Acaso configurados ambos os critérios objetivos, o cenário esperado é que o representante do Ministério Público entenda por bem firmar o acordo de imunidade processual na colaboração premiada, materializando, assim, a solução consensual. Com isso, o caráter residual da obrigatoriedade é reforçado, pois, após a iniciativa do particular, o Estado verificou as hipóteses legais e deixou de empreender um processo penal disputado, em um cenário em que era cabível a alternativa de consenso. De outro lado, mesmo com tais elementos, pode o membro do MP optar por oferecer a exordial acusatória, deixando de adotar a via do acordo de imunidade, que tem como maior consequência o não oferecimento da denúncia. Em tal caso, há de ser exercido o controle judicial do não recebimento da denúncia, em razão da falta de interesse de agir, em especial em seu aspecto da ausência de interesse-necessidade. Ao se proceder dessa forma, é novamente reforçado o caráter de residualidade do princípio da obrigatoriedade, pois, mesmo com elementos que caracterizam crime e autoria, nem sempre deve o órgão acusatório prosseguir com a denúncia, tendo a lei determinado hipóteses em que é mandatória a saída alternativa. Nesse caso, seria o entabulamento do acordo de imunidade processual na colaboração premiada.

Por fim, como última hipótese de cenário em que se verificam os dois critérios objetivos, devemos considerar a hipótese de o membro do MP se manifestar pelo arquivamento do caso. Em tal circunstância, deve entrar em ação o controle hierárquico<sup>640</sup> do Ministério Público, de forma a garantir o impulsionamento da persecução penal, o que, como visto, há de ser feito, em princípio, pelo acordo de imunidade processual, pois presentes os critérios necessários para tanto. Como conclusão a esse cenário, vislumbramos o reforço do caráter obrigatório da persecução penal, que não pode ser simplesmente arquivada por motivos de mera conveniência de determinado agente do Estado, devendo a persecução ser impulsionada por alguma das formas previstas: pelo acordo processual ou pelo processo disputado tradicional.

Sobre os três cenários restantes, temos a situação fática na qual ao menos um dos critérios objetivos não foi preenchido. O desfecho esperado em tais circunstâncias é o oferecimento da denúncia, pois, não existentes os requisitos autorizadores do acordo de imunidade, e verificada a justa causa, é caso de impulsionar a persecução penal por meio do oferecimento da denúncia. Ao se proceder assim, reforça-se o princípio da obrigatoriedade, como vimos apresentando. De outro lado, se, em similar caso, for realizado o acordo de imunidade na colaboração premiada, há de ser exercido o controle judicial de não homologação do acordo (Lei nº 12.850/13, art. 4º, §7º, I), o que implica o oferecimento da denúncia. Com o necessário controle judicial, fica registrado uma vez mais os efeitos do princípio da obrigatoriedade, vez que a hipótese consensual não representa uma alternativa livre de amarras ao membro do Ministério, que deve respeitar as hipóteses expressamente previstas em lei. Mesmo nessa espécie de colaboração premiada, instituto genericamente associado com uma maior liberdade do membro do órgão acusatório, não vislumbramos abertura da lei para juízos de conveniência.

Por fim, como último cenário tratado, temos o caso de, ante a ausência de elementos objetivos para acordo, mas verificada a justa causa presente, entender o representante do MP pelo arquivamento do caso. Da mesma forma como vimos desenvolvendo em outros casos, a existência de justa causa não convive com um requerimento de arquivamento, em qualquer hipótese. Daí porque, em tal cenário, entraria o controle hierárquico,<sup>641</sup> de forma a ver reforçada a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. É esperada a reversão da decisão do representante do *Parquet* que opinou pelo arquivamento de uma perquirição penal quando

---

<sup>640</sup> Segundo a interpretação atual do dispositivo de lei, por conta da já mencionada decisão liminar do Supremo, o controle em tais casos seria feito segundo a redação original do art. 28 do CPP. Nesse sentido, teríamos a aplicação do controle heterodoxo de ato do Ministério Público pelo magistrado, posteriormente validado pelo órgão de sobreposição.

<sup>641</sup> Uma vez mais, fazemos referência à possibilidade da permanência da redação original do CPP, nos termos da decisão em caráter liminar pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo o heterodoxo controle judicial de matéria típica de acusação, até a apreciação de seu Plenário sobre o tema.

presentes os suficientes elementos indiciários de autoria e materialidade, o que, quando da ausência de algum dos critérios objetivos para um acordo processual, justifica o oferecimento da denúncia.

Em vista dos cenários apresentados e desenvolvidos, elaboramos quadro-resumo com tais situações e as conclusões que podem ser tiradas:

### Quadro 3.2 - Exame de critérios objetivos no acordo de imunidade processual

	Existem elementos objetivos do acordo e MP oferece denúncia	Existem elementos objetivos do acordo e MP propõe acordo de imunidade	Existem elementos objetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal	Não existem elementos objetivos do acordo e MP oferece denúncia	Não existem elementos objetivos do acordo e MP propõe acordo de imunidade	Não existem elementos objetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal
Solução jurídica	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento após verificação dos elementos objetivos que permitem o entabulamento do acordo (Lei nº 12.850/13, art. 4º, §§ 4º e 4º-A)	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28.), para ser impulsorada a persecução penal	Prosseguimento após verificação da ausência de elementos objetivos, o que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo conflitivo	Controle judicial para não homologação do acordo (Lei nº 12.850/13, art. 4º, §7º, I), o que implica o oferecimento da denúncia	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsorada a persecução penal
Conclusão	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada

Nota: elaboração própria.

#### 6.3.3.3 Critérios subjetivos no acordo de imunidade processual na colaboração premiada

Sobre o contexto dos critérios subjetivos, a sua verificação é a última etapa para viabilizar o acordo de imunidade processual. São alguns os critérios previstos na Lei nº 12.850/2013, sendo os primeiros aspectos a serem considerados aqueles previstos para todo e qualquer acordo de colaboração premiada, atinentes às características pessoais do sujeito, do crime e do resultado alcançado com a colaboração: “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.” (art. 4º, §1º). Ainda, há um critério negativo expresso e específico para o acordo de imunidade, que permite a composição se o sujeito “não for o líder da organização criminosa” (art. 4º, § 4º, I). Embora à primeira vista

o critério possa ser associado com uma avaliação mais objetiva acerca dos fatos e da organização criminosa, entendemos que a definição acerca de estruturas orgânicas dentro da referida organização pode ser mais fluída e complexa, existindo um relevante caráter interpretativo sobre a qualificação de tal rótulo. Por isso que essa atividade hermenêutica é prioritariamente desenvolvida pelo membro do órgão acusatório e, classificada no bojo dos critérios subjetivos, reconhecemos mais espaço de atuação ao MP e, a *contrario sensu*, menos margem para controle judicial.

Do ponto de vista dos cenários, elencamos seis possibilidades, que analisamos para, em seguida, apresentar as conclusões verificadas. Para o caso de existirem os critérios subjetivos (positivos e negativos), o cenário regular é que o representante do MP entabule o acordo de imunidade processual, sendo essa a solução consensual antecedente, que se apresenta de forma mandatória, após a provocação inicial do sujeito que pretende colaborar nos termos da lei. Em se procedendo assim, o caráter residual da obrigatoriedade é reforçado, pois foram verificados elementos suficientes para a alternativa de consenso, o que afasta, de forma mandatória, a solução disputada do processo penal. De outro lado, diante desses mesmos elementos, pode o membro do MP oferecer a exordial acusatória, deixando de entabular o acordo de imunidade processual. Em tal cenário, deve ser exercido o controle judicial por meio do não recebimento da denúncia, em razão da falta de interesse de agir, notadamente da ausência de interesse-necessidade. Ao assim atuar, é novamente reforçado o caráter residual do princípio da obrigatoriedade, pois, verificada a justa causa, nem sempre o órgão acusatório prosseguirá com a denúncia, tendo as seguidas alterações legislativas determinado hipóteses em que é mandatória a saída do consenso.

Por fim, como último cenário em que se verificam os aspectos subjetivos, existe a hipótese de o representante do *Parquet* opinar pelo arquivamento do caso. Em tal circunstância, deve ser feito o controle hierárquico<sup>642</sup> do Ministério Público, para privilegiar o impulsionamento da persecução penal, o que se faz, nesse caso específico, pelo acordo de imunidade processual, tendo como consequência a não denúncia do sujeito que realizou a colaboração premiada. Como conclusão, verificamos o reforço do caráter obrigatório da persecução penal, que não pode ser objeto de arquivamento por mera conveniência do representante do órgão acusatório. O que vai se modificar a depender das circunstâncias fáticas é a forma de solução dada, se consensual ou

---

<sup>642</sup> Uma vez mais, fazemos referência à decisão precária do Supremo que manteve vigente a redação original do art. 28 do CPP, até apreciação do Plenário do órgão acerca da mudança realizada nessa sistemática pela Lei Anticrime.

disputada, mas, nesse caso, com a presença de todos os elementos, a solução do acordo processual se impõe.

Sobre os outros três cenários, temos hipóteses em que ao menos um dos critérios subjetivos não é preenchido. O cenário adequado nesses casos é o oferecimento da denúncia, pois, verificada a justa causa e inexistentes requisitos autorizadores do acordo de imunidade processual, há de se impulsionar a persecução penal por meio de sua modalidade disputada, isto é, com o oferecimento da exordial acusatória. Ao se proceder assim, é reforçado o princípio da obrigatoriedade. De outro lado, se, em contexto idêntico, for oferecido o acordo de imunidade processual, há de ser exercido o controle judicial de não homologação do acordo, por motivo de ofensa à legalidade. Com esse controle pelo Poder Judiciário, ficam marcadas as consequências do princípio da obrigatoriedade, pois a hipótese consensual não representa uma alternativa desregulada, a ser exercida com liberalidade pelo membro do Ministério Público. Reforça-se que o controle judicial, em especial quando da análise de critérios subjetivos, há de ser restritivo, pois a atividade interpretativa mais plena é exercida pelo membro do órgão acusatório.

Por fim, há cenário em que, ante a presença da justa causa, mas com a ausência de elementos subjetivos para acordo, representante do MP opta pelo arquivamento do caso. A existência de justa causa não convive em nosso sistema jurídico-processual com um requerimento de arquivamento. Daí porque, em tal hipótese, entraria o controle hierárquico,<sup>643</sup> de forma a ver reforçada a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública pela reversão da decisão tomada pelo representante do Ministério Público. Isso demonstra, uma vez mais, a característica que ainda se faz presente da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois, a persecução é impulsionada adiante pelos representantes do Estado. O que admite variação é a forma de fazê-lo, isto é, por meio de algum dos acordos processuais ou pela saída disputada tradicional.

Em vista dos cenários apresentados e desenvolvidos, elaboramos quadro-resumo com tais situações e as conclusões que podem ser tiradas:

---

<sup>643</sup> Uma vez mais, fazemos referência à possibilidade da permanência da redação original do CPP, nos termos da decisão em caráter liminar do Supremo, que manteve o controle heterodoxo a ser exercido pelo juiz de função acusatória para, apenas após, submeter ao órgão hierárquico do MP.



