

141 - 198

Artigo

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL
PÚBLICA NOS CRIMES DE MÉDIO
POTENCIAL OFENSIVO SOB A ÓPTICA
DO PROMOTOR DE JUSTIÇA**

LUIZ GUSTAVO MARTINS GONÇALVES

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA NOS CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO SOB A ÓPTICA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

THE MITIGATION OF THE PRINCIPLE OF MANDATORY PUBLIC PROSECUTION IN CRIMES OF OFFENSIVE MEDIUM POTENTIAL FROM THE PROSECUTOR'S VIEWPOINT

LUIZ GUSTAVO MARTINS GONÇALVES

Bacharel em Direito

Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região | Ibitiré, Brasil

luizinformativos@gmail.com

RESUMO: Modelos de justiça consensual implantados no Brasil nos crimes de pequeno, médio e grande potencial ofensivo a partir de pesquisas em doutrinas, leis e entendimentos jurisprudenciais, perquirindo criação, requisitos, restrições e aspectos procedimentais, uma vez que o princípio da obrigatoriedade deve ser mitigado pelo Ministério Público, por ser o órgão competente para analisar a possibilidade ou não de iniciar a persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da obrigatoriedade; justiça consensual criminal; Ministério Público; acordo de não persecução penal.

ABSTRACT: Models of consensual justice implemented in Brazil in crimes of small, medium and large offensive potential from research in doctrines, laws and jurisprudential understandings, perquiring creation, requirements, restrictions and procedural aspects, since the principle of obligation must be mitigated by the Public Prosecutor's Office, as it is the competent body to analyze the possibility or not of initiating criminal prosecution.

KEYWORDS: principle of obligation; criminal consensual justice; public ministry; non-persecution agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ação penal; 2.1 Ação penal como direito e como dever jurídico; 2.2 Condições para o exercício da ação penal; 2.3 Legitimidade *ad causam*; 2.4 Interesse de agir; 2.5 Possibilidade jurídica do pedido; 2.6 Justa causa; 3. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo; 3.1 Poder-dever de punir do Estado; 3.2 Princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública; 3.3 O princípio da obrigatoriedade mitigada. 4. Princípio da oportunidade; 4.1 Prescrição retroativa; 4.2 Prescrição em perspectiva; 4.3 Penas inexigíveis; 5. Panorama teórico e histórico sobre a justiça consensual criminal; 5.1. O que é justiça consensual; 5.2 Acordos penais implementados no Brasil; 5.3 Composição dos danos civis; 5.4 Transação penal; 5.5 Suspensão condicional; 5.6 Acordo de colaboração premiada; 6. Acordo de não persecução penal; 6.1 Requisitos e restrições para aplicação do Acordo de não persecução penal; 6.2 Da formalização do acordo de não persecução; 6.3 Condições para cumprimento; 6.4 Vedações à realização do acordo. 6.5 Do descumprimento das condições estipuladas; 6.6 Acordo de não persecução penal e a (im)possibilidade de oferecimento da ação penal subsidiária da pública; 6.7 Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do investigado, faculdade ou poder-dever do MP?; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. Introdução

Ao analisar a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal nos crimes de médio potencial ofensivo e abordar medidas despenalizadoras, mais especificamente as previstas no art. 28-A do Código de Processo Penal, aproveita-se o modelo inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de abrir espaço para a justiça consensual/negocial sobre os meios alternativos de solução de conflitos, explanando se o modelo antigo em determinados casos se revela oportuno ou razoável.

Além da possibilidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pretende-se examinar a justiça penal consensual no Brasil e o acordo de não persecução penal ao abordar os requisitos e as restrições para aplicação, as hipóteses de cabimento, condições e vedações, assim como se a formalização do acordo é direito subjetivo do investigado ou faculdade do órgão ministerial.

O método da pesquisa qualitativa exploratória tem a intenção de discorrer sobre os princípios da obrigatoriedade e oportunidade, a implantação da justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, além do acordo de não persecução penal, que aborda alguns pontos em que há divergência entre os doutrinadores, sobretudo pelo fato de o tema ser recente no ordenamento jurídico brasileiro e suscitar muitas indagações a respeito de seu instituto.

2. Ação penal

Até os séculos XVIII e XIX, os juristas se contentavam com o conceito monótono de ação, que era um direito individual de pleitear em juízo o que lhes era devido, conquanto alguns juristas franceses definissem a ação como o direito material em “movimento”.

Com efeito, a teoria civilista, a primeira teoria a tentar definir o conceito de ação processual, se desvinculou da ideia de ação tida como o direito material em movimento, não obstante as formulações jurídicas da época não conseguissem explicar o fenômeno da ação infundada, a verdadeira natureza do conceito de ação e a sua reconhecida autonomia em relação ao direito material.

Ressalte-se um vetor de discussões infundáveis em torno da polêmica interpretação do conceito sobre o vocábulo *ação*. Alcalá-Zamora obtempera que, a rigor, no processo penal se deve falar em “ação processual penal” para não confundir com a ação punível ou delitiva objeto do direito penal.¹

O desvelamento do fracasso da Teoria Geral do Processo de Gold Schmidt desconstruiu o conceito de ação para o processo penal que utilizava conceitos e concepções do processo civil².

O erro em transportar as categorias do processo civil para o processo penal é a velha historinha da Cinderela, de Carnelutti, e as roupas velhas da irmã. Em outras palavras, o direito penal a partir da teoria geral do processo civil é um pensamento viciado que conduz ao engessamento do processo penal. Avulte-se que toda discussão e concepção teórica foi pensada e feita por civilistas para o processo civil, não para o processo penal.

Em síntese, eis as principais teorias acerca do direito de ação:

- 1) Teoria civilista;
- 2) Teoria da ação como Direito Autônomo;
- 3) Teoria da ação como Direito Concreto;
- 4) Teoria da ação como Direito Potestativo;

1 NICETO Alcalá-Zamora, *Estudios de teoría general e historia del proceso* – 1945/1972, p. 325-326.

2 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 49-51.

- 5) Teoria da ação como Direito Abstrato;
- 6) Teoria Eclética do Direito de Ação (mais adotada no Brasil).

A teoria eclética do direito de ação que prevalece em nosso ordenamento jurídico é aquela desenvolvida pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman. O direito de ação penal é o direito público subjetivo do órgão acusador ou do querelante de exigir do Estado-Juiz a tutela jurisdicional de manifestar pretensão determinada em juízo, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto da ação, haja vista a existência de uma infração penal pretérita.

Portanto, é um direito potestativo por meio do qual se narra um fato com aparência de delito (*fumus commissi delicti*) e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma determinada pessoa. O art. 5.º, inciso XXXV da CRFB/1988, aduz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito.

O inciso LIX, do mesmo artigo constitucional, prescreve admitir-se ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Se cabe ao Estado agir e não o faz, sobra ao ofendido o direito de ingressar em juízo.

Vale esclarecer a distinção existente entre direito de ação e ação. Direito de ação é requerer ao Estado-Juiz o exercício da jurisdição que diga o direito ali aventado para determinar a aplicação da lei ao caso concreto. Já a ação propriamente dita, é a iniciativa de se ir à justiça em busca do direito à efetiva prestação da tutela jurisdicional, como forma de provocar a inércia do Estado em prestá-la.³

O art. 129, I, da Constituição assegura ao Ministério Público, de maneira privativa, promover a ação penal pública na forma da lei.

3 LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica/Aury Lopes Jr. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 134-139.

A ação penal é tratada também nos artigos 100 a 106, do Código Penal, e nos artigos 24 a 62 do Código de Processo Penal. Destaque-se que o direito de ação não surge com a prática do crime, pois ele é preexistente à prática da infração penal. Note-se que do crime nasce a pretensão punitiva, segundo Frederico Marques.⁴

2.1 Ação penal como direito e como dever jurídico

O direito à jurisdição consuma-se pela utilização do direito de ação. Na seara penal, não há punição sem o devido processo legal que tenha como supedâneo o direito de ação, até mesmo quando a lei autoriza a transação inerente às infrações penais de pequeno potencial ofensivo (crime liliputiano). Em tal procedimento, é levada ao conhecimento do Poder Judiciário a prática de determinada transgressão a um bem jurídico tutelado que necessita homologar eventual proposta de acordo feita pelo Ministério Público e o acusado.

O *ius puniendi* pertence ao Estado-Juiz, cujo direito-dever permanece em abstrato até que se transgrida a lei. Com a infração penal preestabelecida, o direito de punir se concretiza para que o Estado-Juiz possa aplicar a lei ao caso concreto, por meio do processo. Logo, a ação é o poder assegurado na Constituição Federal de invocar a tutela jurisdicional do Estado-Juiz, um direito potestativo de postular obter a prolação do julgador acerca da punibilidade concreta.

Ademais, Aury Lopes Jr. obtempera que o direito à pretensão acusatória não é um direito subjetivo, mas um direito potestativo diante da ocorrência de *fumus commissi delicti*, o direito de proceder contra outrem. Com a infração da lei, o Ministério Público dispõe do direito potestativo de acusar, e o Estado-Juiz tem

4 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1996, v. 2, p. 289.

o direito de punir o infrator, que é condicionado pelo exercício da pretensão acusatória⁵.

Meramente formal, o detentor do direito de ação não tem a atribuição de punir o transgressor, mas pode postular ao Estado-Juiz que exerça o direito fundamentado e motivado na sentença de punir em caso de culpabilidade comprovada.

Vale destacar que o direito de ação é o caminho necessário para se chegar à pena, o exercício do *ius puniendi*. Antigamente, o poder de punir era exercido pela coletividade ou pelo ofendido. A bem da verdade, não se considerava pena, mas sim vingança.

A vingança é arbitrária, e na maioria das vezes desproporcional. A pena propriamente dita pressupõe um poder organizado com supedâneo no direito de ação. Na seara penal, o direito de punir não se concretiza imediatamente, como ocorrera na Mesopotâmia com o famoso “olho por olho, dente por dente”. Somente depois do devido processo legal, que é condicionado ao direito de ação, há a possibilidade de aplicação da pena.

