

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL: ENTRE A OBRIGATORIEDADE E A DISCRICIONARIEDADE

THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND CONSENSUAL JUSTICE IN BRAZIL: BETWEEN MANDATORY AND DISCRETIONARY CRIMINAL PROSECUTION

Ivan Candido da Silva de Franco

Doutorando em Processo Penal na Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV-SP.

Sócio do Mudrovitsch Advogados.

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/3061165291732985>

ORCID: 0000-0002-4645-9402

ivan.csfranco@gmail.com

Resumo: A consolidação da Justiça Negocial trouxe novos desafios para serem pensados em nosso sistema processual, notadamente quanto ao papel dos sujeitos processuais. O artigo busca entender as funções pertinentes ao Ministério Público, em particular no que toca à obrigação de propor a ação penal de iniciativa pública no cenário de expansão dos mecanismos consensuais. Mesmo num cenário em que a obrigatoriedade pura é questionada, não vemos espaço normativo para se sustentar a existência de uma discricionariedade do órgão acusatório. Defendemos a necessidade de uma interpretação estrita do papel do Ministério Público, em respeito à igualdade na persecução penal.

Palavras-chave: Ministério Público - Justiça Negocial - Obrigatoriedade - Discricionariedade.

Abstract: The strengthening of Consensual Justice in Brazil brought new challenges to the Criminal Justice System, notably in the role of its players. This article aims to understand the functions of the Public Prosecutor's Office, particularly the obligation to mandatorily file a criminal claim, in a context of expansion of consensual mechanisms. Even when this obligation is widely challenged, there is no normative background supporting the discretion of the Public Prosecutor's Office. We stand for the necessity of a strict interpretation of the Public Prosecutor's Office role, which must respect the equality in criminal prosecution.

Keywords: Public Prosecutor's Office - Consensual Justice - Mandatory - Discretion.

Introdução: mecanismos negociais e o fim do modelo estritamente conflitivo no Brasil

O sistema processual penal brasileiro é alvo de discussões acerca de sua natureza, se acusatória ou inquisitiva (PRADO, 2005). Na impossibilidade de uma afirmação categórica acerca disso, há quem avalie o grau de *acusatoriedade* do ordenamento jurídico (ZILLI, 2021), até como forma de verificar o atendimento a critérios de respeito a valores democráticos. Independentemente de dissensos nas qualificações feitas sobre o caso brasileiro, os princípios e regras que estruturam a persecução penal guardam um traço em comum: relacionam-se a uma noção conflitiva do processo.

Se há pouco tempo os conflitos penais eram solucionados exclusivamente após uma acusação formal contra um sujeito, que poderia ter a sua culpa reconhecida pelo Estado depois de uma instrução processual, nos últimos anos foi aberto um novo flanco em nosso sistema processual: os institutos da Justiça Negocial.¹ Com a "revolução negociada" (ZILLI, 2017) inaugurada pela Lei 9.099/95, mudou-se totalmente a feição do processo, pois saídas consensuais foram aqui incorporadas. A solução de um processo penal passou a também ser alcançada por meio de acerto entre as partes, havendo

sanção do sujeito imputado mesmo sem estabelecimento de culpa pelo Estado, tendência que se ampliou nos anos seguintes.

As formas consensuais trazidas por diferentes diplomas legislativos trouxeram impactos cada vez mais significativos em nosso ordenamento jurídico, modificando determinadas atribuições de seus atores. Nesta oportunidade, dedicamo-nos à compreensão do papel dos sujeitos processuais em meio a esse contexto. Importa entender como princípios e regras criados no contexto de um modelo estritamente conflitivo se harmonizam com os novos desafios (teóricos e práticos) surgidos com a realidade do consenso. À vista disso, faremos uma análise focada sobre o papel do Ministério Público (MP), em especial na avaliação do princípio da obrigatoriedade,² entendido como a necessidade de exercer o direito de ação (oferecimento da denúncia), verificada a justa causa (BADARÓ, 2015, p. 182). O afastamento da obrigatoriedade pura pelas soluções negociais implicou o reconhecimento da discricionariedade para atuação funcional do órgão acusatório?