**Quadro 3.3 - Exame de critérios subjetivos no acordo de imunidade processual**

	Existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece denúncia	Existem elementos subjetivos do acordo e MP propõe acordo de imunidade	Existem elementos subjetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece denúncia	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP propõe acordo de imunidade	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal
Solução jurídica	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento após verificação dos elementos objetivos que permitem o entabulamento do acordo (Lei nº 12.850/13, art. 4º, §§ 4º e 4º-A)	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28.), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento após verificação da ausência de elementos objetivos, o que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo disputado	Controle judicial para não homologação do acordo (Lei nº 12.850/13, art. 4º, §7º, I), o que implica o oferecimento da denúncia	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28.), para ser impulsionada a persecução penal
Conclusão	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada

**Nota:** elaboração própria.

### 6.3.4 Acordo de não persecução penal

Como Seção derradeira da aplicação do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública, e após a análise das implicações práticas dos demais institutos com o uso do ferramental teórico desenvolvido na presente tese, percorreremos caminho semelhante para o acordo de não persecução penal (ANPP), previsto na Lei Anticrime. Os aspectos metodológicos, de igual forma, serão replicados, com a análise da legislação pertinente tendo como referência os conceitos construídos ao longo do trabalho, com explicitação da solução jurídica e da conclusão verificada.

#### 6.3.4.1 *Justa causa no acordo de não persecução penal*

Caminhando na linha sequencial de análise da aplicação do instituto, é de se registrar que a sua formatação é semelhante à da transação penal: proposta como um antecedente (necessário) à persecução penal disputada. A referida hipótese de composição, que generalizou a consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro, vem assim prevista no *caput* do art. 28-A do CPP: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e

circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal [...]”. Nas próximas linhas, apresentaremos, de forma sequencial, a análise a ser empreendida pelos atores do sistema de Justiça nos casos que envolvam a possibilidade de existência do ANPP.

Sobre o primeiro deles, de justa causa, da mesma forma como sustentado nas Seções pretéritas, a sua verificação é uma necessária condição de procedibilidade para a continuidade da persecução penal. Não fosse isso uma norma geral e prevista no Código de Processo Penal, há disposição específica acerca da necessidade de sua observação no mencionado *caput* do art. 28-A, quando se determina que, “[...] não sendo caso de arquivamento [...]”, o acordo pode ser proposto. Daí porque entendemos que não há qualquer tipo de interpretação diversa que não a da cogência da verificação da justa causa para prosseguimento da persecução penal, seja em sua modalidade disputada, seja em sua modalidade consensual.

Do ponto de vista dos cenários possíveis, elencamos quatro possibilidades, que passamos a analisar, juntamente com as conclusões verificadas. Para o caso de existirem elementos suficientes de materialidade e autoria e, ainda assim, o representante do Ministério Público entender pelo arquivamento da persecução penal, é caso de haver o controle hierárquico<sup>644</sup> pelo próprio órgão do MP, para revisar a decisão e determinar o prosseguimento da perquirição pelo Estado. Em se procedendo de tal forma, a característica da obrigatoriedade inscrita em tal princípio é reforçada, pois, havendo justa causa, há de ser impulsionada a persecução pelos órgãos do Estado. De outro lado, verificada a justa causa e se prosseguindo a persecução, há o natural reforço do caráter obrigatório em matéria criminal, vez que a persecução penal se vê materializada com a presença dos elementos mínimos previstos em lei, o que ocorrerá pelo (antecedente) mecanismo de consenso ou, acaso superado, pela sua forma disputada.

Em outra banda, devemos considerar a hipótese em que não haja justa causa para sustentar a continuidade da persecução penal. Em tal circunstância, o esperado é que o representante do Ministério Público oficiante opine pelo arquivamento, entendimento esse a ser posteriormente homologado pelo órgão hierárquico<sup>645</sup> do MP. Nesse sentido, verificamos o reforço da legalidade, em especial dos pressupostos e condições para o exercício da ação penal que, não sendo verificados, devem obstar a continuidade da persecução penal, sendo ela consensual ou

---

<sup>644</sup> Da mesma forma como vimos destacando nas Seções pretéritas, por força de decisão precária do Supremo Tribunal Federal, ainda prevalece a regra segundo a qual a revisão pelo órgão hierárquico somente pode ser realizada após determinação do magistrado, quando discordar das razões do arquivamento.

<sup>645</sup> Uma vez mais, fazemos referência à homologação existente hoje na lei processual penal, a qual é realizada pelo magistrado. Apenas para o caso de ele dissentir, os autos são enviados ao órgão hierárquico do MP.

disputada. Por fim, o último cenário previsto é o de, não estando presentes elementos mínimos de materialidade e autoria, o membro do MP se manifestar pela continuidade da persecução penal em desfavor do sujeito imputado. Nesse cenário, o controle de tal ato há de ser exercitado pelo Poder Judiciário, o que é feito pela não homologação do acordo, acaso ofertado, ou com a rejeição da denúncia, nos termos da lei. Não há lugar para qualquer forma de sanção a um dado sujeito, seja na modalidade consensual, seja na modalidade disputada, se não cumprida a verificação da justa causa.

Abaixo, o quadro-resumo com as principais informações relativas às análises empreendidas, juntamente com as conclusões.

**Quadro 4.1 - Exame da justa causa no acordo de não persecução penal**

	Existe justa causa e MP arquiva a persecução penal	Existe justa causa e MP prossegue na persecução penal	Não existe justa causa e MP arquiva a persecução penal	Não existe justa causa e MP prossegue na persecução penal
Solução jurídica	Controle hierárquico do Ministério Público (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento após verificação dos elementos mínimos aptos a justificar a continuidade da persecução penal	Homologação pelo órgão hierárquico (CPP, art. 28)	Controle judicial, feito pela não homologação de ANPP ou rejeição da denúncia (CPP, art. 28-A, §§ 4º e 5º, e art. 395, III)
Conclusão	Reforço da obrigatoriedade	Reforço da obrigatoriedade (seja pelo antecedente consensual, seja pelo processo disputado)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)	Reforço da legalidade (pressupostos e condições da ação penal)

**Nota:** elaboração própria.

#### **6.3.4.2 Critérios objetivos no acordo de não persecução penal**

Sobre o aspecto dos critérios objetivos, a sua verificação é uma necessária condição de procedibilidade para a possibilidade de acordo processual. São alguns os critérios previstos, estando eles dispostos no *caput* do art. 28-A, quando se determina que “[...] tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos [...]”, o acordo pode ser proposto. Além disso, há quatro restrições, todas também objetivas (e, por isso, também consideradas neste

âmbito), que devem ser observadas para validar a propositura. Previstas no §2º do art. 28-A, disciplinam que o ANPP não pode ser proposto

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente<sup>646</sup> [...] III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Do ponto de vista dos cenários possíveis, elencamos seis possibilidades, que passamos a analisar, e em sequência seguiremos com as conclusões. Para o caso de existirem os critérios objetivos (positivos e negativos), o cenário esperado é que o representante do Ministério Público entenda por bem oferecer o acordo de não persecução penal, materializando, assim, a solução persecutória prevista na legislação processual como antecedente, que é aquela consensual. Com isso, o caráter residual da obrigatoriedade é reforçado, pois não foi o Estado mobilizado a empreender um processo penal disputado, em um cenário em que existem elementos suficientes para a alternativa de consenso. De outro lado, mesmo com tais elementos, pode o membro do MP optar por oferecer a denúncia criminal, deixando de adotar a via do ANPP. Em tal caso, há de ser exercido o controle judicial do não recebimento da denúncia, em razão da falta de interesse de agir, em especial em seu aspecto da ausência de interesse-necessidade. Ao se proceder dessa forma, é novamente reforçado o caráter de residualidade do princípio da obrigatoriedade, pois, munido de elementos que caracterizam crime e autoria, nem sempre deve o órgão acusatório prosseguir com a denúncia, tendo a lei determinado hipóteses em que é mandatória a saída alternativa. Nesse caso, seria a propositura do ANPP.

Por fim, como última hipótese de cenário em que se verificam os aspectos objetivos, devemos considerar a hipótese de o representante do *Parquet* se manifestar pelo arquivamento do caso. Em tal caso, deve entrar em ação o controle hierárquico pelo órgão de sobreposição<sup>647</sup> do Ministério Público, de forma a garantir o impulsionamento da persecução penal, o que, como visto, há de ser feito pela propositura do ANPP. Como conclusão a esse cenário, vislumbramos o reforço do caráter obrigatório da persecução penal, que não pode ser simplesmente arquivada por motivos de mera conveniência de determinado agente do Estado.

---

<sup>646</sup> O restante do conteúdo do presente dispositivo é considerado um dos aspectos subjetivos a serem interpretados pelo membro do Ministério Público, e serão analisados em detalhe na Seção 6.3.4.3.

<sup>647</sup> Segundo a interpretação atual do dispositivo de lei, por força da já mencionada decisão liminar do STF, o controle em tais casos seria feito segundo a redação original do art. 28 do CPP. Isso significa que vige o controle heterodoxo de ato do Ministério Público pelo magistrado, posteriormente validado pelo órgão de sobreposição.

Sobre os três cenários restantes, temos a situação fática que abarca hipóteses em que ao menos um dos critérios objetivos não foi preenchido. O desfecho esperado em tais circunstâncias é o oferecimento da denúncia, pois, não existentes requisitos autorizadores do acordo e verificada a justa causa, é caso de impulsionar a persecução penal por meio do oferecimento da denúncia. Ao se proceder assim, reforça-se o princípio da obrigatoriedade, como vimos apresentando. De outro lado, se, em caso semelhante, for oferecido o acordo de não persecução penal, há de ser exercido o controle judicial de não homologação do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 7º),<sup>648</sup> em especial pela ofensa ao aspecto da legalidade. Com essa faceta do controle judicial, fica escancarado uma vez mais os efeitos do princípio da obrigatoriedade, vez que a hipótese consensual é um antecedente à persecução penal disputada, o qual deve respeitar as hipóteses legais.

Por fim, como último cenário tratado, temos o caso de, ante a ausência de elementos objetivos para acordo, mas com justa causa presente, optar o representante do MP pelo arquivamento do caso. Da mesma forma como explanado no parágrafo anterior (porque indiferente para a solução), a existência de justa causa não se comunica com um requerimento de arquivamento, em qualquer hipótese. Daí porque, em tal cenário, entraria o controle hierárquico,<sup>649</sup> de forma a ver reforçada a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. É esperada a reversão da decisão do representante do MP que opinou pelo arquivamento de uma perquirição penal quando presentes os elementos da justa causa, o que, dada a ausência de algum dos critérios objetivos, justificaria o oferecimento da denúncia.

Há duas observações a serem feitas neste momento, em razão de dispositivos introduzidos no art. 28-A do CPP que geram interpretações que, potencialmente, podem entrar em conflito com o quanto sustentado nas linhas acima. A primeira delas se refere à regra prevista no § 14 do art. 28-A, segundo a qual “[...] no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”. Esse dispositivo traz importante explicitação de

---

<sup>648</sup> “Art. 28-A [...] § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.”