Coutinho (1988), na dissertação de mestrado *A lide e o conteúdo do processo penal*, concebe direito conexo instrumentalmente ao caso penal. O fato de ser um direito abstrato não significa que seja ilimitado e incondicionado. Dosado, só pode exercê-lo aquele que preencher determinadas condições. Vinculado a um caso concreto exatamente individuado, não há como negar que a ação existe e foi devidamente exercida, ainda que a sentença seja absolutória. O direito potestativo de acusar não se confunde com o poder material de punir. O conceito de direito concreto exige que a ação processual penal demonstre uma conexão instrumental em relação ao caso penal.⁶

5 LOPES JÚNIOR. Aury. op. cit.

6 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Imprensa: Curitiba, Juruá, 1998.

O direito de ação penal, além de abstrato, é potestativo; todavia, o detentor deve preencher determinados requisitos para solicitar ao Estado-Juiz detentor do *ius puniendi* as providências cabíveis para a apuração do fato delituoso, observado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

2.2 Condições para o exercício da ação penal

O Código de Processo Civil (CPC) de 1973 trazia consigo três condições que refletiam nos elementos da ação: legitimidade – partes; possibilidade jurídica – pedido; interesse de agir – causa de pedir.

O atual CPC não faz referência às condições da ação, tampouco faz menção quanto à possibilidade jurídica do pedido. O artigo 17 preceitua que, para postular em juízo, é necessário legitimidade e interesse de agir, o que reforça o entendimento majoritário de que o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido está acoplado à decisão de mérito e não às condições da ação, que é requisito de admissibilidade da denúncia ou queixa.

Além do mais, a grande influência do processo civil no processo penal preceituava no Código de Processo Penal (CPP) a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido como causas das condições da ação penal. O novel diploma processual afasta essa possibilidade jurídica do pedido e, por corolário, o enfrentamento no juízo de mérito. Doravante, no CPP, as condições da ação se subdividem em genéricas, que são as mesmas aplicáveis à luz do sistema do CPC, e as específicas, que dizem respeito às de determinadas situações.

Foi durante a fase concretista que as condições da ação se diferenciaram dos pressupostos processuais de uma decisão qualquer sobre a demanda posta em juízo.⁷ A teoria de Liebman ganhou maior

7 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 93.

acolhida no direito processual brasileiro porque compreende o direito de ação como direito público subjetivo de conquistar um julgamento de mérito em face dos fatos e direitos postos na lide ao preencher determinadas condições: interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido.⁸

Não obstante, as críticas dirigidas à chamada teoria eclética de Liebman implicaram certa adesão à teoria da asserção no momento de sua admissibilidade, sob pena de se confundir com o mérito da causa de se analisar a prova para se averiguarem as condições da ação.

Ada Pellegrine obtempera que o valor e o significado das condições da ação devem ser o mesmo no processo civil e no processo penal, embora compreenda o conceito tradicional do pedido destacado como possibilidade jurídica quando há casos que levam à “impossibilidade jurídica da acusação”.⁹

O fato levado a juízo evidentemente não constitui crime, o que implica inferir a impossibilidade jurídica da causa de pedir e não do pedido; punibilidade extinta pela prescrição ou decadência (crimes de iniciativa privada); ausência de justa causa; falta dos representantes do ofendido ou requisição do ministro da Justiça.

As condições da ação penal não integram o mérito da causa. Antes de o Estado-Juiz analisar o mérito, é preciso verificar se a parte reúne os pressupostos para a ação penal. A ilegitimidade da parte ativa, por exemplo, impede a manifestação sobre o mérito da causa.

Sob a perspectiva exclusiva do processo penal brasileiro, de índole constitucional, as condições da ação penal assim se apresentam: prática do *fumus commissi delicti* –, cuja análise do crime é feita a partir do fato típico, ilícito e culpável; punibilidade

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 184.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 133.

concreta; legitimidade da parte; justa causa, que é a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade.¹⁰

2.3 Legitimidade *ad causam*

Em se tratando de ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público deverá figurar no polo ativo como titular da ação, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na de iniciativa privada, cabe ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo intentar a ação. Em caso de morte ou de declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer a queixa ou prosseguir na ação já intentada cabe ao cônjuge, ao ascendente, ao descendente ou ao irmão, nos termos dos artigos 30 e 31 do CPP.

Tanto o Ministério Público como o querelante exercitam o *ius ut procedatur* pretensão acusatória, atributo jurídico conferido ao MP ou ao querelante para atuar em determinada situação jurídica litigiosa.

Na lição doutrinária de Renato Brasileiro Lima, legitimidade para agir ou *legitimatío ad causam* é a pertinência de determinado sujeito propor a demanda judicial e ocupar o polo passivo dessa mesma demanda. Há legitimidade ativa quando o autor afirma ser titular do direito subjetivo material demandado, e legitimidade passiva quando se pede a tutela em face do titular da obrigação correspondente àquele direito.¹¹

Acresça-se que o atual Código de Processo Civil extirpou a nomenclatura “condições da ação”. Limitou-se a dispor no artigo 17 que, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legiti-

10 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 338.

11 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 300, 301 e 302

midade. Nessa senda, o código processual não perfilhou a teoria eclética de Liebman, uma vez que a legitimidade e o interesse de agir teriam passado à categoria de pressupostos processuais.

Por força do art. 129, I, da CF/1988, são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. A bem da verdade, é imperioso saber se determinado delito é de ação penal pública ou de iniciativa privada, porquanto, se o delito for de iniciativa privada e o Ministério Público oferecer a denúncia em relação ao crime de iniciativa privada, deverá o juízo rejeitar a denúncia pela falta de *legitimitatio ad causam* do órgão ministerial, nos termos do art. 395, II, CPP. Em caso de reconhecimento posterior da ilegitimidade, ensejará a nulidade absoluta do processo (CPP, art. 564, II).

É mister destacar que nos crimes de ação penal pública incondicionada, caso o órgão ministerial não ofereça a denúncia no tempo hábil previsto em lei ou fique inerte durante todo o processo, o art. 5.º, LIX, da Constituição Federal de 1988 assegura o cabimento da ação penal privada subsidiária da pública, não se cogitando nesse caso a ilegitimidade.

2.4 Interesse de agir

Segundo Renato Brasileiro, o interesse de agir é visto pela doutrina como uma das condições da ação que comporta três aspectos distintos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional pleiteada; a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter; a eficácia da utilidade da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor.

Destaque-se que a jurisdição estatal deve ser vista como a última forma de solução da demanda, isto é, quando os demais meios para o litígio tiverem sido esgotados, visto o caráter fragmentário do direito penal.

Por força do princípio do *nulla poena sine iudicio*, nenhuma sanção penal poderá ser aplicada sem o devido processo legal, o que é garantido, aliás, no art. 5.º, LIV, CF/1988, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer resistência para que o Estado-Juiz possa dizer o direito no caso concreto, com a conseqüente aplicação da norma penal de imediato em desfavor do transgressor. A adequação refere-se à concordância da providência judicial requerida à solução do conflito subjacente ao pedido, ao passo que a utilidade se trata de categoria do processo civil inaplicável ao processo penal por suas peculiaridades, visto que o processo penal é marcado pelo princípio da necessidade.

O interesse de agir, no âmbito penal, está relacionado diretamente à efetividade processual, porquanto busca perquirir a viabilidade de satisfação da pretensão acusatória almejada. É inoportuna, pois, a obstinada busca hipotética pela sanção penal que, de plano, revela a inutilidade da atividade jurisdicional.

Nas celebrações de acordos penais, mesmo que se não reclame o manejo da persecução penal, o direito de ação é considerado um direito público subjetivo, cuja transação penal só se vai consumir depois da sentença de natureza meramente homologatória do Estado-Juiz. O interesse de agir do Ministério Público de ingressar em juízo para o acordo só produzirá seus efeitos pós-homologação judicial.

2.5 Possibilidade jurídica do pedido

Conforme Renato Brasileiro (2020, p. 295-296), o pedido postulado em juízo necessariamente precisa encontrar suporte na legislação brasileira, uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo. Não é oportuno para o órgão ministerial, e por via reflexa o Estado, iniciar a persecução penal em desfavor de outrem quando, desde logo, a condenação se afigura inatingível, quer pela imprevisibilidade, por exemplo, de requerer a conde-

nação do réu à pena de morte, quer porque o ordenamento jurídico impede a manifestação judicial em tal caso ou naqueles em que a denúncia/queixa é oferecida em face de adolescente menor de 18 anos.

Como o objetivo é evitar persecuções levianas, a possibilidade jurídica do pedido é vista com bons olhos pela doutrina majoritária. Ao impedir o início de processos penais temerários, o que prevalece são os direitos e as garantias fundamentais assegurados ao acusado no texto constitucional.

O Código de Processo Civil de 1973 preconizava legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido como as condições da ação penal, embora a possibilidade jurídica do pedido como espécie de condição da ação penal sempre tenha sido alvo de críticas tanto pelos processualistas civis quanto pelos processualistas penais, pois se trata de decisão de mérito e não de inadmissibilidade.

Ante a inadequada transposição simplista dos conceitos processuais civis para o processo penal, Aury Lopes Júnior obtempera que é legítimo conceber um pedido juridicamente impossível de ser exercido, tornando frágil a categorização no processo civil e, principalmente, no processo penal.¹²

A despeito das divergências sobre a amplitude da possibilidade jurídica do pedido, reitera-se que, no momento da admissibilidade da ação penal, quando o juiz recebe a denúncia, não interessa se o fato é aparentemente criminoso ou não. Deve-se perquirir o injusto penal àquele caso concreto.

A possibilidade jurídica do pedido está associada à tipificação da conduta prevista em lei descrita na denúncia ou na queixa-crime, a fim de se evitar uma persecução que, até no plano hipotético, é juridicamente impossível.