Nem ao céu, nem à terra: inaplicabilidade da obrigatoriedade pura ou da discricionariedade ao órgão acusatório

Conceitos e práticas de mecanismos consensuais se solidificaram no Brasil nos últimos anos. Introduzidos com delimitação rígida

pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), eles passaram a admitir hipóteses mais alargadas quanto ao momento de realização e aos crimes abarcados, como na Lei 12.850/13 (acordos de colaboração premiada) e na Lei 13.964/19 (acordos de não persecução penal), afastando a ideia de que a solução pelo processo penal conflitivo é adotada de forma exclusiva.

Agora, após verificada a justa causa para a persecução penal e antes de se iniciar a instrução processual, os institutos consensuais podem ser mobilizados, dando solução precoce e imediata ao conflito penal. O MP, órgão acusatório e titular da ação penal de iniciativa pública por atribuição constitucional (CF, art. 129, I), tem visto ser ampliado o espectro de possibilidades de atuação funcional quando em contato com elementos suficientes para prosseguir com a persecução penal, vislumbrando os caminhos negocial ou conflitivo. Num cenário em que mais mecanismos são conferidos aos agentes de Estado para uma busca por maior eficiência e celeridade na resolução de fatos potencialmente delitivos, importa avaliar se isso foi acompanhado por uma maior liberdade de escolha³ conferida por lei ou, ao contrário, se foi mantida uma mais estrita vinculação a hipóteses delimitadas.

Certo de que as formas de agir na persecução penal foram aumentadas com a introdução dos novos institutos, o ponto nevrálgico está em apurar se a lei também conferiu uma margem significativa de escolha, isto é, a efetiva possibilidade de o membro do órgão acusatório optar de forma livre entre as saídas negocial ou conflitiva após verificada a justa causa. Parece-nos que a melhor forma de encontrar a resposta a essa questão é por meio do método indutivo: avaliar, pela interpretação das leis em vigor, se as mudanças normativas refletiram na ampliação de escolhas ao membro do MP.

Tal incursão se relaciona com os princípios e regras regentes da ação penal de iniciativa pública. É interessante observar que à nossa doutrina jurídica não escapou o enfraquecimento da obrigatoriedade da ação penal.⁴ Embora não tenha havido alteração dos dispositivos normativos mobilizados para sustentá-la (arts. 18, 24 e 395 do CPP), o seu alcance tem sido colocado em questão com frequência. Antes reconhecida de forma generalizada, a obrigatoriedade foi acumulando críticas de ordens pragmática e teórica. Sob o primeiro prisma,⁵ já se entendeu que a obrigatoriedade não se verificava na prática porque diversos crimes já não eram perseguidos. Sob o outro (GRINOVER, 1996), a existência de alternativas à persecução penal conflitiva eliminou o cabimento da obrigatoriedade em sua acepção mais pura e deu lugar a formulações teóricas alternativas, sendo a discricionariedade regrada a mais difundida. Um conceito gestado numa lógica estritamente conflitiva não mais explicava um sistema processual com as diferentes colorações trazidas pela lógica negocial.

Em nossa visão, esse conceito puro de obrigatoriedade não mais se sustenta. Mesmo sem alteração legislativa dos dispositivos que o amparam, as novas leis modificaram o seu sentido, sendo contrafactual afirmar que, verificados elementos suficientes de autoria e materialidade, o MP deverá oferecer a denúncia criminal. A existência da justa causa deve continuar sendo a baliza para avaliar se alguma sanção por meio da persecução penal deve ser buscada pelo órgão acusatório, ainda que não o faça (necessariamente) pelo processo penal conflitivo. E é justamente aqui que se encontra a principal mudança que sustentamos: verificados os pressupostos processuais, o MP segue obrigado a seguir na persecução penal, ainda que diferentes hipóteses tenham se

somado à (antes única) via conflitiva. Mais do que isso, as hipóteses alternativas ao conflito (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) devem ser enfrentadas antes da mobilização do aparato estatal para o prosseguimento da instrução processual regular.

Ante a ampliação das hipóteses de atuação funcional do MP, notamos visões que sustentam a existência de uma verdadeira discricionariedade de seu membro frente à persecução penal ou, ao menos, de diferentes colorações dessa mais ampla liberdade (ABRAÃO; LOURINHO, 2020). Trata-se de visão que amplia o poder de decisão dos membros da instituição, sustentando que, a despeito de as leis de regência imporem critérios (em regra) estritos para as diferentes etapas da persecução penal, cabe ao órgão acusatório a escolha, livre de amarras, acerca do caminho a ser adotado. Ocorre que, na verdade, as hipóteses consensuais são uma etapa necessária e prévia na persecução penal hoje existente, não havendo, em lei, um espaço de disposição da ação penal pelo MP. Em nome da unidade e coerência sistêmicas, tal leitura ampliativa da liberdade de escolha deve ser revista.