<sup>649</sup> Uma vez mais, fazemos referência à possibilidade da permanência da redação original do CPP, significando que, em razão da decisão precária do Supremo Tribunal Federal, o controle primário ainda é exercido pelo magistrado que, apenas quando discordar das razões invocadas pelo representante do *Parquet*, submete a questão à apreciação definitiva do órgão hierárquico do Ministério Público.

direitos por parte do sujeito imputado, que pode submeter ao recurso hierárquico do Ministério Público situações em que o acordo não foi proposto. Trata-se de relevante *direito de recurso* do sujeito imputado, que pode questionar o não oferecimento de acordo em algum dos dois cenários que levantamos (existindo elementos objetivos para o acordo, ou em não existindo, ser oferecida a denúncia criminal). Em qualquer dos cenários, o órgão de sobreposição do MP apreciaria a matéria e decidiria pelo oferecimento, ou não, do acordo de não persecução penal.

Embora não haja modificações nos cenários expostos, há de se registrar que o controle para prevalecer o princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública pode ser exercida pelo órgão de sobreposição do MP. Isso porque, no caso de o representante singular do MP ter entendido pelo oferecimento da denúncia e o órgão hierárquico revisar sua decisão, teremos um cenário em que não será necessária a intervenção judicial para fazer valer o caráter residual da obrigatoriedade. Entretanto, acaso o órgão hierárquico do MP opte pela manutenção do oferecimento da denúncia, o controle judicial seguirá sendo exercido, nos exatos termos já descritos. De outra banda, para os casos em que não existem elementos objetivos para o acordo e for oferecida a denúncia, pode o órgão hierárquico corroborar com a correção do quanto procedido pelo membro singular e referendar a decisão pelo prosseguimento da persecução penal em sua modalidade disputada. Porém, acaso o órgão de sobreposição entenda pelo oferecimento de ANPP em hipótese que não estejam configurados os aspectos objetivos, segue sendo mandatório o controle judicial de tal ato.<sup>650</sup>

Superado esse aspecto, há ainda a dicção do § 8º do art. 28-A, segundo o qual “[...] recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia”. Nesse caso, trata-se de problema sistêmico gerado pela disposição legal em comento. Isso porque, no caso de o juiz recusar a homologação do acordo em algum dos casos citados, a medida de se oferecer a denúncia seria o *único* caminho a ser adotado. Isso porque, a fase de análise de justa causa é anterior e, em tese, acaso uma dada situação tenha chegado ao ponto de se oferecer o ANPP, o pressuposto é de que o caso continha elementos suficientes de autoria e materialidade delitivas. Nesse sentido, não cabe a ideia de *complementação das investigações*, pois, se fossem necessárias mais atividades de inquirição, deveriam essas terem sido feitas no momento

---

<sup>650</sup> Controle judicial esse que não se assemelha àquele sumulado pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 696, relativo à suspensão condicional do processo, e que aponta como solução a aplicação analógica do art. 28 do CPP (em sua redação original). Isso porque, com a melhor distribuição de papéis aos sujeitos processuais, tal controle, naqueles termos previstos pela redação originária do Código de Processo Penal, não caberia ao membro do Poder Judiciário. Entretanto, não pode o magistrado acatar um acordo *contra legem*, mesmo que oriundo de um órgão superior do Ministério Público, razão pela qual o seu controle (sobre a *legalidade* do ato) ainda é o caminho a ser seguido.

oportuno, isto é, antes de o órgão acusatório sequer intentar o mecanismo consensual em questão. A se interpretar esse dispositivo em sua literalidade, sem apoio de uma leitura sistêmica, pode-se ficar com a impressão de que a análise quanto à justa causa é mais singela quando da propositura de um acordo de não persecução penal e, mais robusta, quando da necessidade de se apresentar a exordial acusatória. Interpretação essa que não sobrevive a uma leitura do ordenamento jurídico como um todo, razão pela qual defendemos essa interpretação quanto ao texto de lei.

É de se registrar que na já mencionada ADI n. 6.298/DF, foi questionada a constitucionalidade de tal dispositivo, e que, embora não tenha tido a liminar concedida pelo Relator Ministro Luiz Fux,<sup>651</sup> pode ter sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Nossa leitura é a de que esse dispositivo é inconstitucional nesse trecho, isto é, na previsão de possibilidade de continuidade de investigações quando a justa causa já deveria ter sido verificada. Isso porque, conforme explicitado na Seção 6.3.3.1, não há que se falar em continuidade da persecução penal (seja pela via consensual, seja pela via disputada), sem uma análise anterior quanto aos elementos mínimos de autoria e materialidade delitivas. E tal exame não pode ser relativizado para casos de propositura de medidas de acordos processuais. Feitas essas observações quanto a interpretações condizentes com o ordenamento jurídico pátrio, colacionamos na sequência o quadro-resumo com as principais informações relativas às análises empreendidas, juntamente com as suas conclusões.

---

<sup>651</sup> Nesse ponto, a Requerente AMB arguiu a inconstitucionalidade nos seguintes termos: “[...] também por violar o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado, refere-se aos conteúdos normativos contidos nos parágrafos 5º, 7º e 8º, que estabelecem o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado. É que, conforme se depreende dos textos, a atuação da magistratura foge da dimensão homologatória e fiscalizatória no plano da legalidade formal, para invadir um patamar de mérito indevido, estabelecendo um controle que não encontra mais base no sistema constitucional brasileiro, por desafiar a ideia do sistema processual acusatório. Nesta concepção do sistema acusatório, as atividades dos sujeitos processuais são repensadas e ajustadas conforme a essência dos seus respectivos papéis constitucionais, alterando, progressivamente, a ordem jurídica vigente”. De sua parte, o Ministro Relator indeferiu o pedido liminar com o seguinte entendimento: “É dizer: o magistrado não pode intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo (o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador). Ao revés, o juiz poderá somente (a) não homologar ou (b) devolver os autos para que o parquet – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, por exemplo (art. 28-A, §8º).”.

**Quadro 4.2 - Exame de critérios objetivos no acordo de não persecução penal**

	Existem elementos objetivos do acordo e MP oferece denúncia	Existem elementos objetivos do acordo e MP propõe ANPP	Existem elementos objetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal	Não existem elementos objetivos do acordo e MP oferece denúncia	Não existem elementos objetivos do acordo e MP propõe ANPP	Não existem elementos objetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal
Solução jurídica	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (art. 395, II, CPP), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento após verificação dos elementos objetivos que permitem o entabulamento do acordo (CPP, art. 28-A, § 4º)	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento após verificação da ausência de elementos objetivos, o que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo disputado	Controle judicial para não homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 7º), o que implica o oferecimento da denúncia	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal
Conclusão	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada

**Nota:** elaboração própria.

#### 6.3.4.3 Critérios subjetivos no acordo de não persecução penal

Sobre o contexto dos critérios subjetivos, a sua verificação é a última etapa para o estabelecimento de um acordo de não persecução penal. São alguns os critérios previstos, estando eles dispostos no *caput* do art. 28-A, quando se determina que “[...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”. Ainda, o critério negativo expresso no §2º do mesmo artigo mencionado dispõe sobre hipóteses em que não se pode firmar o acordo de não persecução penal, tendo, em seu inciso II, proibição nesse sentido: “[...] se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.”. Em todos os casos, tratamos de conceitos que possuem algum grau de indeterminação, por isso qualificamos essas situações no grupo daquelas subjetivas, isto é, com maior espaço hermenêutico ao membro do órgão acusatório.

Do ponto de vista dos cenários possíveis, elencamos seis possibilidades, que analisamos para, após, apresentar as conclusões de ordem teórica. Para o caso de existirem os critérios subjetivos (positivos e negativos), o cenário regular é que o representante do MP ofereça o acordo de não persecução penal, o que implica a adoção da solução persecutória prevista na



legislação processual como a antecedente, que é consensual. Esse é o último exame a ser empreendido pelo membro do Ministério Público, que verificou a presença de justa causa e de critérios objetivos para, ao final, examinar os aspectos subjetivos que apontam para a suficiência da saída consensual no caso concreto. Em se procedendo assim, o caráter residual da obrigatoriedade é reforçado, pois foram verificados elementos suficientes para a alternativa de consenso, o que afasta, de forma mandatória, a solução disputada do processo penal, necessariamente substituída pelo acordo processual.

De outro lado, diante desses mesmos elementos, pode o membro do MP oferecer a exordial acusatória, deixando de propor o ANPP. Em tal cenário, deve ser exercido o controle judicial por meio do não recebimento da denúncia, em razão da falta de interesse de agir, notadamente da ausência de interesse-necessidade. Ao assim atuar, é novamente reforçado o caráter de residualidade do princípio da obrigatoriedade, pois, verificada a justa causa, nem sempre o órgão acusatório prosseguirá com a denúncia, tendo as seguidas alterações legislativas determinado hipóteses em que é mandatória a saída alternativa. Por fim, como último cenário em que se verificam os aspectos subjetivos, devemos nos ater à hipótese de o representante do *Parquet* opinar pelo arquivamento do caso. Em tal circunstância, deve ser feito o controle hierárquico<sup>652</sup> do Ministério Público, para privilegiar o impulsionamento da persecução penal, o que se faz pela propositura do ANPP. Como conclusão, verificamos o reforço do caráter obrigatório da persecução penal, que não pode ser objeto de arquivamento por mera conveniência do representante do órgão acusatório.

Sobre os outros três cenários, temos hipóteses em que ao menos um dos critérios subjetivos não foi preenchido. O enredo esperado nesses casos é o oferecimento da denúncia, pois, verificada a justa causa e inexistentes requisitos autorizadores do acordo, há de se impulsionar a persecução penal por meio do oferecimento da denúncia. Ao se proceder assim, é reforçado o princípio da obrigatoriedade. De outro lado, se, em contexto idêntico, for oferecido o acordo de não persecução penal, há de ser exercido o controle judicial de não homologação do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 7º), por motivo de ofensa à legalidade. Com esse controle pelo Poder Judiciário, ficam marcadas as consequências do princípio da obrigatoriedade, pois a hipótese consensual não representa uma alternativa desregulada, a ser exercida com liberalidade pelo membro do Ministério Público.

---

<sup>652</sup> Uma vez mais, fazemos referência à decisão precária do Supremo que manteve vigente a redação original do art. 28 do CPP, até apreciação do Plenário do órgão acerca da mudança realizada nessa sistemática pela Lei Anticrime.

Por fim, há cenário em que, ante a presença da justa causa, mas com a ausência de elementos subjetivos para acordo, optar o representante do MP pelo arquivamento do caso. Da mesma forma como explanado acima (porque indiferente para a solução), a existência de justa causa não convive com um requerimento de arquivamento. Daí porque, em tal hipótese, entraria o controle hierárquico,<sup>653</sup> de forma a ver reforçada a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública pela reversão da decisão tomada pelo representante do Ministério Público.