12 LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 336-337.

2.6 Justa causa

No plano da admissibilidade da ação penal prevista no art. 395, III, do CPP, fruto da reforma no diploma processual penal da Lei 11.719/2008, a justa causa é deveras garantia contra o uso abusivo do direito de acusar, constituindo limite ao *ius ut procedatur* por se tratar de suporte probatório mínimo a acompanhar a inicial acusatória. Portanto, em tese, indícios suficientes, na investigação preliminar, justificam a persecução penal, a autoria e a materialidade delitiva. Ausentes tais requisitos, impõe-se a rejeição da denúncia ou da queixa-crime.

Ademais, em vista do caráter fragmentário da intervenção penal, devem-se sancionar apenas as práticas contra os bens jurídicos dados como relevantes penalmente, e se evitar a banalização do direito penal porquanto é preciso justificação plausível para iniciar a persecução penal.

A inobservância das condições da ação leva à rejeição da inicial acusatória, nos termos do art. 395, II, CPP, ou trancamento do processo. Sanada a falha da decisão que rejeita, pode a ação ser novamente intentada. A Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Aury Lopes Júnior esclarece que a justa causa não se confunde com o *fumus commissi delicti* que é requisito da condição da ação penal, porquanto a fumaça da prática do delito deve demonstrar que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável, precisando ser analisada sob a óptica da existência de elementos probatórios de autoria e materialidade capazes de embasar a persecução penal.¹³

13 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 344.

Independentemente da posição que se queira adotar, resta incontroverso que a justa causa é imprescindível para um juízo de admissibilidade da exordial acusatória, e o juiz deve analisar se há ou não lastro probatório suficiente para a instauração do processo penal.

3. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo

Conforme doutrina majoritária (art. 24), ação penal pública de qualquer espécie será movida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Nos crimes de ação pública por denúncia do Ministério Público quando a lei o exigir, isso dependerá de requisição do ministro da Justiça ou de quem tiver qualidade para representar o ofendido.¹⁴

Presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal para que o processo se inicie. Não cabe ao órgão ministerial juízo de conveniência ou oportunidade acerca do oferecimento da denúncia diante de elementos suficientes quanto à existência do *fumus comissi delicti* (fato típico, ilícito e culpável).

Configurada a conduta delituosa e presentes as condições da ação penal, o Ministério Público não poderá deixar de oferecer a denúncia, por imposição da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, princípios cada vez mais questionados no âmbito do próprio MP, uma vez que os órgãos persecutórios não se reservam qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se iniciam a persecução penal.¹⁴

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 323-324

3.1 Poder-dever de punir do Estado

O poder-dever de punir do Estado surgiu no momento em que a vingança privada ganhou mais espaço. Vingança e pena são elementos distintos. Em tese, vingança pressupõe força individual de caráter arbitrário; pena, a existência de um poder organizado. Contudo, muitas vezes a vingança é revestida de pena. Portanto, a solução de tais conflitos exige a participação de um terceiro imparcial, e somente o Estado tem a capacidade de fazer com que a decisão seja cumprida e respeitada pelos demais membros da sociedade.

Com isso, o Estado-Juiz passa a deter o monopólio da justiça e do direito de ação. O processo penal é o caminho necessário à aplicação do direito penal no caso concreto de se buscar a decisão justa e a própria justiça no poder-dever de punir do Estado. Ao mesmo tempo, propicia ao acusado direitos e garantias fundamentais que evitam transformar o processo em objeto de vingança, o que limita a atuação do Estado-Juiz e a do órgão persecutório.

Por meio do devido processo legal, cabe ao Estado o exercício do *ius puniendi* que, em contrapartida, recebe a incumbência de proteger os direitos e os interesses da sociedade e os do próprio acusado. Para a sociedade, é melhor absolver o culpado do que condenar um inocente. Acresça-se que o processo penal não existe apenas para tornar efetiva a aplicação de direito material quando o Estado-Juiz exerce o seu poder-dever de punir. Presta-se também a, precipuamente, repelir a persecução penal em desfavor de quem não tenha praticado a infração.

Frise-se que, com o cometimento da infração penal, o próprio Estado sofre a lesão, porquanto os bens e os interesses da coletividade são tutelados eminentemente públicos. Não se permite, portanto, que o particular aplique ao transgressor o preceito sancionador, salvo em casos de legítima defesa. O poder-dever de punir do Estado é uma obrigação funcional para atingir os fins essenciais do Estado: garantir a ordem pública, a ordem econômica e a paz social.

Nessa vertente, o Estado deve pôr-se em atividade persecutória sempre que uma conduta penalmente típica seja praticada, postulando judicialmente a pretensão punitiva do autor. Sem ficar inerte em situação como esta, deve-se agir em busca da verdade de forma segura para atingir a desejada justiça, sendo o processo penal acusatório o instrumento adequado para o fim colimado.¹⁵

3.2 Princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública

O princípio da obrigatoriedade nada mais é que a vedação imposta ao órgão acusatório de decidir ou não pela persecução penal. Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público não tem a faculdade de buscar a condenação do acusado, mas tem o dever de apurar o cometimento da infração penal causadora da ação pública incondicionada. A polícia judiciária colherá os elementos informadores para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia.

Guilherme Nucci aduz que não há como regra no Brasil o princípio da oportunidade no processo penal. O ajuizamento da ação penal é critério discricionário do órgão acusatório – exceção feita à ação privada e à pública condicionada para o oferecimento da representação obrigatória do Ministério Público. A indisponibilidade da ação penal significa, uma vez ajuizada, que o promotor de Justiça não pode dela desistir. Logicamente, já existem exceções que abrandam o princípio da obrigatoriedade.¹⁶

O princípio da indisponibilidade (art. 42 do CPP) é consequência lógica do princípio da obrigatoriedade de o Ministério Público oferecer a denúncia em desfavor do acusado. Preenchidas

15 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade*. Forense, 1994. p. 19.

16 NUCCI Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 44-45.

as condições da ação, o órgão acusatório não pode desistir do processo em curso. O art. 576 do CPP prescreve, aliás, que o MP não poderá desistir de recurso que haja interposto. Note-se que o promotor não é obrigado a recorrer. Entretanto, se o fizer, não poderá desistir do recurso.

3.3 O princípio da obrigatoriedade mitigada

É preciso que o processo penal reposicione o Ministério Público na persecução penal, pois, a vingar o modelo negocial que está ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro, não haverá mais lugar para os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação tanto nos crimes de leve potencial ofensivo quanto nos crimes de médio potencial ofensivo.

Ademais, o artigo 28 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei 13.964/2019, previa mecanismos de fiscalização do princípio da obrigatoriedade pelo Estado-Juiz. Se o órgão ministerial requerer o arquivamento do inquérito policial, o juiz, no caso de não concordar com o pedido ministerial, fará remessa do inquérito ou das peças de informação a fim de que o procurador-geral ofereça a denúncia ou designe um promotor para que a ofereça.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, em vez de apresentar a denúncia requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar im procedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do MP para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento ao qual só o juiz estará obrigado a atender.

Por sua vez, a inserção dos Juizados Especiais Criminais fomentou ainda mais o modelo de justiça consensual no Brasil quando deixou de lado, em sua pureza, o modelo tradicional condena-

tório para surgirem vários institutos mitigadores do princípio da obrigatoriedade:

a) transação penal é acordo firmado que permite a imposição de medida alternativa à pena privativa de liberdade sem que haja a necessidade de se iniciar um processo convencional (art. 76 da Lei 9.099/1995).

b) acordo de leniência no curso de investigação de crimes contra a ordem econômica em que o Conselho Administrativo da Ordem Econômica tem o poder de celebrá-lo com os investigados de infração de ordem econômica (artigos 16 e 17 da Lei 12.846/2013).

c) parcelamento do débito tributário cabível nos crimes contra a ordem tributária. A pretensão acusatória do Ministério Público fica suspensa enquanto estiver pendente o parcelamento, porquanto ausente a justa causa. Da mesma forma, suspende-se a prescrição enquanto vigor o parcelamento (art. 69 da Lei 11.941/2009).

d) Colaboração premiada – o Ministério Público pode deixar de ofertar a denúncia quando o sujeito não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar a efetiva colaboração (art. 4.º, §4.º, Lei 12.850/2013).

e) Acordo de não persecução penal é hipótese abordada em tópico específico do art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP).

Com a mitigação do princípio da obrigatoriedade a ganhar cada vez mais força no ordenamento jurídico como forma de racionalizar a persecução penal, a adoção do princípio da oportunidade evolui no atual cenário de uma sociedade em que o Direito Penal seja a *ultima ratio*, devendo o Estado-Juiz cuidar dos delitos mais graves – *minimis non curat praetor*.

4. Princípio da oportunidade

A ação penal rege-se por alguns princípios. Na de iniciativa privada acerca do direito do ofendido de não se expor, o princípio

da oportunidade faculta à vítima deliberar entre ofertar ou não a ação, porquanto por permissivo legal a vítima é a titular do direito.

A respeito, Nucci obtempera que o Estado confere ao particular ofendido pela ação delituosa de outrem a faculdade de ingressar com ação penal contra o agressor. Enquanto a ação penal pública regula-se pelo princípio da obrigatoriedade de o Ministério Público ajuizar ação penal contra os infratores, a ação privada fica a critério e disponibilidade da vítima. O exercício da ação penal é de pura conveniência de o ofendido exercê-la apenas se o desejar, pois o processo penal poderá ser mais danoso que o próprio delito que o figurou como vítima.¹⁷

O não exercício da ação penal pode ensejar a decadência ante o não oferecimento da queixa em seis meses, a contar da data em que se tem o conhecimento de autoria da infração penal (art. 38 do CPP), assim como a renúncia que se opera pela prática de ato incompatível com a vontade de ver o infrator processado, podendo ser expressa ou tácita (artigos 50 e 57 do CPP).

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

[...]

Art. 50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

[...]

Art. 57. A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova.

17 NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 233.

No que se refere aos crimes de ação penal pública incondicionada, não há no Brasil, como regra, o princípio da oportunidade no processo penal, pois o ajuizamento da ação penal não fica a critério discricionário do Ministério Público.