Os institutos que operam a partir do consenso são bastante delimitados e formatados, vez que são definidos momentos e critérios para seu oferecimento, bem como existe a possibilidade de controle judicial caso isso não seja feito pelo órgão acusatório. Pela dicção da Lei 9.099/95, não há espaço para juízos de estrita conveniência do MP, uma vez que, configuradas as condições estabelecidas em lei (art. 76, §2º), deve ser oferecido o acordo de transação penal. Da mesma forma, a suspensão condicional do processo estabelece condições específicas nas quais o benefício há de ser oferecido pelo titular da ação penal (art. 89, *caput*). A locução “poderá propor” há muito foi superada como uma justificativa de verdadeira opção do órgão acusatório, sendo exemplar o fato de os Tribunais Superiores já terem se debruçado sobre a matéria, com edição de súmula acerca da temática (Súmula 696/STF), restando poucas dúvidas sobre a sua aplicação.

No mais recente instituto consensual, criado pela Lei 13.964/19, a sistemática parece ser bastante semelhante. O acordo de não persecução penal há de ser proposto sempre que verificadas as condições dispostas em lei (e desde que não cabíveis as saídas previstas na Lei 9.099/95, como se lê do art. 28-A, *caput* e § 2º do CPP). É garantido o momento negocial antes de intentado o processo conflitivo, oportunidade em que uma sanção é aplicada sem estabelecimento de culpa pelo Estado. Da mesma forma, a discussão sobre a maior ou menor vinculação do órgão acusatório à sua discricionariedade ou aos termos da lei se coloca.

Resta claro, portanto, um padrão adotado pelo legislador pátrio: a disposição de saídas negociais que operam de maneira mandatória e devem ser mobilizadas antes da instrução processual própria do processo conflitivo. O momento consensual, por sua natureza e da forma como incorporado em nosso ordenamento jurídico (GRINOVER, 1996, p. 357), como regra, precede (de forma obrigatória) o momento conflitivo. As balizas legais são colocadas e devem ser obedecidas, havendo algum espaço para justificação (caso a caso) da não adoção do instituto consensual, como no caso deste não ser “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (hipótese do art. 28-A, CPP). Tais requisitos que abrem alguma margem para subjetividade, todavia, devem ser enfrentados pelo membro do MP, com justificativa formal e escrita sobre eventual

*UM CONCEITO
GESTADO
NUMA LÓGICA
ESTRITAMENTE
CONFLITIVA NÃO
MAIS EXPLICAVA
UM SISTEMA
PROCESSUAL COM
AS DIFERENTES
COLORAÇÕES
TRAZIDAS PELA
LÓGICA NEGOCIAL.*

não adoção dos institutos, estando sujeitas a controle. Não há que se falar, portanto, em um agir por mera conveniência do membro do órgão acusatório, que é o exato sentido que se extrai da (equivocada) noção de discricionariedade.

Embora destoe dos demais institutos, o caso da colaboração premiada da Lei de Organizações Criminosas é particular sob diversos aspectos. Em primeiro lugar, é ao mesmo tempo um negócio jurídico-processual e um meio de obtenção de prova (BADARÓ, 2018). Ademais disso, as peculiaridades de sua utilização a colocam muito mais como uma *estratégia de defesa* do sujeito imputado do que como um instituto a ser necessariamente observado pelo MP. De toda forma, a colaboração premiada foi largamente utilizada e, ante os desafios e críticas gerados de sua prática e de sua mobilização alargada (CAVALI, 2018), o legislador procedeu a modificações em sua feição por meio da referida Lei 13.964/19. Tais alterações enrijeceram, em grande medida o seu uso, restringindo a hipótese de não oferecimento de denúncia a casos específicos em que sejam informadas infrações que não eram de seu conhecimento (§4º e §4º-A do art. 4º), além de ter sido ampliado o controle judicial (incisos II a IV do § 7º do art. 4º).

Mesmo no instituto tido como mais discricionário, o legislador realizou mudanças no sentido de restringir o seu uso. Essa é uma sinalização importante, mas o central é verificar que as características imanentes ao instituto (meio de obtenção de prova e restrito a crimes específicos) o colocam como uma exceção à lógica negocial incorporada em nosso país e, ainda assim, não confere plena liberdade ao órgão acusatório. A ampla liberdade acerca da acusação, mediante o uso de critérios de conveniência acusatória que permitam definir a política criminal, não foi delegada por lei ao MP.