Sobre a interpretação dos dispositivos previstos nos §§ 8º e 14 do art. 28-A do CPP, fazemos menção ao quanto explicitado na anterior Seção 6.3.4.2, pois as conclusões relativas aos critérios objetivos e subjetivos são idênticas neste particular. Apenas se faz necessário registrar, uma vez mais, o espaço reduzido de controle judicial no que toca à determinação do conteúdo jurídico dos critérios, especialmente quando são eles subjetivos. Isso porque, não pode o magistrado buscar se substituir ao titular da ação penal de iniciativa pública no papel de determinar as hipóteses que justificam a persecução criminal. De seu lado, o membro do MP deve observar a legislação para agir no sentido de que o oferecimento do acordo seja a regra. Isso porque a lei dita que a sua não ocorrência apenas se verificará se as expressas hipóteses negativas forem amparadas por elementos probatórios ou, ainda, que seja explicado por que a hipótese consensual não seria necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Fica evidente, com isso, a necessidade de uma motivação do ato ministerial, aliada à particularização da situação para o caso concreto. Em suma, os ônus argumentativo e interpretativo se encontram na hipótese de não se oferecer o acordo, que, afinal, é a regra antes do oferecimento da denúncia. E é sobre esses aspectos que pode se debruçar, preferencialmente, a tutela jurisdicional.

Em vista dos cenários apresentados e desenvolvidos, elaboramos quadro-resumo com tais situações e as conclusões que podem ser tiradas:

---

<sup>653</sup> Uma vez mais, fazemos referência à possibilidade da permanência da redação original do CPP, nos termos da decisão em caráter liminar do Supremo, que manteve o controle heterodoxo a ser exercido pelo juiz de função acusatória para, apenas após, submeter ao órgão hierárquico do MP.

**Quadro 4.3 - Exame de critérios subjetivos no acordo de não persecução penal**

	Existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece denúncia	Existem elementos subjetivos do acordo e MP propõe ANPP	Existem elementos subjetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP oferece denúncia	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP propõe ANPP	Não existem elementos subjetivos do acordo e MP arquiva a persecução penal
Solução jurídica	Controle judicial de não recebimento da denúncia por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), por ausência de interesse-necessidade	Prosseguimento após verificação dos elementos subjetivos que permitem o entabulamento do acordo (CPP, art. 28-A, § 4º)	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal	Prosseguimento após verificação da ausência de elementos subjetivos, o que impede o entabulamento de acordo e justifica o processo disputado	Controle judicial para não homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 7º), o que implica o oferecimento da denúncia	Controle hierárquico pelo próprio órgão de sobreposição do MP (CPP, art. 28), para ser impulsionada a persecução penal
Conclusão	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Caráter residual da obrigatoriedade e reforçado	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada	Obrigatoriedade e reforçada

**Nota:** elaboração própria.

#### 6.4 APARENTES CONFLITOS ENTRE MECANISMOS CONSENSUAIS

Como Seção derradeira de mérito deste Capítulo, antes de sumarmos as conclusões parciais, importa tratar desse último aspecto acerca dos institutos de consenso. Se, na Seção anterior (6.3), tratamos em detalhes sobre os institutos individualmente considerados, dedicaremos esse tópico a tratar dos (aparentes) conflitos entre eles. Ou seja, tratamos de casos em que, em um primeiro olhar, poderia se imaginar um “conflito”, no sentido de mais de uma possibilidade consensual ser viável em um mesmo contexto fático.

Proporemos, assim, soluções interpretativas para os aparentes conflitos normativos identificados entre os institutos de consenso. Trataremos dos seguintes cenários: (i) transação penal e suspensão condicional do processo; (ii) ANPP e suspensão condicional do processo e (iii) transação penal e ANPP.

Primeiramente, sobre a transação penal e a suspensão condicional do processo, não há muitas dúvidas sobre a precedência da transação penal. Isso porque o próprio momento processual para a propositura de uma transação precede o do *sursis* processual, sendo certo que,

para o primeiro, a proposta ocorre *antes*<sup>654</sup> do oferecimento da denúncia criminal, no momento da “audiência preliminar” (Lei nº 9.099/1995, art. 72).<sup>655</sup> Por uma razão lógica, portanto, não haveria que se cogitar de interpretação distinta. Ora, se um acordo pode impactar na análise de outro, fica evidente a relação de precedência que um detém sobre o outro. Ainda, não há previsão expressa na lei de que, em caso de descumprimento da transação penal, tal questão poderá influenciar na proposta de suspensão condicional do processo.

Ainda, no que se refere ao segundo conflito aparente, entre a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, é de se afirmar que o ANPP tem clara precedência, em nossa leitura. Isso porque o próprio momento processual para a propositura de um acordo de não persecução precede o do *sursis* processual, sendo certo que, para o primeiro, a proposta ocorre antes do oferecimento da denúncia criminal. Por uma razão lógica, portanto, não haveria que se cogitar de interpretação distinta.<sup>656</sup> Não bastasse isso, diferentemente do que ocorre na transação penal, há previsão expressa segundo a qual o eventual descumprimento do ANPP pode impactar na suspensão condicional do processo (CPP, art. 28-A, §11).<sup>657</sup> Ora, se um acordo pode impactar na análise de outro, fica evidente a relação de precedência que um detém sobre o outro.

Por fim, sobre o último conflito em potencial, entre a transação penal e o ANPP, tendo em vista que são ofertados antes do oferecimento da denúncia, há uma solução proposta legalmente sobre qual instituto deverá ser utilizado. Referida solução advém do quanto disposto expressamente no CPP (art. 28-A, §2º, I), de modo que o ANPP não poderá ser proposto “[...]”

---

<sup>654</sup> Dos dispositivos originais de lei: “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.” e “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.”

<sup>655</sup> Ver, sobre o momento da audiência e sobre o acordo de transação penal a ser proposto, GRINOVER. Ada Pellegrini.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio: *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 127-130.

<sup>656</sup> Ver, em sentido semelhante ao defendido, ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa; LOURINHO, Victoria A. dos Santos. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade do Ministério Público. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 338-339. Em especial: “O silêncio da lei quanto à preferência ao uso do instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, é proposital, levando-nos a crer que o acordo deve ser oferecido com prioridade em relação à suspensão. De fato, o *sursis* processual representa um acordo penal e pressupõe denúncia recebida, enquanto o acordo de não persecução não importa em denúncia, ou seja, evita-se o processo [...], daí a conclusão de que o acordo de não persecução é mais vantajoso ao investigado que a suspensão do feito, quando esta for cabível.” (p. 339).

<sup>657</sup> Veja-se, da redação trazida pela Lei Anticrime: “Art. 28-A [...] § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.”

se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei”. Sendo assim, pela lógica normativa, tem-se que os requisitos da transação penal deverão ser analisados primordialmente, visto que, em caso de ser possível a sua oferta, o ANPP deverá ser descartado.

## 6.5 A EXPANSÃO DO CONSENSO COMO UM DIAGNÓSTICO: O PROJETO DE LEI DO NOVO CPP E O IMPACTO NA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL

Feito esse caminho na presente Tese de Doutorado, com a apresentação de um princípio unificador da interpretação acerca da ação penal em um contexto de diferentes modos de solução do conflito penal, e analisadas as consequências de tal aporte teórico, permitimo-nos fazer algumas projeções para o futuro do consenso no país. Longe de termos a pretensão de realizar um exercício de futurismo, no sentido de apontar quais mudanças legislativas hão de ocorrer, faremos registro do tipo de movimento que pode vir a expandir ainda mais as hipóteses de consenso em nosso ordenamento jurídico.

Como resta claro, entendemos que não deve haver alguma forma de recuo nas hipóteses que envolvem consensualidade, por conta de eventual (improvável) interpretação acerca de sua inconstitucionalidade ou incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro. Pelo contrário. Projetamos não apenas a consolidação dos mecanismos hoje conhecidos, que devem ser mantidos ou potencialmente expandidos,<sup>658</sup> como também o aumento das hipóteses legais,<sup>659</sup> possivelmente em momentos processuais posteriores, o que poderia mudar a feição atual dessas saídas, que hoje são um antecedente do processo disputado, que ocorrem antes da instrução processual.

Nesse sentido, projetamos o crescimento de análises como a já empreendida acerca da dicotomia entre soluções de conflito criminal nas modalidades disputada e consensual. Mais do que isso, já vislumbramos movimentos da literatura no sentido de reconhecer e incorporar as mudanças promovidas pelos acordos em âmbito penal. Podemos mencionar recente texto de

---

<sup>658</sup> Fazemos aqui um paralelo com o fenômeno visto na realidade italiana (ver Seção 2.3.), em que as hipóteses de cabimento do chamado *patteggiamento* foram aumentadas para contemplar mais casos, o que foi feito pelo aumento da quantidade máxima de pena em abstrato que faria jus a um caminho por acordos.

<sup>659</sup> Tal previsão não é incomum, notadamente pela recente expansão da consensualidade e de diferentes propostas que apontam no sentido de seu aumento. Para ficar em um exemplo na nossa literatura: “De qualquer modo, a presença constante de propostas legislativas no sentido de ampliar os mecanismos negociais demonstra a tendência de generalização do sistema na justiça criminal brasileira” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na Justiça Criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, 2020, p. 254.).

Vitor dos Santos Cunha que apresentou o que chamou de “devido processo consensual”.<sup>660</sup> Por meio de tal expediente, que reúne reflexões que apareciam de modo esparso nos textos acadêmicos, o processo será devido, em sua modalidade consensual, se respeitar os direitos do sujeito imputado, com a observância da boa-fé por ocasião das negociações e garantias de proposições de acordos processuais na conformidade da legislação de regência.<sup>661</sup>

Tendo essas considerações em vista, apresentaremos na sequência a principal mudança que vislumbramos no horizonte processual penal no país,<sup>662</sup> representada pelo Projeto do Novo CPP. Proposto no Senado Federal por meio do PLS n° 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, essa proposta legislativa se encontra até a presente data tramitando na Câmara dos Deputados, tombada sob PL n° 8045/2010. Mencionamos especificamente essa proposição por ser frequentemente mencionada em debates acadêmicos, além do fato de já ter conhecido avanços em sua tramitação – mesmo que seja inegável o caráter moroso de sua análise congressual, a qual já soma mais de uma década. Por meio dessa nova codificação, para além de diversas outras mudanças nos mais distintos aspectos da persecução penal, identificamos a possibilidade de expansão do consenso. Importa entender como isso ocorreria e qual seria o impacto identificado ao princípio da obrigatoriedade residual.

Sobre as modificações propostas pela referida reforma, vale o registro de que a ampliação das hipóteses de consenso não era propriamente o foco da proposta de codificação. Isso resta claro da leitura da Exposição de Motivos apresentada pela Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto, em que há apenas uma referência a tal forma de resolução do conflito criminal,<sup>663</sup> que seria realizada por meio do *procedimento sumário*.

<sup>660</sup> Ver CUNHA, Vitor Souza. O Devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 290-313.

<sup>661</sup> Em singela definição fornecida pelo autor referido: “Em suma, pode-se afirmar que o devido processo consensual é a cláusula de conteúdo complexo e aberto que qualifica como devido o procedimento estruturado de modo a incentivar práticas leais de consenso para atender aos anseios político-criminais de aumento da celeridade e efetividade da justiça criminal, ao mesmo tempo que preserva a autonomia e liberdade das partes.” (*Ibid.*, p. 299).