O princípio da obrigatoriedade adotado para o exercício da ação penal pública, em tese, parece decorrer de uma tradição histórica de apego à legalidade, ao menos nos países de cultura jurídica romano-germânica, com consequente exclusão de qualquer discricionariedade por parte do titular da ação penal pública.

É o princípio mais vulgarizado nas legislações modernas. Ele se contrapõe ao princípio da oportunidade, que faculta ao órgão acusador promover ou não a ação penal, discricionariedade útil ao interesse público, pois nem toda persecução penal se revela razoável quando existem outros meios para a solução do caso concreto.

O princípio da oportunidade funda-se na regra mínima *non curat praetor*, segundo a qual o Estado não deve cuidar de coisas insignificantes. Aliás, pode deixar de promover o *ius puniendi* se constatado que no exercício da ação penal podem advir mais inconvenientes que vantagens.¹⁸

O interesse público recomenda o não exercício da ação penal nas diversas situações em que a persecução não se revele oportuna, como no caso da inutilidade da sentença condenatória por inevitabilidade da prescrição retroativa. Destarte, a atuação ministerial deve ser submetida ao princípio da oportunidade, como exceção à regra geral de obrigatoriedade/indisponibilidade, ao iniciar ou não a persecução penal a fim de evitar processos fadados ao insucesso.

18 MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 46.

4.1 Prescrição retroativa

Como titular exclusivo do direito de punir, só o Estado-Juiz pode aplicar a pena em desfavor do transgressor da lei. A prática do *ius puniendi* se concretiza para a punição do responsável pelo fato típico e ilícito.

Todavia, barreiras penais e processuais, como a prescrição, estabelecem limites temporais para o Estado exercer seu poder-dever de punir sem se prostrar no tempo eternamente. Assim, o Estado-Juiz deve aplicar a sanção penal dentro do período legalmente fixado.

O instituto da prescrição como limitador do poder-dever de punir do Estado-Juiz determina que se aplique a sanção penal dentro do prazo estabelecido por lei. Caso não o faça, a infração penal permanece. Desaparece tão somente o direito de punir. É mister salientar que a prescrição é causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, IV, do Código Penal brasileiro.¹⁹

A respeito, Rogério Greco afirma que o réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do status de primário e será como se não tivesse praticado a infração penal.²⁰ A prescrição é matéria de ordem pública, devendo ser decretada de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, a teor do art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal. Trata-se também de matéria preliminar, que impede a análise do mérito. Não há que se cogitar condenação, tampouco absolvição. É tão somente extinção da punibilidade.

No Código Penal brasileiro, a prescrição da pretensão punitiva se subdivide em prescrição da pretensão punitiva propriamente dita; prescrição intercorrente e prescrição retroativa, que se chama “retroativa” pelo fato de ser computada para trás, ou seja, a partir da sentença penal condenatória até o recebimento da denúncia.

19 MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Editora Método, 2020. p. 797-798.

20 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 15 ed. Niterói: Impetus, 2015.

A prescrição retroativa, conforme Damásio E. de Jesus, teve origem em 12 de junho de 1946, nos autos do HC 29.370, relatoria do ministro Castro Nunes, a pioneira manifestação do Supremo Tribunal Federal:

Se o art. 109 – depois de assentar o princípio de que a prescrição da ação é a que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final – admite uma exceção, a do parágrafo único do art. 110 deixa claro que a exceção se refere à prescrição do procedimento penal. A razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma *reformatio in pejus*, a fixação da pena se torna definitiva, como se fora a pena cominada na lei.²¹

Acresça-se que a prescrição retroativa é calculada pela pena concreta àquela aplicada na sentença penal condenatória, nos termos do art. 110, § 1.º, do CPB; e a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal aduz que a prescrição da ação penal se regula pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Já a prescrição da pretensão executória se revela só depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação ou querelante. Nas ações de iniciativa privada, o Estado-Juiz deve zelar para que a pena se cumpra no prazo a ela correspondente. Não vale mais a pena máxima em abstrato, mas apenas a pena concreta definida pela sentença penal condenatória.

O raciocínio é de que em um crime de furto simples (art. 155, caput, CPB), por exemplo, a prescrição da pretensão punitiva, calculada sobre a pena máxima, ocorre em oito anos. Se, todavia, foi aplicada a pena mínima de um ano, e a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, a prescrição retroativa será, com base nela calculada, em quatro anos.²²

21 JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 130.

22 MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Editora Método, 2020. p. 827.

Se entre a sentença penal condenatória e o recebimento da denúncia decorrer o prazo de quatro anos, a prescrição retroativa se baseia na pena concreta. Nos termos do art. 10 do CPB, o prazo prescricional inclui o dia do começo e exclui o dia do final. Vale registrar que a prescrição retroativa é a partir da publicação da sentença penal condenatória, desde que haja trânsito em julgado para a acusação ou se tenha a seu recurso negado provimento.

Não reconhecida durante a investigação policial, compreendida entre a data do fato e o oferecimento da exordial acusatória, a prescrição retroativa não tem o condão de impedir a instauração do processo criminal, se não consumada a prescrição em abstrato. Ora, não se pode, de início, afirmar que a instauração não se cumprirá em prazo hábil para evitar a prescrição retroativa, mesmo que presumível a morosidade do judiciário.

4.2 Prescrição em perspectiva

Na medida em que concorrem diferentes teses e críticas acerca da natureza jurídica da prescrição em perspectiva, quando surgiu o referido instituto a doutrina o definiu como uma espécie de prescrição punitiva da denominada prescrição retroativa antecipada, definição que se revela equivocada porque inexistente sentença penal condenatória no momento da ocorrência da prescrição em perspectiva, requisito obrigatório para o reconhecimento da prescrição retroativa.

A tese de que a prescrição virtual seria mais uma espécie da prescrição punitiva não vingou ante a inexistência de previsão legal. Aliás, é uma construção doutrinária e jurisprudencial, mesmo considerada a taxatividade do artigo 107 do CPB. E a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça aduz: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Na nova corrente, a natureza jurídica da prescrição em perspectiva é a de carência da ação por ausência de interesse de agir. Nessa vertente, Nucci obtempera ser razoável o magistrado, a pedido do Ministério Público, em vez de julgar extinta a punibilidade, que não encontra previsão legal, determinar o arquivamento do inquérito policial por falta de interesse de agir do processo.

Rogério Felipeto, contudo, aduz que o argumento da falta de interesse ou justa causa não merece prosperar, uma vez que no ordenamento jurídico a pena sem processo transgredir vários princípios constitucionais, como o da ampla defesa e do contraditório, ensejando um nada jurídico.²³

Ademais, a prescrição em perspectiva não pode ser considerada como ausência de interesse de agir. No processo penal, a jurisdição é compulsória, para evitar que a vingança privada se realize pela mão do mais forte. Se há o cometimento de algum crime, o interesse de agir não está acoplado à punição concreta do agente.

Quanto à obrigatoriedade de o Ministério Público promover a persecução penal, o órgão acusador não pode dispor discricionariamente desse dever, embora deva verificar se é razoável o prosseguimento da persecução penal.

Em tese, se constatar que só se evitará a prescrição retroativa com a aplicação da pena privativa de liberdade em seu patamar máximo, e no caso concreto o agente tem circunstâncias judiciais favoráveis ou causa de diminuição, o promotor de Justiça pode valer-se do princípio da oportunidade, haja vista que um Judiciário moroso e abarrotado de processos não entrega a devida prestação jurisdicional em tempo hábil sem buscar alternativas que gerem maior segurança a seus jurisdicionados e ao próprio acusado.

23 FELIPETO, Rogério. *Prescrição antecipada*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.25, p. 6, jan. 1995.

Saliente-se que a prescrição em perspectiva constitui hipótese de carência de ação penal pela falta do interesse de agir. A instauração de um processo penal inútil pela prescrição promove gasto excessivo de tempo e de recursos sabidamente fadados ao insucesso, ferindo os princípios da economia e da instrumentalidade. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal não admite a virtual prescrição em perspectiva, haja vista a inexistência de previsão legal do instituto.²⁴

4.3 Penas inexigíveis

No Judiciário brasileiro, algumas penas se revelam inexigíveis, pois a morosidade enseja a prescrição. Assim, alguns delitos não merecem a atenção do poder judiciário pelo pequeno potencial ofensivo e/ou pelo cometimento sem violência ou grave ameaça, o que corrobora o abarrotamento nas varas criminais de processos que dependem de total atenção do Ministério Público e do Estado-Juiz para célere e justa solução.

Depreende-se, pois, razoável a flexibilização. A obrigatoriedade não pode ser vista como uma imposição cega de iniciar a persecução penal a todo custo. É necessário que se busque a eficácia da persecução penal com a devida cautela, de forma racional, haja vista que a ocorrência do ilícito penal enseja o direito de punir do Estado. O processo pode efetivar-se por intermédio de acordos penais em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, a fim de dar maior celeridade processual e evitar a prescrição.

Dessa forma, a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal em prol do princípio da oportunidade e da eficácia na resolução dos casos se vai adequar aos critérios mitigadores do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, uma alternativa de maior eficiência temporal no contexto da justiça criminal.

24 Inq 3.574 AgR/MT, rel. min. Marco Aurélio, 1.^a Turma, j. 2.6.2015, noticiado no informativo 788.

Quando a persecução penal se prolonga no tempo ensejando a prescrição e, por corolário, gera um impasse para que a persecução atinja o seu verdadeiro objetivo, a aplicação da pena se torna inexigível, prejudicando todo o esforço despendido pelo órgão acusador, pela defesa, pelos servidores, pelos juízes.

O processo penal pode deixar marcas e cicatrizes que nunca se vão curar quando, por causa da celeridade processual, o Estado-Juiz condena o inocente ou absolve o culpado. Como no ditado popular, “colocar a carroça na frente dos bois” não é o melhor caminho em tipos de infração que demandam uma análise mais minuciosa para evitar erros. Os acordos mitigadores do princípio da obrigatoriedade, em certos delitos previamente estabelecidos, representam ganho enorme para a sociedade, desde que feitos com prudência.