Conclusão: unificação da compreensão entre os mundos negocial e conflitivo

A hoje consolidada realidade negocial trouxe significativas mudanças ao nosso sistema processual penal. Todos os sujeitos processuais tiveram alguma forma de modificação em suas funções. As novidades foram realizadas por meio de leis formais, com as etapas consensuais sendo postas (em regra) como prévias à solução conflitiva. Nossas leis não abrem espaço para interpretações extensivas que confirmem um poder decisório nunca mencionado em qualquer dispositivo normativo. Em face disso, a suposta existência de um poder de atuação eivado na liberalidade e na escolha de atuação por motivos de conveniência do MP se afasta da interpretação da lei posta. Não há, nem nunca houve, autorização para a utilização de critérios de mera conveniência acusatória para o fim de estabelecimento de política criminal, que deve depender dos critérios legais.

A conciliação teórica e prática dos mundos das soluções conflitiva e negocial exige (re)ordenações conceituais, mas isso não significa aceitar mudança tão profunda e desprovida de amparo normativo. O fato de a obrigatoriedade pura não mais se sustentar não implica a afirmação de seu reverso, que seria a discricionariedade da ação penal de iniciativa pública. A existência de mais mecanismos de consenso não significa que o *plea bargaining* e a sua inerente ampla margem de negociação e disposição em matéria criminal tenha chegado ao Brasil. É momento de refletirmos com cuidado sobre essa nova realidade, com proposições teóricas sólidas que não abandonem os pontos positivos da estrutura de nosso sistema processual, que busca preservar a igualdade na aplicação da lei, e não a sujeição a critérios estritos de conveniência e justiça de cada membro do MP.

Notas

- 1 Para os fins deste artigo, utilizamos as expressões "negocial" e "consensual" como sinônimas, em oposição a uma lógica de conflito. Vinicius Gomes Vasconcellos se utiliza do termo *barganha* (VASCONCELLOS, 2015, p. 68). As críticas feitas pelo autor a tais mecanismos na seara penal, embora relevantes, fogem ao escopo do presente texto.
- 2 Embora haja discussão, manteremos a expressão princípio (JARDIM, 2007, p. 101-107). Ainda, são diversas as regras decorrentes da obrigatoriedade, notadamente a explicitamente prevista indisponibilidade da ação penal (CPP, art. 42), daí sua relevância (JARDIM, 2007, p. 118). Outras regras são mencionadas, como oficialidade, autoritariedade e oficiosidade (OLIVEIRA, 2019, p. 180-181).
- 3 Por escapar ao escopo do presente artigo, não entramos na discussão sobre

independência funcional e interpretação jurídica livre sobre os mesmos fatos. Para tais discussões e delimitações conceituais, ver Mazzilli (2013).

- 4 É reconhecida de forma bastante difundida essa mitigação – por todos, ver Oliveira (2019, p. 1016). Nas "exceções" à obrigatoriedade são utilizadas diversas expressões, sendo as mais recorrentes *obrigatoriedade mitigada* ou *discricionariedade regrada* – como exemplos, Lima (2017, p. 1459), Távora e Alencar (2017, p. 80).
- 5 Na Justificação ao Projeto de Lei 1480/1989, que resultou na Lei 9.099/1995, foram aventados argumentos nesse sentido. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicao-demotivos-149770-pl.html>. Acesso em: 22 abr. 21.

Referências

- ABRÃO, Pauliane do Socorro Lisboa; LOURINHO, Victoria A. dos Santos. O Acordo De Não Perseguição Penal e a Discricionariedade Do Ministério Público. In: WALMSLEY, André; CIRENO, Lúcia; BARBOZA, Márcia Noll (coords.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020, p. 330-347. Disponível em http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf. Acesso em: 15/4/2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Meio de Prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo (coords.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 127-149.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei n. 12.850/2013. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo (coords.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 255-274.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O impacto da Lei n. 9.099/95 no sistema penal brasileiro. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo Cesar (coords.). *Ensaios Jurídicos: o direito em revista*. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996.
- JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 731, p. 9-33, jan./abr. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

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

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017.

Recebido em: 27/04/2021 - Aprovado em: 26/05/2021 - Versão final: 11/06/2021