<sup>662</sup> Fizemos a opção por tratar apenas do projeto relativo ao Novo Código de Processo Penal porque é uma proposta relevante, e que ainda não teve uma apreciação mais substantiva pelas Casas Congressuais. De outro lado, o assim chamado acordo penal (que viria a consistir no art. 395-A do CPP), proposto quando das discussões do Projeto de Lei Anticrime, foi especificamente rejeitado pelo Congresso Nacional quando da aprovação da Lei Anticrime. Sem prejuízo de voltar a ser discutido em momento futuro, é fato que, em princípio, tal iniciativa foi colocada de lado, razão pela qual dela não trataremos neste trabalho.

<sup>663</sup> A referência é feita no seguinte trecho da Exposição de Motivos: “De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal,

Referida forma de resolução de conflito penal está inserida nas formas de procedimento previstas na nova codificação. Teríamos o procedimento ordinário e o sumaríssimo (trazido, na proposta, de lei extravagante para o CPP), com feições semelhantes às hoje conhecidas, e, nas disposições acerca do chamado procedimento sumário, é prevista a saída consensual. Inserido dentro das hipóteses gerais de processamento, abrange crimes de média gravidade, que tenham a pena privativa de liberdade máxima prevista de oito anos.<sup>664</sup>

Conforme se verifica da mais recente versão que prevê a criação do referido procedimento, teríamos a generalizada possibilidade de entabulamento de acordo até o início da audiência de instrução (art. 341). Referida transação alargaria o momento propício para o entabulamento de acordo, vez que poderia ocorrer mesmo depois de recebida a denúncia e de apresentada a defesa. Para tanto, seria necessária a confissão dos fatos, acordo sobre a pena indicada para ser aplicada, assim como dispensa de provas (art. 342, da proposta legislativa). O magistrado, que não participa das discussões acerca da transação, seria, então, o responsável por homologar o referido acordo, analisando aspectos de regularidade, legalidade e voluntariedade, assim como aplicaria a sanção tendo como limite máximo o quanto entabulado pelas partes, podendo, todavia, diminuir tal sanção (arts. 343 e 344, da proposta legislativa).

Pelo que se nota, seria essa uma forma de expandir ainda mais as hipóteses de consenso em nosso ordenamento jurídico. Tanto em termos de quantidade de institutos, quanto do alargamento de momentos processuais de sua incidência, tornando a consensualidade ainda mais imiscuída na resolução de conflitos penais. No mais, há semelhanças com institutos existentes, como a necessidade de confissão dos fatos, e da necessária renúncia à modalidade disputada para se perfectibilizar o acordo. Como novidade interessante, destacamos o papel do

---

limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos.”. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>.

Acesso em 23 out. 2022. Referida Comissão era composta pelos seguintes juristas: Hamilton Carvalho (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Vale registrar que o projeto original é de 2009, anterior, portanto, às leis que instituíram a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

<sup>664</sup> O texto do Novo CPP conheceu inúmeras versões ao longo de sua tramitação, que já tem mais de uma década. Daí porque, por não ser objeto central desta Tese uma análise comparativa acerca da evolução das propostas, utilizaremos como versão em todas as citações diretas aquela presente no último substitutivo apresentado, cuja Relatoria é do Deputado João Campos, e foi apresentada à Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, tombado sob PRL n.1 e apresentado em 26 abr. 2021. Do *caput* do art. 341 se lê: “Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o acusador e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nas infrações penais que não estejam submetidas ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos de privação de liberdade.”.

magistrado, o qual teria como função primordial a garantia dos direitos do imputado, podendo diminuir a sanção a ser aplicada.

De acordo com o que vimos no presente trabalho, tanto no caso nacional, quanto em exemplos internacionais, resta clara a compatibilidade de expansão dos mecanismos de consenso com a sistemática constitucional. É evidente que os institutos estão em constante aperfeiçoamento, mas não há que se falar em inconstitucionalidade apriorística<sup>665</sup> sobre essas hipóteses que hoje convivem harmonicamente nos mais distintos ordenamentos jurídicos.

Ademais, do ponto de vista da aplicação do princípio da obrigatoriedade residual, podemos dizer que a interpretação do possível instituto de consenso a ser introduzido necessitaria de uma interpretação jurídica em consonância com nosso ordenamento. Isso porque a construção da descrição do instituto é semelhante (com a locução “poderá”, e não “deverá”), o que, de início, não geraria qualquer ruído porque já conseguimos pacificar interpretações jurídicas harmônicas em torno de tal redação. O grande dificultador da redação na forma analisada é o fato de não se prever critérios específicos previstos em lei para moldar o tipo de análise a ser empreendida pelo Ministério Público para fins de exercitar o seu *poder-dever*<sup>666</sup> de proceder à análise das condicionantes acerca do instituto.

Em princípio, entendemos que o membro do órgão acusatório deveria *necessariamente* examinar a possibilidade de se realizar a referida transação prevista no bojo do procedimento sumário. Isso, evidentemente, não significa obrigar o membro do MP a propor um acordo que não seja interessante para os fins de prevenção e repressão da conduta desviante, mas que ele deveria expressamente enfrentar tal hipótese. De todo modo, acaso mantida a redação, é fato que os critérios para o entabulamento (ou não) de um acordo em tal caso seriam, na dicção utilizada ao longo de todo este Capítulo, de ordem subjetiva, o que implica a incidência de um

---

<sup>665</sup> Em sentido semelhante, tratando especificamente do projeto com vistas a introduzir o consenso por meio do Novo CPP: “Portanto, a proposição do rito abreviado, como mecanismo de expansão dos espaços de consenso e de resolução antecipada do processo penal, mostra-se, em linhas gerais, em conformidade com os princípios constitucionais que regem a matéria. Seria introduzido por lei, sendo pautado pela renúncia parcial, voluntária e expressa do exercício de parcela dos direitos fundamentais do acusado, guardando conformidade com os princípios e garantias processuais penais expressos na Constituição da República. A disponibilidade das posições jurídicas tuteladas do réu aconteceria com respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, com preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais do acusado e com atenção ao princípio da proporcionalidade (em sentido estrito) [...]” (ANDRADE, Flavio da Silva. O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa: (in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, 206-241, 2020, p. 229.).

<sup>666</sup> Tal característica, que distingue a natureza jurídica de institutos como esse, vem indicada em disposição expressa do art. 348 que dispõe que “Art. 348. O julgamento antecipado não constitui direito público subjetivo do réu.”. Isso, de alguma forma, consolida a visão de que não há um autêntico direito de ver entabulado um acordo, da forma como também defendemos hoje em dia. A grande questão está no poder-dever da parte do membro do MP de examinar os critérios norteadores, na forma detalhada como descrevemos ao longo deste Capítulo 6.



controle mais tímido por parte do magistrado. Vale registrar que o princípio da obrigatoriedade residual veria seus efeitos aplicados, ainda que, evidentemente, seria maior a autonomia do Ministério Público em tal cenário, com uma atuação menos vinculada aos termos da lei. Em outras palavras, poderia ser que se sustentasse algum espaço de *discricionariedade* ao membro do órgão acusatório, mais livre que estaria a seguir os critérios fundados em lei – do modo como hoje conhecemos dos demais institutos. Se, portanto, o legislador buscar estabelecer institutos mais semelhantes com os hoje existentes, seria necessário explicitar os critérios norteadores para a realização de acordos processuais entre as partes.

Por fim, é de se registrar que focamos no instituto de consenso proposto pela nova codificação por ser uma ideia de inovação que poderia impactar no quanto vimos sustentando sobre o princípio processual apresentado nesta Tese. Entretanto, por se tratar de um Código, poderia haver alguma sorte de modificação relevante no que toca às disposições gerais acerca da ação penal, com algum impacto no conceito. Pelo que se depreende da leitura, entretanto, não há qualquer modificação substantiva na temática, sendo a matéria, inclusive, tratada de forma bastante semelhante<sup>667</sup> com as disposições presentes no CPP de 1941.

## 6.6 CONCLUSÕES PARCIAIS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE RESIDUAL QUANDO MOBILIZADOS OS INSTITUTOS DE CONSENSO

Este Capítulo buscou demonstrar a aplicação dos conceitos que foram construídos ao longo da presente Tese de Doutorado em duas dimensões principais: uma de inferências gerais (e teóricas), mais voltadas a um aspecto analítico de nosso ordenamento jurídico; e outra de inferências práticas, voltadas a uma aplicação empírica de cada um dos institutos de consenso no processo penal.

Do ponto de vista teórico, temos que o princípio da obrigatoriedade residual, articulado com os demais conceitos que adotamos e que ajudam a explicar a ação penal, consegue propiciar inferências relevantes. A primeira delas é sobre as características de antecedência e de mandatoriedade dos mecanismos de consenso na lógica da persecução penal adotada. Trata-se de saídas vinculadas, de observação obrigatória pelo membro do órgão acusatório, que deve

---

<sup>667</sup> Dos dispositivos presentes no último Substitutivo apresentado: “Art. 52. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. § 2º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente ou irmão.” e “Art. 54. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

enfrentar as suas possibilidades de aplicação e, só então, superada a fase antecedente, recorrer ao expediente disputado. Em ambos os casos há o impulsionamento para frente (sentido figurado da residualidade) e, não se conformando o acordo, há a necessidade de se prosseguir na persecução conflitiva (sentido mais direto da residualidade aplicada ao caráter obrigatório da ação penal).

Sobre o princípio, ainda, é importante reforçar o seu caráter unificador. Com a sua proposição, não há mais que se falar em uma plêiade de princípios para incidir sobre a mesma ação penal, o que nunca teve sentido lógico ou sistêmico. A obrigatoriedade em sua acepção residual impõe o impulsionamento da persecução penal, de forma mandatória, o que se realiza pela via consensual, antecedente, ou, acaso superada, pela via disputada de resolução do conflito criminal. Mais do que isso, os demais conceitos que orbitam a ação penal foram definidos para, a um só passo, evitar que sejam interpretados como novos princípios (que não o são, haja vista sua estrutura normativa incompatível), e contribuir para um uso uniforme da linguagem que não crie ruídos sobre a compreensão de conceitos complexos.

Assim, em apertado resumo, a *legalidade* é identificada com o estrito cumprimento e aplicação dos ditames previstos em lei (em sentido amplo), sendo afastada aquela visão de sua identificação com o princípio da obrigatoriedade (como sinônimos). Já a *discricionariedade* significa que o órgão acusatório pode lastrear sua atuação em motivos de conveniência, política criminal ou quaisquer outras razões diferentes da estrita (e restrita) interpretação dos textos de lei a serem aplicados no caso concreto. Tal cenário, evidentemente, não encontra qualquer respaldo em nossas normas jurídicas, que apontam no sentido de uma atuação vinculada à lei. Por fim, a *oportunidade* está ligada à existência de opções (em tese) que podem ser tomadas pelo órgão do Estado na persecução penal, ainda que em grau menos amplo do que na discricionariedade. Mesmo assim, entretanto, não verificamos a sua existência em nosso sistema processual.