Acresça-se que os institutos mitigadores como forma de resolução extrajudicial contam com a homologação pelo juízo a que se reportam, a fim de tornar efetiva a decisão e, pelo menos em regra, fazer com que a lei atinja o seu objetivo de forma célere e eficaz, desde que se o faça com zelo, uma vez que não é de interesse do acusado que a persecução penal passe por todo o procedimento adotado pelo CPP.

A necessidade de buscar alternativas céleres na solução de casos menos graves evita que se priorizem recursos, tempo, pessoal do Ministério Público e do Poder Judiciário para o processamento e o julgamento de casos mais graves, os quais não admitem a resolução de forma extrajudicial.

É notória a existência de processos que se acumulam nas varas criminais de todo o país sem que se tenha dado qualquer solução ao fato criminoso sob a análise do Estado-Juiz. Como os casos acabam prescrevendo, a sociedade experimenta a sensação de impunidade e de injustiça. Acrescente-se que a morosidade do judiciário é em razão da quantidade exorbitante de processos

distribuídos diariamente às varas criminais que poderiam ser resolvidos de forma extrajudicial, como no caso do Acordo de não persecução penal.

Em suma, inexistente prejuízo ao interesse público mitigar o princípio da obrigatoriedade em prol do princípio da oportunidade. Em certos delitos, o Estado-Juiz, antes de prolatar a sentença, verifica a ocorrência da prescrição para o devido cumprimento da lei penal, jogando por terra os esforços empreendidos quando seria mais apropriada uma imediata decisão negociada que cumpra a função dirimente do conflito. Uma decisão proferida ao longo de muitos anos na hora decisiva se revela incapaz de cumprir as funções da pena e de recompor o sentimento social de validade das normas ante o instituto da prescrição.

5. Panorama teórico e histórico sobre a justiça consensual criminal

Há séculos o homem vive em “estado de natureza” sob seus estágios mais primitivos, ensejando situação de desordem quando não tem suas ações reprimidas pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes. Uma ameaça à paz coletiva acarreta uma “guerra de todos contra todos”.²⁵

A paz social por meio de normas destinadas a delimitar diretrizes que proíbem ou impõem condutas específicas desejáveis por todos é o que estabelece a vida em sociedade, cuja preservação depende da existência de um poder capaz de manter os cidadãos dentro dos limites preestabelecidos, assim como obrigar, por temor à pena, realizar compromissos que imponham deveres e resguardem direitos.

Assim, a vingança privada cedeu o monopólio em favor do Estado na pacificação de conflitos penais, especificamente por meio

25 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

de sua função jurisdicional. O absoluto poder dever-punir do Estado-Juiz, a partir disso, torna-se exclusivo e indelegável.

Todavia, no decorrer dos séculos, alguns fatores obstaram a atividade judicial do Estado. O crescimento da taxa de criminalidade, a carga de trabalho, a demora na prestação jurisdicional – que acarretou, por vezes, a prescrição – geraram um sentimento social de impunidade notadamente nos crimes de menor potencial ofensivo (furto, receptação), o que levou o Estado a priorizar valores como eficiência e celeridade processual constitucionalmente em LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A necessidade de modelos alternativos que priorizam o acordo entre a acusação e a defesa, fazendo prevalecer a vontade dos sujeitos envolvidos, talha uma solução que atenda ao interesse público bem como ao da vítima, dissuadindo o modelo tradicional implantado no Código de Processo Penal, cuja solução decorre do poder impositivo do Estado-Juiz. Acresça-se que vários países já adotaram formas de negociação entre acusação e defesa como a do modelo anglo-saxônico do sistema norte-americano, em que predomina o consenso entre o Ministério Público e a defesa do acusado (*plea bargaining*).

Em face disso, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro alternativas capazes de desafogar a atividade judicante. O marco da justiça negociada foi a Lei 9.099/1995, que implantou o Juizado Especial Criminal a fim de possibilitar uma resolução mais célere aos delitos de menor potencial ofensivo assim como atender aos interesses da vítima.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública viabilizou aplicar a justiça consensual acerca dos crimes em que a lei não comine pena máxima superior a dois anos. A própria Constituição Federal de 1988, art. 98, inciso I, prescreveu criar juizados

especiais para o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, o que ocorreu por meio da Lei 9.099/1995, a partir da qual surgiram vários institutos mitigadores do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública visando a uma maior celeridade e eficiência processual, de modo a assegurar os interesses da vítima e a paz social, e secundariamente os interesses do acusado.

Com o intuito de atingir maior agilidade nas resoluções dos crimes menos graves e, por corolário, ter maior atenção nos crimes mais graves/complexos, deve o Ministério Público agir de forma discricionária para realizar o acordo ou a persecução penal em juízo, pois o *parquet* é o titular da ação penal, atribuição conferida no texto constitucional.

Ademais, a justiça consensual optou pelo caráter de maior informalidade e celeridade, dispensando-se a instauração de inquérito policial e substituindo-o pelo termo circunstanciado, tudo isso para obter um acordo entre as partes e, conseqüentemente, o encerramento antecipado do processo.

Os mecanismos introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais, bem como os derivados, abriram espaços, em especial, a acordos penais firmados entre o Ministério Público e o acusado. Contudo, afloram intensos debates a favor ou contra tais mecanismos, não obstante seja fato incontroverso que a cada dia mecanismos mitigadores ganham mais força em nosso ordenamento jurídico, pela celeridade/eficiência ou pelo desencarceramento.

5.1 O que é justiça consensual

Consenso significa consentimento ou acordo, o que, pela óptica do Direito Civil, configura um elemento para delimitar obrigações e deveres para as partes envolvidas na formação dos contra-

tos. O termo consenso, sob o prisma da teoria geral dos contratos, equivale a um ponto comum para o qual interesses opostos convergem na realização do negócio jurídico.

Acerca da persecução penal, na seara criminal atribuir ao órgão acusador maior autonomia denomina-se justiça consensual. Trata-se, destarte, de um modelo que visa ao consentimento dos interessados sob a forma afirmativa de aceitação ou sob a forma negativa de recusa. O modelo consensual submete o acusado a cumprir determinadas medidas com sua prévia anuência, sendo impossível determiná-las unilateralmente.

Não se trata de pena, frise-se. A pena pressupõe a existência de um processo submetido a ampla defesa e ao contraditório. O juízo profere a decisão com base nos ditames legais e no livre convencimento, para exercer ou não o seu poder punitivo, um cenário marcado pelo poder-dever de punir do Estado.

O acordo firmado entre a acusação e o acusado não pode ser tipificado como pena, pois falta o requisito da imperatividade, visto que o Estado pode impor de maneira coercitiva seu cumprimento, o que não acontece no acordo, quando é facultado ao acusado cumprir ou não as condições.

Em síntese, a justiça consensual no Brasil enseja maior celeridade nos processos de menor complexidade, uma vez que o acordo reduz significativamente a quantidade de processos nas varas criminais. Frise-se, todavia, que se valer da terminologia “eficiência” nos acordos criminais é temerário por considerar que inocentes, por receio de haver uma persecução penal em seu desfavor, acabam aceitando as medidas impostas para a extinção de sua punibilidade.

A introdução da justiça consensual no Brasil já é uma realidade para os crimes menos graves e para os mais graves. Não se trata de eliminar a persecução penal, mas abrir espaço para o diálogo entre acusado, vítima e Ministério Público.

5.2 Acordos penais implementados no Brasil

Há uma tendência de o ordenamento jurídico adotar e ratificar os acordos penais consensuais entre acusação e defesa depois da promulgação da Lei 9.099/1995. Em resposta estatal aos delitos preestabelecidos, a lei regulamentou os Juizados Especiais Criminais baseados na autonomia da vontade das partes.

No Código de Processo Penal (CPP), as modificações se deram com o advento das leis 11.689 e 11.690. Acresça-se que o Projeto de Lei 8.045/2010, do Senado, discutiu editar no novo CPP importantes mudanças em relação aos acordos consensuais penais. É imperioso, contudo, destacar os consensos que se apresentam no modelo jurídico brasileiro.

5.3 Composição dos danos civis

Consoante o artigo 74 da Lei 9.099/1995, a composição dos danos civis é um dos mecanismos prescritos na lei dos Juizados Especiais. Sempre que possível se buscará, em primeiro momento, a solução amigável para a reparação do dano sofrido pela vítima.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Para Renato Brasileiro, o acordo pode firmar-se entre o autor do fato e a vítima, entre o representante legal do autor do fato e o ofendido, entre o responsável civil e a vítima, entre o responsável civil e o representante legal do ofendido. Por se tratar de interesses patrimoniais disponíveis, a intervenção do Ministério

Público só é necessária nos casos em que haja interesse de incapazes (artigo 178, inciso II, CPC).²⁶

Contudo, há controvérsias acerca da participação do Ministério Público na composição dos danos civis considerada além da perspectiva patrimonial, uma vez que o acordo serve para gerar na vítima a possibilidade do perdão e no autor o arrependimento, sendo, portanto, um mecanismo restaurativo e fortificador da paz social buscado pelo Ministério Público para a solução do conflito.

Mediante sentença irrecorrível por meio de ação anulatória na esfera cível, salvo nos casos de embargos de declaração para sanar alguma omissão, contradição, obscuridade ou vício de vontade a ser combatida, a sentença homologatória terá eficácia de título executivo judicial capaz de ser executado no juízo cível competente e, por corolário, renúncia ao direito de representação ou queixa.

A sentença que homologa a composição dos danos civis produz efeitos na seara criminal – extinção da punibilidade – e na área cível – título executivo judicial. Outrossim, em caso de descumprimento do acordo pactuado com o autor, o ofendido perderá o direito de queixa ou representação, remanescendo apenas a possibilidade de executar a sentença no juízo cível, pois a homologação da composição dos danos civis enseja a extinção de punibilidade, a teor do artigo 107, V, do Código Penal.²⁷

Essa ideia gera insegurança jurídica porque o ofendido perde o direito de representação ou queixa em desfavor do acusado, caso se descumpra o acordo. A sentença de extinção de punibilidade deve, pois, produzir efeitos só depois de cumprido integralmente o acordo celebrado entre as partes.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1.564

²⁷ op. cit. p. 1.566.