Relacionado a tais aspectos, e já passando à aplicação prática na processualística acerca do princípio da obrigatoriedade residual, pudemos verificar a variedade na forma de aplicação de cada um dos institutos considerados, por meio de análise exaustiva das hipóteses fáticas. Por meio do mergulho na aplicação de cada um dos quatro institutos, ficaram claras, em primeiro lugar, algumas das inferências teóricas, em especial da importância do consenso como antecedente da forma disputada, algo reconhecido pela legislação, com amplas possibilidades de controle em casos que se fuja à sistemática.

Mais do que isso, ficou marcada a relevância da característica da obrigatoriedade. Pois, em muitos dos cenários considerados, a medida imposta pela lei tem como consequência

jurídica aferível o reforço do caráter obrigatório da persecução penal (em sua acepção mais clássica mesmo). Isso, uma vez mais, reforça o acerto de se resgatar o princípio da obrigatoriedade, ainda que com novos temperos, pois ele possuía carga explicativa grande, e que jamais foi substituída por qualquer outro conceito proposto anteriormente.

Em outra banda, a residualidade (no sentido menos figurado) foi frequentemente referida como consequência jurídica da aplicação das hipóteses fáticas aos ditames legais. Ficou marcado em nossas leis a característica da anterioridade das saídas consensuais, com previsões de mecanismos de controle em caso de desrespeito. Assim, a *residualidade* também pode ser compreendida como uma chave capaz de harmonizar os mundos consensual e conflitivo, conferindo coerência lógica e interpretativa em nosso ordenamento jurídico como hoje se conhece. Esses exemplos práticos demonstram a relevância do que se apresenta como tese jurídica.

Ainda, e unindo as inferências gerais (teóricas) e práticas, ficou registrado, com o princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública, que é mandatório o impulsionamento na persecução penal, seja na sua dimensão consensual (antecedente), seja na sua dimensão disputada (consequente). Isso ficou claro da análise de todos os exemplos, e trouxe ainda mais elementos que corroboram para a sua caracterização como princípio, isto é, com efeitos que se irradiam pelas mais distintas dimensões de nosso ordenamento jurídico-processual.

Como fecho acerca da aplicação dos institutos de consenso previstos em nossa legislação, realizamos exames acerca de eventuais conflitos na sua aplicação. Pelo que se depreende a partir do exercício hermenêutico, os conflitos são todos aparentes, certo que pudemos apresentar a forma como eles devem ser aplicados, seguindo a interpretação jurídica mais pertinente e coerente com o quanto apresentado.

Por fim, diagnosticamos que o consenso no Brasil não deve conhecer recuos. Pelo contrário, é possível que conheçamos avanços nas hipóteses de institutos hoje conhecidos. Daí porque examinamos o Projeto do Novo CPP, ainda em tramitação no Congresso Nacional, de forma a analisar seu eventual impacto no quadro jurídico nacional e, por conseguinte, no princípio da obrigatoriedade residual que fora exaustivamente testado ao longo do Capítulo. Daí para se concluir que a transação prevista no bojo do procedimento sumário, nova modalidade de instituto prevista no referido projeto, não traria impacto à obrigatoriedade residual no que toca à sua existência. Ou seja, o princípio ainda operaria seus regulares efeitos, na forma como descrevemos ao longo do trabalho. Entretanto, necessário se faz reconhecer que, para além de aumentar hipóteses de consenso e de aumentar os momentos em que ela poderia

incidir, esse novo instituto aumentaria o tipo de poder do Ministério Público. Isso porque, com critérios não previstos em lei, é fato que há maior incidência de elementos subjetivos para fins de análise quanto ao cabimento de um acordo no caso concreto. A depender da interpretação, poderá se sustentar uma maior *discrecionariade* por parte do membro do órgão acusatório.



## CONCLUSÃO

De todo o exposto, podemos notar a importância que se reveste observar os sistemas processuais com lentes contemporâneas. O exercício de descortinar o fenômeno processual como hoje se manifesta, com uma proposição teórica inovadora, foi possível em função do caminho percorrido ao longo de todo o trabalho, com explicitação de ferramenta teórica e esforço analítico para se chegar aos resultados apresentados. O princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública se mostrou um conceito jurídico relevante ao longo de sua construção, nos seis Capítulos, divididos em três Partes. Nestas Considerações Finais, sem a pretensão de resumir ou de resgatar todo o conteúdo já exposto, dedicamo-nos a reunir as principais reflexões realizadas ao longo da Tese.

O estudo dos sistemas processuais penais ainda traz ganhos analíticos relevantes, razão pela qual nos utilizamos dessa chave para a compreensão da realidade. Categorizar as formas como a persecução penal se organiza em determinado tempo e local, sem perder de vista o acúmulo da experiência histórica, é uma prática que pode se mostrar rica. A classificação em grandes categorias pode dar pistas sobre as principais características e auxiliar na compreensão de um único sistema, bem como pode ser utilizada para estudos com experiências estrangeiras.

As diferenciações teóricas se mostraram relevantes em nosso trabalho. Tratamos das categorias tradicionais (*inquisitivo x acusatório* e *adversarial x inquisitorial*), mas demonstramos a sua insuficiência para desvelar o fenômeno processual penal contemporâneo. Isso porque essas clivagens consideravam apenas uma parte do objeto analisado, isto é, a dinâmica do processo num contexto disputado. Com isso, desprezavam uma dimensão cada vez mais relevante nos mais diversos ordenamentos jurídicos, que é o aspecto da presença do consenso. Considerar tal dimensão é, em nossa visão, fundamental para apreender o processo penal em sua vertente contemporânea.

Daí porque a clivagem mais relevante e desenvolvida foi aquela que diferencia o fazer Justiça *disputado* do *consensual*. Essa visão é particularmente rica em um contexto em que não podemos mais ignorar a importância de diferentes modos de se solucionar o conflito criminal, ganhando o consenso cada vez mais espaço. Essa clivagem importa, primeiramente, por apresentar categorias que congregam diferentes *formas* de se fazer justiça, o que representa um ganho analítico. Mais do que isso, diferentemente das categorizações tradicionais, essa diferenciação não implica a exclusão de uma das categorias. Melhor explicando: as diferentes formas de solução de conflito são necessariamente complementares, operando seus efeitos harmonicamente em um dado contexto jurídico. Saídas consensuais convivem com aquelas

disputadas, ainda que as mais diferentes regras possam regular a exata roupagem em que isso ocorrerá.

Com essas lentes atualizadas, a sistematização processual se torna ainda mais coerente, o que contribui para um estudo que busca desvelar o papel que um princípio forjado numa lógica estritamente disputada ainda desempenha. A introdução do consenso no contexto criminal tensiona determinados marcos teóricos, como aquele da obrigatoriedade da ação penal, pois incorpora uma variável antes imprevisível em uma lógica que apenas conhecia a resolução disputada, isto é, de um processo judicial estruturado, com partes representando interesses antagônicos e com a matéria sendo decidida por um terceiro imparcial. Reconhecer a existência de um cenário com diferentes formas de se realizar a Justiça criminal é certamente um primeiro passo relevante para acessar uma conceituação adequada e capaz de explicar a realidade posta.

Mais do que isso, o aprofundamento na compreensão dessa nova realidade do processo penal se fez relevante, de modo a dimensionar a complexidade do fenômeno que se tratava. Do lado da tradicional Justiça disputada, é visível uma concertação de envergadura internacional que tem criado as mais diversas alternativas procedimentais, sempre no sentido de simplificar e criar formas de não se ter a adjudicação completa de todos os casos criminais. Esse movimento, pautado pela eficiência, ganha contornos ainda mais profundos com a introdução de acordos consensuais entre as partes, que podem passar a não mais se contrapor em um contexto criminal, e a sanção ser aplicada sem o reconhecimento de culpa por parte do Estado. Ainda que críticas sejam formuladas à presença de alguma forma de composição no ramo mais severo do direito, é fato que esse fenômeno existe, foi consolidado e tem se aprofundado. Resta ao intérprete considerar essa parcela da realidade e buscar situá-la teoricamente.

Foi com esse ferramental teórico bem delineado que buscamos compreender algumas experiências estrangeiras. Estudo esse que se focou no fenômeno do consenso e no impacto que teve nas soluções criminais em outros países, sempre no espírito de verificar de que forma a ação penal foi afetada. O modo como os conceitos jurídicos são mobilizados para a interpretação da realidade foi de interesse, em especial a compreensão da própria estruturação da persecução penal, se pautada pelo princípio da *oportunidade* ou da *obrigatoriedade*.

Como nota comum de todas as experiências analisadas, há o diagnóstico de afastamento do modelo de adjudicação completa. No contexto dos três países estudados, da mesma forma como ocorre no Brasil, podemos notar a presença das mais diferentes formas de se fazerem presentes soluções processuais que deixam de proceder ao tradicional processo disputado clássico, com a completa instrução processual, na qual as partes possuem interesses antagônicos e são julgadas por um terceiro. Isso pode se dar tanto por meio de simplificações processuais,

quanto, claro, por algum mecanismo de consenso, aspecto esse que foi o central na análise, por conta do objeto da pesquisa.

Nos Estados Unidos, país frequentemente citado quando se trata de consenso em meio ao processo penal, pudemos notar uma dependência de tal forma de resolução de conflito para o funcionamento do sistema de Justiça criminal. Tal cenário não ocorre no Brasil, pois, ainda que possamos verificar o aumento da importância dos mecanismos consensuais, nada se compara às elevadas cifras registradas na realidade estadunidense, de mais de 90% dos casos sendo resolvidos dessa forma. Mas a diferença mais marcante e digna de menção está no fato de que a estruturação da persecução penal se dá de um modo significativamente distinto. Pautada pelo princípio da oportunidade, a própria mobilização dos institutos negociais em âmbito criminal é revestida de particular discricionariedade por parte do membro do órgão acusatório. Ou seja, independentemente de aproximações ou afastamentos dos institutos concretamente considerados, a decisão definitiva ocorre em etapa anterior, isto é, na própria estrutura da persecução estatal, e na sua relação com a ação penal. No Brasil, a presença do princípio da obrigatoriedade acaba por pautar a temática, o que não ocorre no país norte-americano.

Nos estudos realizados nos países europeus, identificamos realidade mais próxima com a brasileira: sistemas de tradição romano-germânica conhecendo reformas, nas décadas finais do século XX, tendentes a introduzir elementos de consenso em ordenamentos jurídicos de feição estritamente conflitiva, pautados pelo princípio da obrigatoriedade. O que foi interessante de ser observado é que, mesmo que com processos históricos próprios e distintos, os países europeus chegaram a mecanismos de consenso que ganharam importância ao longo dos anos e que não excluíram a forma pretérita de estruturação da persecução penal, embora seja inegável o tensionamento da obrigatoriedade. Houve debates similares aos encontrados no Brasil, sobre a mitigação do aspecto obrigatório da ação penal, mas, ao final, mesmo com institutos que mudaram decisivamente a persecução penal de feição estritamente disputada, a obrigatoriedade foi mantida.

Passando à análise com verticalidade do sistema processual brasileiro, pudemos contrapor dois momentos bastante distintos: o caldo cultural tradicional, gestado em uma lógica estritamente disputada na solução do conflito criminal, e que possuía como princípio a obrigatoriedade da ação penal pública; e as rupturas a essa tradição, quando as hipóteses de consenso passaram a ser introduzidas, e o princípio reitor passou a ser tensionado pela literatura e seus operadores. Isso realizado por uma análise normativa do ordenamento jurídico, assim como teórica, isto é, do modo como a literatura interpretava o fenômeno.



Num primeiro momento, a própria feição do sistema processual justificava a leitura que se consagrou acerca da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. Presentes os suficientes elementos de informação que indicassem a materialidade e autoria delitivas, era mandatória a ação penal, iniciada pelo oferecimento da denúncia criminal. Era um cenário estritamente conflitivo. O referido princípio possuía satisfatória carga explicativa, sendo, por isso, pouco questionado, e tendo diversas regras que dele decorriam, o que consubstanciava relevante coerência na interpretação jurídica. Esse cenário, todavia, começa a ser modificado, tendo como elemento desestabilizador o advento do consenso em matéria criminal, que desequilibrou a anterior equação que explicava o fenômeno processual.

Após o exposto permissivo constitucional, a consensualidade ingressa no ordenamento brasileiro, inicialmente adstrita aos crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais (transação penal) e aos crimes de baixa gravidade (*sursis* processual, a suspensão condicional do processo). Posteriormente, foi estruturado o acordo de imunidade na colaboração premiada, que ampliou a possibilidade de soluções negociadas (prêmios em razão da colaboração com a persecução penal estatal) para determinados crimes graves, aqueles cometidos por organizações criminosas. Mais recentemente, a lei brasileira reconheceu a ampliação dos crimes passíveis de serem enquadrados nessas soluções por meio do acordo de não persecução penal, apto a ser proposto pelo órgão acusatório naqueles delitos de média gravidade.

O processo penal como se dava em nosso país até o advento da Constituição de 1988 foi sendo paulatinamente modificado: não se pode mais apresentá-lo como uma estrada com um único caminho a ser perseguido pelo titular da ação penal de iniciativa pública para exercer o seu poder-dever de agir em face dos delitos de que se tem notícia. Uma figura mais adequada para descrever a forma como a persecução penal se estrutura é a de uma estrada, com bifurcações ao longo do trajeto, sendo essas opções aquelas propiciadas pelas distintas soluções consensuais previstas em leis em diferentes fases do procedimento e do processo (antes da instrução processual). Aquele princípio da obrigatoriedade anteriormente projetado, de ação mandatória em face de elementos de autoria e materialidade delitivas em todo e qualquer caso, não mais encontrava guarida em nosso ordenamento jurídico. Resta(va) saber o que colocar no lugar.

Nesse sentido, conhecemos o que ficou consagrado como a mitigação da obrigatoriedade. Trata-se de diagnóstico correto, que identifica a inaplicabilidade do princípio da obrigatoriedade como originalmente projetado. O problema decorrente de tal análise é que era ela insuficiente para tratar do fenômeno, pois não dava o passo seguinte, de sugerir uma

moldura teórica suficiente para explicar a realidade. Em virtude disso, as mais diferentes combinações de conceitos e princípios aplicáveis (como a *discricionariedade regrada* ou a *oportunidade regulada*) foram utilizadas para explicar as numerosas exceções à mandatória propositura da ação penal pública. Essas incursões careciam da densidade teórica necessária, razão pela qual propusemos uma leitura analítica inovadora para dar conta de tal problema jurídico, por meio da proposição do princípio da obrigatoriedade residual da ação penal de iniciativa pública.

Uma proposição conceitual demanda o cuidadoso estabelecimento de premissas teóricas a serem apresentadas, de forma a situar o leitor dentro do quadro analítico utilizado para se realizar as necessárias inferências. Nesse contexto que a diferenciação entre o gênero de *normas* e as suas espécies (*princípios* e *regras*) se faz de especial relevo. Tanto na sua origem em debates internacionais, quanto em sua chegada ao Brasil, mas, principalmente, na função que tal diferenciação pode ter no ramo instrumental do direito penal. O estabelecimento das premissas para a definição a ser adotada de princípio jurídico foi fundamental para a solidez teórica que se buscava por meio do conceito que propusemos nesta Tese.

A definição adotada possui grande aceitação na doutrina de processo penal, tendo também densidade teórica. As principais características imanentes a uma norma jurídica para que possa ser qualificada como princípios são: (a) maior abstração, (b) fundamentalidade e (c) significativa influência em outras normas. Com esses elementos bem sedimentados, além das características relativas à eventual colisão entre tais normas, fica mais fácil a identificação do que se classifica como um *princípio*. E foi por meio de tal sistemática que se chegou à propositura do conceito da obrigatoriedade residual e, ato contínuo, à sua subsunção aos critérios caracterizadores de princípio.

E, embora já exposta de forma panorâmica em outros momentos do trabalho, é a partir da base estrutura da classificação das normas jurídicas que definimos o significado da *obrigatoriedade residual*. Qualificação essa que preserva parte do sentido da antes consagrada obrigatoriedade, reconhecendo predicados explicativos que não podem ser desprezados. De outro lado, por meio da adjetivação proposta, demonstra-se que o anterior conceito necessitava de uma atualização para melhor responder ao processo penal contemporâneo. E são dois os sentidos adotados para a *residualidade*. O primeiro deles, mais consagrado, é aquele relativo ao restante. Com isso, temos que ainda há algo que resta da clássica obrigatoriedade. Embora nem todos os casos em que se verifiquem elementos da justa causa resultarão no oferecimento da denúncia, traço característico da aplicação da obrigatoriedade, seus efeitos serão sentidos, acaso superada a etapa consensual. De segundo significado possível, extraímos a ideia (figurada) de

âmago ou fundo. Por meio dela, entendemos que a obrigatoriedade possui um sentido de fundo, que não se perde. E esse sentido é o de impulsionamento da persecução penal. Não importando a forma de se proceder à persecução penal, por meio consensual antecedente, ou pelo subsequente meio disputado, há um sentido de propulsão adiante por parte dos agentes de Estado que se vê preservado.

O conceito apresentado por meio desta Tese de doutorado se subsume à sistemática dos princípios em processo penal, sendo aplicável à ação penal de iniciativa pública. O *grau de abstração* se verifica pela complexidade e pela capacidade de tal conceito explicar uma gama de situações presentes na persecução penal, com grau elevado de generalidade. A sua importância, ou *fundamentalidade*, é denotada pelo seu papel em explicar o funcionamento da persecução penal contemporânea como um todo, alinhando os diferentes modos de solução do conflito criminal em um conceito jurídico unificador. Por fim, fica também marcada a sua *influência em outras regras* jurídicas aplicáveis à ação penal. Mais do que isso, temos que o conceito proposto é capaz de harmonizar a interpretação jurídica, que ficara insuficiente desde o advento da consensualidade no âmbito criminal, como se esses dois modos de solução não se comunicassem. Não apenas se comunicam, como devem ter um funcionamento harmonioso, segundo a leitura aqui proposta.

E essa leitura não se dá apenas do ponto de vista teórico. Quando dos testes práticos, resta claro que a interpretação oferecida a partir da aplicação do princípio da obrigatoriedade residual não apenas auxilia na solução concreta de aplicação dos mecanismos consensuais, como também confere interpretação coerente sobre nosso ordenamento jurídico. Ora reforçando o caráter da obrigatoriedade, e ora o de sua residualidade, o referido princípio tem uma capacidade de explanar, com densidade teórica e com aderência prática, as situações processuais mais diversas que se apresentam.

Nosso objetivo foi, após apresentado o conceito proposto, de *obrigatoriedade residual*, situá-lo em um modelo teórico capaz de dar conta dos outros conceitos frequentemente mobilizados para entender o fenômeno. Por essa razão que, com vista a oferecer um quadro coerente, apresentamos definições adotadas para cada um desses conceitos frequentemente mobilizados quando de discussões atinentes à ação penal (legalidade, oportunidade e discricionariedade). Longe da pretensão de deter uma definição “correta”, temos apenas a intenção de apresentar um conjunto de categorias suficientemente embasadas teoricamente e que ofereçam uma capacidade explicativa razoável de um dado ordenamento jurídico. Por meio delas, inclusive, poderiam ser analisados sistemas distintos do brasileiro.

De todo o caminho percorrido na presente Tese de Doutorado, resta claro que o consenso é um agente em expansão no âmbito do processo penal mundial e regional. Tal cenário, como se poderia supor, não é diferente no Brasil. Não apenas verificamos substantivos avanços recentes em nosso país, com o grande aumento de suas hipóteses nos últimos anos, como também são observados projetos legislativos de ainda maior ampliação. É fora de debate, portanto, que essa é uma realidade que não deve conhecer recuos e, ao contrário, possivelmente tenha (ainda mais abrangente) ampliação no próximo período.

O ferramental teórico apresentado nas linhas deste trabalho parece se mostrar útil, mesmo em um cenário de mudanças. A cultura processual penal brasileira, embora modificada, ainda se orienta segundo a lógica da *obligatoriedade*, tendo tal princípio importância para a compreensão dessa realidade. Ainda que, no âmbito de sua aplicação, seja necessário considerar a sua imprescindível qualificação da *residualidade*.



## REFERÊNCIA

ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa; LOURINHO, Victoria A. dos Santos. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade do Ministério Público. *In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 330-347.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 36, p. 50-112, 1968.

\_\_\_\_\_. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, New York, v. 79, n. 1, p. 1-43, Jan. 1979.

\_\_\_\_\_. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, Berkeley, v. 69, n. 3, p. 652-730, May 1981.

AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? *International Criminal Law Review*, Cambridge, n. 3, p. 01-37, 2003.

\_\_\_\_\_. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. *In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 49-72.

\_\_\_\_\_. Estado e futuro do direito penal comparado. *Anatomia do crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n. Lisboa, 6, p. 9-42, jul./dez. 2017.

ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado patteggiamento). *Revista Julgar*, Lisboa, n. 19, p. 221-229, 2013.

ANDRADE, Flavio da Silva. O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa:(in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, 206-241, 2020.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. O Novo Código do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 318-358.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

APPLEGATE, Amy Grossman. Prosecutorial discretion and discrimination in the decision to charge. *Temple Law Quarterly*, [Philadelphia], v. 55, p. 35-88, 1982.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela Lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 397-418.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Método, 2019.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre regras e princípios e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-36, 2001.

AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a Lei 9.099/95. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). *Doutrinas essenciais: processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 7. p. 795-808.

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

\_\_\_\_\_. Meio de Prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.127-149.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O sistema acusatório e o arquivamento do inquérito Policial. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 116-162.

BEALL, George. Principles of Plea Bargaining. *Loyola University Chicago Law Journal*, [Chicago], v. 9, n. 1, p. 175-192, Fall 1977.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, n. 47, p. 351-379, jan./jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ARAS, Vladimir. Reflexões sobre a homologação do acordo de colaboração premiada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 226- 231.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 359-390, set./out. 2016.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRUNK, Conrad G. The problem of voluntariness coercion in the negotiated plea. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, p. 527-553, Winter 1979.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v.21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000.