Em suma, a composição dos danos civis está relacionada ao fortalecimento da justiça restaurativa com foco vitimológico considerado adequado aos interesses do ofendido, o que enseja o restabelecimento da ordem pública e a recomposição patrimonial quando for o caso.

5.4 Transação penal

Nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95, a transação penal é o acordo celebrado entre o órgão ministerial e o autor da infração com o objetivo de evitar a instauração de processo mediante a propositura imediata de pena restritiva de direitos ou pena de multa.

Conforme o Enunciado 112 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (Fonaje) – que substitui o Enunciado 90 –, na ação penal de iniciativa privada cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro – Palmas/TO). Logo, o Ministério Público tem legitimidade para oferecer transação penal nos crimes de ação penal pública bem como nos crimes de iniciativa privada.

Destarte, nas infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja justa causa e *fumus commissi delicti* por si suficientes para o oferecimento de denúncia, o Ministério Público, em vez de oferecê-la, poderá propor a transação penal com a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa ao autor que preencha os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais. Na ocorrência do princípio da discricionariedade regrada, a transação penal consiste na faculdade de o órgão acusatório não a promover sob certas condições estabelecidas com o acusado.²⁸

28 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1566 – 1567.

Com ponderação diversa, Pacelli obtempera que a transação penal é um direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos legais, a única discricionariedade que o Ministério Público tem é quanto à pena ser a restritiva de direitos ou multa, não lhe competindo decidir sobre o cabimento ou não da transação.²⁹

Tal entendimento, porém, não merece ser acolhido, uma vez que o art. 129, inciso I, da Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Portanto, ninguém melhor que o promotor de Justiça para analisar a conveniência da transação penal ou da persecução penal. Aliás, caso assim fosse, o juiz de ofício poderia ofertar o acordo ao acusado.

Acresça-se que a recusa injustificada do órgão ministerial em oferecer a transação penal ou de o juiz discordar de seu conteúdo deve aplicar subsidiariamente o artigo 28 do CPP, com a consequente remessa dos autos ao procurador-geral de Justiça, que poderá alterar o conteúdo da proposta, formular a transação penal ou ratificar a postura do promotor de Justiça, caso em que o Estado-Juiz está vinculado à decisão do procurador-geral de Justiça ou à do promotor a quem ele designou.

Destaquem-se os pressupostos de admissibilidade da transação penal: infração de menor potencial ofensivo; representação da vítima, se for o caso; não estar sujeita a arquivamento; não ter condenação definitiva por crime anterior com aplicação de pena privativa de liberdade; não ter sido beneficiada pela transação penal nos últimos cinco anos; antecedentes, conduta social, personalidade do agente bem como os motivos e circunstâncias indicarem a adoção do benefício; em caso de crime ambiental, prévia composição do dano, salvo impossibilidade (art. 27 da Lei 9.605/1998).

O momento procedimental para a transação é antes do recebimento da exordial acusatória. Frustrada a composição civil dos

29 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 8. ed., p. 575.

danos, a transação penal pode ser oferecida oralmente ou por escrito nas tratativas durante a audiência, para alcançarem uma melhor pacificação. Exige-se aceitação expressa do autor da infração e de seu defensor. A recusa enseja o oferecimento da peça acusatória. Ademais, a homologação do Estado-Juiz não gera maus antecedentes nem efeitos civis, tampouco reincidência.

Como a transação penal é negociada antes do recebimento da peça acusatória, enquanto não houver o cumprimento da pena de multa ou restritiva de direitos, o lapso prescricional da pretensão punitiva abstrata terá permanecido em curso desde a data do delito, já que o artigo 117, inciso I, do CPP prevê a interrupção da prescrição apenas com o recebimento da denúncia ou queixa.³⁰

O descumprimento injustificado do acordo retoma o curso do processo, porquanto 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, a teor da Súmula Vinculante 35. O cumprimento das condições impostas enseja o arquivamento definitivo do TCO.

5.5 Suspensão condicional

Conforme o artigo 89 da Lei 9.099/1995, “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”.

30 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1566 – 1573.

A natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a impugnação, o que difere do Acordo de não persecução penal, que considera como um dos requisitos a confissão quanto ao crime. Além do mais, o SUSPRO não admite culpa, tampouco se declara inocente.³¹

Ademais, difere-se do instituto anglo-saxônico do *guilty plea*, em que o acusado admite em juízo que cometeu o delito a ele imputado, o que enseja, portanto, efeitos civis como, por exemplo, a obrigação de indenizar. Destaque-se que nos crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o órgão ministerial, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, desde que o acusado preencha os requisitos legais do parágrafo primeiro do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

§ 1.º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Considerando as qualificadoras, os privilégios, as causas majorantes e minorantes de pena para sopesar o cabimento do SUSPRO, acresça-se que em concurso material, formal ou continuidade delitiva, conforme a Súmula 723, não se admite a suspensão condicional do processo se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a suspensão condicional do processo é um direito público subjetivo do acusado

31 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1589-1590.

(STJ - *Habeas Corpus* 131.108-RJ (2009/0044973-5), relator Jorge Mussi, julgado em 18.12.2012. Destarte, preenchidos todos os requisitos legais, a obrigação de formulá-la é um poder-dever do órgão ministerial. Como dito alhures, ninguém melhor que o *parquet* para fazer a análise da conveniência da transação penal ou promover a persecução penal. Caso assim fosse, o juiz de ofício poderia ofertar o acordo ao acusado.

Em síntese, a suspensão condicional do processo visa à extinção de punibilidade, se cumpridas as condições acordadas. Durante a paralisação, o controle e a fiscalização das medidas fixadas são do juízo processante que homologou o acordo. Não há o que se falar em fiscalização pelo juízo das execuções penais, porquanto a atribuição de fiscalizar dele é só depois do trânsito em julgado da sentença.

Para SUSPRO não existe pena tampouco sentença de mérito passada em julgado. Por força do artigo 147 da Lei 7.210/1984, “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

5.6 Acordo de colaboração premiada

Convém trazer à baila a diferença entre colaboração premiada e delação premiada. A colaboração premiada, na visão de Rogério Filipeito, é uma das formas mais eficientes de apuração da conduta criminosa, diga-se de passagem, cometida de maneira organizada. As peculiaridades do crime organizado, no entanto, dificultam a atuação do Estado e, para conhecer o *modus operandi* da organização, a delação é instituto mais amplo, por considerar a efetiva e real participação do agente colaborador de restaurar os danos causados por sua atitude.

Mister destacar a natureza processual da colaboração, meio de obtenção de prova e não causa de diminuição de pena, como ocorre com a delação. Acresça-se que a incidência pode suceder durante a investigação criminal, na fase judicial e na fase de execução, e, por consequência, varia-se também sua natureza jurídica. Na fase investigatória, é considerada instrumento processual. Nos demais momentos, a modalidade é de natureza jurídica mista, uma vez que o acordo se dá por normas processuais cujas consequências são de natureza material, isto é, perdão judicial, redução ou substituição de pena ou progressão de regime.³²

No curso da persecução penal, o acusado pode assumir a culpa sem incriminar terceiros fornecendo como colaborador elementos capazes de se localizar, por exemplo, o produto do crime. Mas pode também confessar a prática do crime e delatar outros envolvidos, caracterizando, nessa hipótese, a delação premiada.³³

Na colaboração premiada pode considerar-se a concessão de benefícios de forma espontânea e livre de coação, para o acusado decidir confessar a prática criminal e colaborar para o desfecho da investigação criminal assim como auxiliar na recuperação dos produtos do crime. Registre-se que a colaboração premiada é instituto de processo penal misto, uma vez que vai desde o não oferecimento de denúncia até a possibilidade de diminuição de pena e o ensejo de extinção da punibilidade. Não cabe, porém, ser confundida com a confissão espontânea, uma modalidade de cooperação processual, pois a colaboração tem seus próprios regramentos.³⁴

Da colaboração premiada exige-se voluntariedade, não arrependimento. O agente resolve colaborar livre de vícios, sem nenhum

32 FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 136.

33 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 868-869.

34 FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 136/138.

tipo de coação física ou moral, ainda que a voluntariedade esteja influenciada pelas provas robustas que o criminalizam. Para minorar a repreensão penal, a colaboração é plenamente válida, pois sua vontade se manifestou de maneira livre.

No processo penal, a colaboração premiada é tida como um meio de obtenção de prova, e só será efetivada depois da identificação de um ou mais sujeitos que praticaram o crime (art. 3.º, inciso I, da Lei 12.850/2013). Acresça-se que o Supremo Tribunal Federal³⁵ considera o instituto um negócio jurídico processual, uma vez que se trata da cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal.

A colaboração premiada é, além de qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, uma cooperação do imputado à investigação e ao processo criminal como atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial de direito material concernente à sanção premiada a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado, se resultar exitosa a sua cooperação, ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Em suma, há a necessidade de um negócio formal entre o Ministério Público e o acusado de que a formalização do acordo deverá ser levada ao conhecimento do Estado-Juiz para que se realize a homologação e a fiscalização conforme os ditames legais.

6. Acordo de não persecução penal

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução 181 em 7 de agosto de 2017. Alterada pela Resolução

35 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 6.5.2021.

183/2018, o acordo de não persecução penal autoriza ao *parquet* o não oferecimento da ação penal em troca de o autor do delito aceitar certas condições preestabelecidas.

Cuidando-se de novo espaço de consenso firmado entre o Ministério Público e o acusado por meio de acordo penal, surgiram vários questionamentos acerca da possibilidade de o aplicar, pois, além de mitigar o princípio da obrigatoriedade, inexistia previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Tratava-se de instituto unicamente previsto na resolução do CNP.