CANILHO, Inês. Suspensão provisória do processo: incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituosos e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In: PEREIRA, Luís Manuel Cunha da Silva *et al.* (coord.). *Aplicação de medidas de coação e suspensão provisória do processo*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. p. 91-119.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Notas sobre a perene crise do princípio de obrigatoriedade da ação penal no ordenamento italiano. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 118-149, 2017.

CARMO, Rui do. A suspensão provisória do processo no código de processo penal revisto – alterações e clarificações. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 9, p. 321-336, 2008.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei n. 12.850/2013. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 255-274.

CHEKER, Monique. Acordos resolutivos no direito penal: direito comparado, projeto anticrime e proposta de aperfeiçoamento para os delitos ambientais. In: BARBOSA; Alexandre Espinosa Bravo *et al.* (coord.). *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão*. Brasília, DF: MPF, 2019. p. 55-91.

CHURCH, Thomas W. In defense of bargain Justice. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, p. 509-525, Winter 1979.



CONSENSO. In: DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa online. São Paulo: Melhoramentos, c2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consenso/>. Acesso em: 29 out. 2022.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. *Recommendation n. R (87) 18 of The Committee of Ministers to Member States Concerning the Simplification of Criminal Justice*. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e19f8>. Acesso em: 24 mar. 2022.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 87-97, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 30, p. 163-198, 1998.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: \_\_\_\_\_. (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-55, 2001.

\_\_\_\_\_. Sistema acusatório: cada menina que loucura parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

\_\_\_\_\_. *et al.* Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei "anticrime": mirando a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 9 dez. 2021.

CRUZ, Flavio Antonio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba, v. 2, p. 145-219, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts 1º ao 120)*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podvim, 2015.

CUNHA, Vitor Souza. Acordos de admissão de culpa no Tribunal Penal Internacional: lições para o sistema de justiça criminal brasileiro. In: BARBOSA; Alexandre Espinosa Bravo *et al.* (coord.). *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão*. Brasília: MPF, 2019. p. 17-54.

\_\_\_\_\_. O Devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 290-313.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. Reflections on American Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law Supplement*, [Berkeley], v. 38, p. 421-443, 1990.

\_\_\_\_\_. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1018-1039, 2004.

DANIELE, Marcello; FERRUA, Pablo. Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio. *Diritto Penale Contemporaneo*, Milano, n. 5, p. 75-88, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 155, p. 293-338, maio 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre Sentença em Processo Penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015.

DWORKIN, Ronald M. The model of rules. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967.

FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FEELEY, Malcolm. Plea bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, Abingdon, n. 3, p. 338-354, 1982.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_; PENTEADO, Jacques de Camargo; BARROS, Marco Antonio de. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na Justiça Criminal Paulista. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 62, p. 123-148, jan./dez. 2000.

FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 71-102, jan./abr. 2017.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Tradução Valentina Caraveli. Bologna: Il Mulino, 2004.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, maio/ago. 2017.

FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 373-396.

FRANCO, Ivan Candido da Silva de. O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 29, n. 344, p. 20-22, jul. 2021.

FREIRE, Luciano Nunes Maia. A independência funcional sob a ótica do controle disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener (coord.). *CNMP em ação: uma análise teórica da sua jurisprudência*. Brasília, DF: CNMP, 2020. v. 2. p. 38-46.

GARCIA, Emerson. As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento. *Revista Eletrônica do CEAF*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 1-13, out. 2011/jan. 2012.

GERSHMAN, Bennett L. The new prosecutors. *University of Pittsburgh Law Review*, [Pittsburgh], v. 53, p. 393-458, 1992.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, 2015.

GOES LIMA, Thadeu Augimeri. Obrigatoriedade da ação penal pública e in dubio pro societate: repensando antigos mitos. *Derecho y Cambio Social*, n. 58, p. 417-434, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Juizados especiais criminais: anotações resumidas sobre a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 50, p. 47-54, 1997.

GRAHAN, Kyle. Overcharging. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus, v. 11, n. 2, p. 701-724, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O impacto da Lei n. 9.099/95 no sistema penal brasileiro. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo Cesar (coord.). *Ensaaios jurídicos: o direito em revista*. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. p. 348-365.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUINALZ, Ricardo. *Consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2019.

HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, p. 8-11, 1988.

JARDIM, Afrânio Silva. O princípio da indivisibilidade e ação penal pública condicionada. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 146. p. 96-99. abr./jun. 1989.

\_\_\_\_\_. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 48, p. 4, nov. 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 2-10, jul./dez. /2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

KIRCHENGAST, Tyrone. Mixed and hybrid systems of justice and the development of the adversarial paradigm: European law, inquisitorial processes and the development of community justice in the common law States. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 75, p. 513-536, 2019.

KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 61-92.

KRAUSS, Rebecca. The theory of prosecutorial discretion in Federal Law: Origins and Developments. *Seton Hall Circuit Review*, Newark, v. 6, n. 1, 2012.

LAMY, Marcelo *Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law & Society Review*, Malden, v. 13, p. 261-272, Winter 1979.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

\_\_\_\_\_. La larga sombra de las categorías acusatorio inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 11-42, 2015.

\_\_\_\_\_. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, Palo Alto, v. 4, p. 1-66, Sept. 2019. DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3453576>. Acesso em: 2 out. 2022.

LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006.

LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 24, n. 4, p. 577-613, 2014.

\_\_\_\_\_. Uma leitura humanista da mediação penal: em especial, a mediação pós-sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 11, p. 9-28, 2014.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LENVIN, Nathan B.; MEYERS, Ernest S. Nolo Contendere: Its Nature and Implications. *Yale Law Journal*, Ann Arbor, v. 51, p. 1255-1268, 1942.

LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. *Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, dez. /jan. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim informativo IBRASPP*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 34-36, out. 2013.

\_\_\_\_\_. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in) eficácia do regime de liberdade individual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 117-153, maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. Trad. Aduino Villela. *Revista do CNMP*, Brasília, DF, n. 1, p. 12-42, 2011.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.) *Uma introdução ao estudo da Justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 65-94.

MACHADO, Bruno Amaral. A diferenciação interna do subsistema jurídico penal: história, organizações e trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 52, p. 81-113. 2014.

MAFFEI, Stefano. Negotiations “on evidence” and negotiations “on sentence”: Adversarial experiments in Italian criminal procedure. *Journal of International Criminal Justice*, [Oxford], v. 2, n. 4, p. 1050-1069, 2004.

MANZANO; Luis Fernando de Moraes; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, p. 197–210, 2017.

MARAFIOTI, Luca. L’archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell’azione ed opportunità “di fatto”. *Cassazione Penale*, [S. l], [S. n.], p. 208-223, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 731, p. 9-33, jan./abr. 2013.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrição das hipóteses de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 419-448.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. *Organização criminosa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

PIZZI, William T. Understanding prosecutorial discretion in the United States: the limits of Comparative Criminal Procedure. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 54, p. 1325-1373, 1993.

\_\_\_\_\_. Fact Bargaining: an American phenomenon. *Federal Sentencing Reporter*, Berkeley, v. 8, n. 6, p. 336-338, 1996.

\_\_\_\_\_; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 2, p. 429-466, 2004.

POLASTRI, Marcellus. Ministério Público e persecução criminal. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PRADO, Geraldo L. M. Justiça penal consensual. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 10, p. 355-361, 2000.

\_\_\_\_\_. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 120). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN Adán. (coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla: La Mancha, 2003. p. 259-287. (Estudios, 91).

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 289-310, jul./dez. 2008.

RESIDUAL. In: DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa online. São Paulo: Melhoramentos, c2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=res%C3%ADduo>. Acesso em: 19 jun. 2022.

RAKOFF, Jed S. Why prosecutors rule the criminal justice system – and what can be done about it. *Northwestern University Law Review*, [Chicago], v. 111, n. 6, p. 1429-1436, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, n. 20, p. 99-124, 2016.

SAAD, Marta. Direito de defesa na operação Lava Jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (coord./org.). *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 169-200.

\_\_\_\_\_; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 842, p. 413-435, 2005.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín; INCHAUSTI, Fernando Gascón. Por que os inocentes celebram acordos com reconhecimento de culpa? Tradução Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 93-123.

SANTOS, André Teixeira dos. Do Processo Sumaríssimo: uma idílica solução de consenso ou uma verdade produzida?. *O Direito*, Lisboa, v. 137, n. 1, Lisboa, p. 137-189, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: ICPC, 2012.

SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 191-205, jan./jun. 2011.

SCELLA, Andrea. Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato. In: DI CHIARA, Giuseppe (ed.). *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*. Giappichelli, Torino, 2009. p. 115-131.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais*. 3. ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SISTEMA. In: DICIONÁRIO Michaelis da Língua Portuguesa online. São Paulo: Melhoramentos, c2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sistema/>. Acesso em: 2 out. 2022.

STRIER, Franklin. *Reconstructing Justice: an agenda for trial reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

SUXBERGER, Antônio Henrique. A superação do dogma da obrigatoriedade: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de Justiça Criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, v. 34, p. 35-50, 2017.

\_\_\_\_\_; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016.

TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 634-657, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



TAVARES, Guilherme Fernandes Ferreira. As novas normas sobre o arquivamento do fato penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord./org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). p. 164-185.

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

THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (ed.) *World plea bargaining. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 297-399.

TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La Justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée. *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, Bruxelles, n. 5, p. 445-494, 1996.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *The American Journal of Comparative Law*, Lincoln, v. 54, n. 1, p. 199-267, 2006.

ÚRCULO, Juan Cesáreo Ortiz. El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. In: BARTHEL, Fernando Ledesma; CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS [ed.?]. *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*. Navarra: Thomson-Aranzadi: Cizur Menor, 2006. p. 115-136.

VALENTINI, Cristiana. L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di uguaglianza. In: DINACCI, Filippo Raffaele (a cura di). *Processo penale e costituzione*. Giuffrè: Milano, 2010. p. 127-154.

VAN CLEAVE, Rachel A. An offer you can't refuse - punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient Criminal Justice System. *Emory International Law Review*, [Atlanta], v. 11, p. 419-469, 1997.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

\_\_\_\_\_. O "sistema acusatório" do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-204, jul./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, p. 7-9, 2017.

\_\_\_\_\_. Colaboração premiada e negociação na Justiça Criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, 2020.

\_\_\_\_\_. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020.

\_\_\_\_\_; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, p. 435-453, 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/ago. 2018.

VITIELLO, Michael. Bargained for justice: lessons from the Italians. *University of the Pacific Law Review*, Sacramento, v. 48, p. 247-263, 2017.

XIAO, Michael Yangming. Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, [Ithaca], v. 23, n. 1, p. 233-253, Fall 2013.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 233-269, mar./abr. 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

ZILLI, Marcos. Ainda sobre as condições da ação penal. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArts, 2017. p. 231-253

\_\_\_\_\_. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Transplantes, traduções e Cavalos de Troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da Operação Lava Jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos (org.). *Corrupção: ensaios sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 93-132.

\_\_\_\_\_. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239, jan./mar. 2021.

\_\_\_\_\_. A Justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 27-60.