Por um lado, consoante se demonstrou alhures, o acordo de não persecução penal fora introduzido no artigo 18 da Resolução 181 do CNMP e sofreu várias críticas acerca de sua inconstitucionalidade formal orgânica por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, sendo necessário o implemento por meio de lei formal para mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil confere aos órgãos que os atos regulamentares têm força de lei complementar, ainda que se não observe o rito das leis. O que se aplica ao Conselho Nacional de Justiça se aplica também ao Conselho Nacional do Ministério Público, sendo viável, destarte, a instituição do Acordo de não persecução penal por meio de Resolução da CRFB/1988:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida uma recondução, sendo: § 4.º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

O pacote anticrime da Lei 13.964/2019 incluiu o art. 28-A no CPP para pôr fim a essa controvérsia de o ANPP ser instituído por meio de Resolução para disciplinar a função constitucional do Ministério Público (MP) prevista no artigo 129, inciso I, da CRFB/1988. Posto isso, o ANPP passou a ser tratado como negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o MP e o acusado devidamente assistido pelo seu defensor.

Em tese, o juiz das garantias impõe certas condições, entre elas a confissão formal e circunstanciadamente da prática do delito em troca do compromisso de o *parquet* não oferecer a denúncia em desfavor do acusado, declarando extinta a punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

6.1 Requisitos e restrições para aplicação do Acordo de não persecução penal

Conforme norma do Código de Processo Penal (CPP), a celebração do acordo de não persecução penal está condicionada à observância de certos requisitos previstos no próprio *caput* do art. 28-A:

- a) pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos, levando-se em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena;
- b) em nenhuma hipótese poderá ser concedido o acordo de não persecução penal nos crimes ou contravenção cometidos com violência ou grave ameaça, salvo nos casos de violência cometida na modalidade culposa, a teor do Enunciado 23 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal;
- c) não ser caso de arquivamento, o ANPP somente deve ser celebrado quando houver lastro probatório capaz de apontar o acusado como autor do fato criminoso, desde que presente o fato típico, ilícito e culpável, bem como a justa causa.

Se o órgão ministerial entender que o arquivamento da investigação é a medida de rigor que se impõe, não poderá, por óbvio, propor o acordo de não persecução penal. É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito, apesar de previsível.

Em que pese o Código de Processo Penal permanecer silente acerca das hipóteses que autorizam o arquivamento da investigação, aplicam-se, por analogia, as hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária constantes dos artigos 395 e 397 do CPP³⁶

Acresça-se exigir também do acusado a formal confissão por menorizada dos fatos, em consonância com as demais provas contidas nos elementos de informação sobre o cometimento do crime, requisito indispensável à celebração do acordo de não persecução penal.

Não há a ofensa do direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal), o *nemo tenetur se detegere*, pois o acusado tem a liberdade de livremente realizar escolhas conscientes que o possam favorecer. É válido mencionar que a obrigatoriedade da confissão somente será usada em caso de descumprimento do acordo.

Além disso, inexistente ofensa ao princípio da presunção de inocência, por se tratar de esfera consensual de que o agente abre mão de certas garantias em troca do benefício do acordo, o qual é via de mão dupla. Outrossim, o Ministério Público abre mão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas exige do acusado a mitigação de certos princípios.

Verifica-se que o acordo de não persecução penal é aplicável aos delitos de médio potencial ofensivo, funcionando como mais um instituto ligado à justiça consensual dos Juizados Especiais Criminais.

36 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 274/280.

6.2 Da formalização do acordo de não persecução

Como o objetivo principal do acordo de não persecução penal é evitar a persecução em juízo, o ANPP pode ser celebrado até o oferecimento da denúncia durante a fase pré-processual.

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:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e a direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

[...]

§ 3.º O acordo de não persecução penal formalizado por escrito será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Em regra, o ofendido não participa das tratativas na formulação do acordo, sendo apenas comunicado depois da homologação ou eventual descumprimento do acordo, a teor do § 9.º, art. 28-A, do CPP. Nessa mesma linha, a vítima não participa do acordo, porquanto a disposição do direito de ação é do Ministério Público. Não há que se falar em descaso com a vítima, mas sim em valorização, haja vista que o ANPP é muito útil para promover a reparação do dano.

6.3 Condições para cumprimento

Para a celebração do acordo de não persecução penal, o acusado deve, de forma voluntária, sujeitar-se a determinadas condições não privativas de liberdade, de maneira cumulativa ou alternativa, nos termos do art. 28-A do CPP. Não se trata de pena, à qual falta a imperatividade – uma das características fundamentais de qualquer pena –, embora o Estado possa impor coercivamente o seu cumprimento, pouco importa a voluntariedade do acusado.³⁷

Nessa vertente, o Enunciado 25 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) ratificou o entendimento alhures.

Enunciado 25: O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes que não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência.

No que atine à reparação do dano ou restituição à vítima, tal condição não figura como *sine qua non* para a celebração do acordo de não persecução penal, como, por exemplo, em virtude

37 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 283.

de perecimento do próprio bem tutelado ou de impossibilidade financeira do investigado. A vulnerabilidade financeira deve ser demonstrada pelo agente. O ônus de comprovar que não tem condições econômicas é do investigado. Não basta a simples alegação de hipossuficiência.

A lei prevê que o investigado deve renunciar voluntariamente a bens e a direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Sentido nenhum faria a celebração do acordo de não persecução penal se o investigado pudesse mantê-los consigo.

Já a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, deve levar o agente ao constrangimento de passar pela expiação, coercibilidade ou castigo. Todavia, sem levar ao cárcere. O período deverá ser correspondente à pena mínima, cominada a diminuição em até 2/3 (dois terços). Ademais, deve ser proporcional às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 e subsequentes do Código Penal brasileiro, possibilitando ao Ministério Público um parâmetro para a celebração do acordo. O inciso V prescreve, por prazo determinado, outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Em caso de incompatibilidade de horário, por exemplo, a prestação inviável de serviços à comunidade deve ser substituída pela prestação pecuniária em favor de entidade pública ou de interesse social que tenha preferencialmente como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal Brasileiro, verificando-se, com isso, a deturpação de um valor que deveria ser destinado à vítima.

Todos os requisitos estipulados pelo Ministério Público visam estimular a não reincidência bem como a preservação da dignidade da pessoa humana. O *parquet* não vai obrigar, por exemplo, o acusado a frequentar determinada igreja, pois fere

o art. 5.º, inciso VI, CRFB/1988. “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A autodisciplina e o senso de responsabilidade na busca da ressocialização corroboram a desnecessidade de deflagração da persecução penal, porquanto o ANPP deve ser necessário à reprovação e à prevenção do crime.

6.4 Vedações à realização do acordo

O acordo de não persecução penal, por ser de cunho restrito, não tem preferência, a teor do art. 28-A, §2.º, CPP, quando o fato admitir a proposição da transação penal. Logo, se o agente fizer *jus* ao benefício previsto no artigo 76 da Lei 9.099/1995, não será cabível celebrar o acordo.

Ademais, veda-se a celebração ao reincidente (art. 63 e 64 do CPP). Aquele que faz do crime uma atividade rotineira como verdadeiro meio de vida não se confunde com o crime habitual. Ressalte-se que o legislador, ao utilizar a expressão “exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”, se referiu às infrações de menor potencial ofensivo.

Consoante o Enunciado 21 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas entendidas como delitos de menor potencial ofensivo.

Por seu turno, é vedado o acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo quando o agente tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração. A celebração do acordo objetiva precisamente alcançar os investigados considerados primários, ou seja, que tenham praticado a infração pela primeira vez. Daí a importância de o Ministério Público analisar caso a caso, não se podendo afirmar que o ANPP é direito subjetivo do réu, dadas as suas peculiaridades. Não se admite por óbvio, em favor do agressor, crimes contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, pouco importa se o delito foi praticado no contexto da violência doméstica e familiar.

É oportuno aduzir que, quando da vigência do art. 18 da Resolução 181 do CNMP, outras vedações não foram repetidas pelo legislador ao incluir o art. 28-A do CPP no pacote anticrime:

- a) dano causado pelo delito superior a 20 salários mínimos ou parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;
- b) risco de prescrever a pretensão punitiva estatal em virtude da demora para o cumprimento do acordo, restrição pelo fato de não haver, à época, qualquer previsão legal de que a formalização do acordo de não persecução penal teria o condão de acarretar a suspensão ou a interrupção da prescrição (com isso, a Lei 13.964/2019 incluiu o inciso IV ao art. 116 do CPP, de modo que antes de passar em julgado a sentença final a prescrição não corra enquanto não cumprido o acordo de não persecução penal);
- c) delito hediondo ou equiparado (o pacote anticrime não reproduziu de maneira expressa a referida vedação, mas a doutrina entende que, ainda assim, o acordo não será suficiente para reprovação e prevenção do crime)³⁸.

38 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 280, 281, 282.

O Enunciado 22 do CNPG e GNCCRIM aduz: “veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e a prevenção do crime”.

Por fim, e não menos importante, são os delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. Em tese, a Lei 13.964/2019 não reproduz a vedação em relação a crimes militares, desde que o acordo se revele necessário o suficiente para a reprovação e a prevenção do delito.

6.5 Do descumprimento das condições estipuladas

Conforme o § 10 do art. 28-A do CPP, “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”. 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 quatro anos, o MP poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O Enunciado 28 do CNPG e GNCCRIM obtempera: “cabará ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal.”

Alhures se demonstrou que, apesar de a execução do acordo de não persecução penal ser cumprida perante o juízo da execução penal,

a rescisão do acordo é de competência do juízo que homologou o acordo. Ressalte-se também que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a rescisão do acordo de não persecução penal exige prévia intimação da defesa, sob pena de nulidade, para a preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa acerca do pedido formulado pelo Ministério Público.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RESCISÃO. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA DEFESA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, inseriu o art. 28-A, no Código de Processo Penal, que disciplina o instrumento de política criminal denominado Acordo de Não Persecução Penal.

3. Muito embora seja possível a rescisão do acordo de não persecução penal (§10 do art. 28-A do CPP), necessário, para preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da decisão que rescindiu o acordo de não persecução penal, devendo outra ser proferida, intimando-se, previamente, a defesa do paciente, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

(HC 615.384/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9.2.2021, DJe 11.2.2021).

A denúncia feita pelo Ministério Público, em caso de se descumprirem as medidas acordadas entre MP e acusado, pode trazer, como suporte probatório, a confissão formal e circunstanciada do próprio investigado que deu causa à rescisão do acordo de não persecução penal. Acresça-se que o investigado tem o conhecimento de que tal descumprimento pode acarretar o início da *persecutio criminis*.³⁹

Portanto, não se podem desprezar os elementos de informação fornecidos pelo investigado. E esse mesmo entendimento é capitaneado pelo Enunciado 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, segundo o qual se houver descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

Em suma, o descumprimento do acordo de não persecução penal, além de ensejar a *persecutio criminis*, poderá ser utilizado pelo *parquet* como justificativa para eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, haja vista que o investigado já demonstrou despossuir senso de responsabilidade e autodisciplina para cumprir avenças, nos termos do §11 do art. 28-A do CPP.

6.6 Acordo de não persecução penal e a (im)possibilidade de oferecimento da ação penal subsidiária da pública

O art. 5.º, inciso LIX, da Constituição Federal admite ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Do mesmo modo, a ação penal subsidiária da pú-

39 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 287.

blica encontra previsão nos art. 29 do Código de Processo Penal e no art. 100, §3.º, do Código Penal. O manejo justifica-se a partir da inércia do Ministério Público na promoção da ação penal da qual é titular.

A ação penal privada subsidiária da pública estabelecida no art. 5.º da CRFB/1988 se trata de cláusula pétrea, sendo um direito fundamental na forma de fiscalização do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público. Ou seja, ante a inércia do MP, o direito de ação penal privada subsidiária da pública passa a deter legitimidade extraordinária para o exercício da ação penal para ofendido, representante legal ou sucessores, no caso de morte ou de ausência.

Isso posto, a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe a inércia do Ministério Público em adotar as providências cabíveis. Frise-se, todavia, que o pedido de arquivamento dos autos de inquérito policial não pode ser taxado como inércia do órgão acusatório. A ação penal subsidiária da pública só pode prosperar em caso de um “não fazer” do Ministério Público.

É mister destacar que, iniciada a queixa substitutiva, o órgão ministerial continua sendo o titular da ação pública, sendo possível fazê-lo inclusive depois da propositura da queixa, caso opte por repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva. A inércia do Ministério Público não transforma a natureza da ação. Ela continua sendo pública.⁴⁰

Destarte, realizar o acordo de não persecução penal não deve ser entendido como inércia do órgão ministerial. Não houve desídia. O MP, dentro dos preceitos legais, tem a atribuição exclusiva de iniciar a persecução penal.

40 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 347 e 348.

6.7 Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do investigado, faculdade ou poder-dever do MP?

Antes de adentrar acerca de o acordo de não persecução penal ser direito subjetivo do investigado ou faculdade do Ministério Público, convém trazer à baila o conceito de direito subjetivo.

Segundo Paulo Nader, o direito subjetivo corresponde às possibilidades ou poderes de agir que a ordem jurídica garante a alguém na proteção daquilo que é seu. Chamam-no de *facultas agendi*, em razão da faculdade. É a partir do conhecimento do direito objetivo que se deduzem os direitos subjetivos de cada parte dentro de uma relação jurídica.⁴¹

Convém destacar que a criação do acordo de não persecução penal majorou a controvérsia de os acordos penais serem direito subjetivo do investigado ou faculdade do órgão ministerial. No ordenamento jurídico brasileiro, doutrinadores de que o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do investigado sustentam que as regras e a principiologia próprias da suspensão condicional do processo podem ser aplicadas, no que couber, ao acordo de não persecução penal, haja vista que os dois institutos são instrumentos de promoção da justiça criminal consensual.⁴²

Ademais, o *caput* do art. 28-A do CPP prescreve que o Ministério Público *poderá* propor acordo de não persecução penal. O “poderá” pressupõe faculdade dotada ao órgão ministerial e não um direito subjetivo do investigado. Acresça-se que o dispositivo alhures aduz que o acordo poderá ser oferecido desde que necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Caso contrário, o *parquet* não deverá propor o acordo, visto que o Ministério Público é o único legitimado a emitir um juízo do que é ou não suficiente e necessário.

41 Nader, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 105.

42 LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyra. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 17 maio. 2021.

Conforme Américo Bêde e Castro Coura, é impossível afirmar a existência no ordenamento jurídico pátrio de um direito subjetivo do acusado, por se entender que a lógica do acordo parte da premissa da disponibilidade da ação penal pública, cujo caráter é eminentemente funcional, ideia perfeitamente aplicada ao acordo de não persecução penal.⁴³

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 3.438 de relatoria da ministra Rosa Weber, partindo da premissa da natureza do *sursi processual*, fixou o entendimento de que é imprescindível o assentimento do Ministério Público para a concessão e a transação penal, não podendo o Estado-Juiz conceder tais benefícios à revelia do titular da ação penal.⁴⁴ Portanto, não há o que se falar em direito subjetivo do acusado.

Renato Brasileiro aduz que o acordo de não persecução penal não constitui uma garantia do investigado, já que resulta da convergência de vontades da participação ativa do órgão ministerial e do acusado acompanhado de seu defensor. Caso haja determinação *ex officio* do juiz, o ANPP perderia sua essência, o consenso. Obtempera ainda que a interferência do Estado-Juiz confrontaria o sistema acusatório do processo penal.

O investigado, não obstante, pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior, entendimento já sedimentado pela Súmula 696 do STF: “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal.”

43 BÊDE JÚNIOR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, p. 149-159, jul. 2016, n.p.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.438, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 10.02.2015.

Renato Brasileiro conclui na explanação que o acordo de não persecução penal consiste em uma discricionariedade regrada, tendo em vista que o único legitimado a celebrar o acordo é o órgão ministerial caso estejam preenchidos todos os requisitos contidos no art. 28-A do CPP.

Segundo o Enunciado 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime no caso concreto.⁴⁵

Conclui-se que o acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do réu. Cabe ao Ministério Público, com supedâneo no princípio da oportunidade e conveniência, analisar se o investigado preenche todos os requisitos para a sua concessão, bem como verificar se o instrumento é necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

Acresça-se ainda que o investigado tem direito a uma manifestação fundamentada do Ministério Público acerca do cabimento ou não da proposta de acordo. Ressalte-se: não tem direito subjetivo ao acordo, mas sim direito a uma manifestação.

Infere-se como entendimento majoritário jurisprudencial adotado por todos os tribunais que o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, haja vista a Súmula 696 do STF, segundo a qual a decisão final sobre a transação penal e a suspensão condicional do processo, em caso de recusa do promotor de Justiça, é do procurador-geral de Justiça. A decisão final sobre o oferecimento ou não do acordo é do MP, não tendo o Estado-Juiz poderes para garantir o acordo *ex officio*.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 276, 277 e 278.

7. Conclusão

A justiça consensual no nosso ordenamento jurídico pátrio vem-se expandindo, haja vista que ela tem aplicação nos crimes de pequeno potencial ofensivo, médio potencial ofensivo e grande potencial ofensivo.

Nessa óptica, o acordo de não persecução penal, desde que seja uma faculdade do Ministério Público, representa interessante novidade legislativa para o direito penal brasileiro, por permitir que o órgão ministerial negocie com o investigado e o defensor dele, o que enseja uma desburocratização no sistema penal. O *parquet* tem a autonomia de levar ao conhecimento do Estado-Juiz somente os crimes que repute mais relevantes, para fins de *persecutio criminis*. Pelo princípio da obrigatoriedade regrada, cabe ao Ministério Público analisar, com supedâneo no princípio da oportunidade e conveniência, quais crimes serão levados ao conhecimento do Estado-Juiz.

Acresça-se ainda que o investigado tem direito a uma manifestação fundamentada do Ministério Público acerca do cabimento ou não da proposta de acordo. Não se trata de um direito subjetivo ao acordo, mas sim do direito a uma manifestação.

Ademais, o entendimento majoritário jurisprudencial é de que os institutos mitigadores se trata de uma faculdade do Ministério Público. Basta que fundamente o não oferecimento da avença se firmando no fato de que tal caso não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, como se viu alhures.

No tocante à confissão para a formalização do negócio jurídico em comento, bem como utilizá-la em eventual descumprimento da avença, não há ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, haja vista que o seu uso decorre da sanção por descumprir o acordado. Dessa forma, não há que se falar que o investigado faz prova contra si, pois antes de confessar a prática do crime para realizar

o acordo foi recomendado ele estar ciente dos requisitos necessários ao cumprimento e as possíveis consequências em caso de descumprimento da avença.

8. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas do STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3.438*. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: José Abelardo Guimarães Camarinha. Relatora Rosa Weber. Brasília, DF, 11 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 127.483/PR*, Trib. Pleno, rel. min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> Acesso em: 6 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?ordem=@SUB>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e Da União, Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. *Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime*, 2019. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<https://www.cnpq.org.br/>>. Acesso em: 11 maio 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnpmp.mp.br/portal/atos-enormas/norma/577>>. Acesso em: 5 maio 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 8 maio 2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. Decreto-Lei 2.848, 7 dez. 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. Decreto-Lei 3.689, 3 out. 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. Lei 13.105, 16 mar. 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 7. mar. 2021.

_____. Lei 9.099, 26 set. 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 1.º abr. 2021.

_____. Lei 13.603, 9 jan. 2018. Altera a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, para incluir a simplicidade como critério orientador do processo perante os Juizados Especiais Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13603.htm>. Acesso em: 5 mar. 2021.

Artigo

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo sob a óptica do Promotor de Justiça

Luiz Gustavo Martins Gonçalves

BÊDE JÚNIOR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016, n.p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Imprensa: Curitiba, Jurua, 1998.

FELIPETTO, Rogério. Prescrição antecipada. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.25, jan. 1995.

FILIPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório* - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 15 ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade*. Forense, 1994.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus-Podivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1996.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NICETO Alcalá-Zamora, *Estudios de teoría general e historia del proceso* – 1945/1972.

NUCCI Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

Artigo recebido em 28/10/2022.

Artigo aprovado em 29/05/2023.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.468>
