



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA
OBRIGATORIEDADE

Cesar Tomás Miranda Gonçalves

Rio de Janeiro
2019

CESAR TOMÁS MIRANDA GONÇALVES

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA
OBRIGATORIEDADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Cesar Tomas Miranda Gonçalves

Graduado em direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – O processo penal brasileiro tem passado por uma mudança radical nos últimos anos com inserção de elementos da justiça penal negociada, que tem mais proeminência em países de tradição da *common law*. Isso se deve ao anseio da população pela punição de crimes nas esferas de poder, o que tem levado a comunidade jurídica a se movimentar para atender tais anseios. Sobrevém, todavia, o questionamento de a que custo esses anseios devem ser atendidos, se deve-se aguardar a vontade da classe política ou se é legítimo que se tente fazer mudanças à revelia da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave – Direito processual penal. Princípio da obrigatoriedade. Princípio da oportunidade. Acordo de não persecução penal. Resolução 181 do CNMP. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. O princípio da obrigatoriedade no direito brasileiro e seu declínio em face do princípio da oportunidade. 2. O acordo de não persecução penal na resolução 181 do conselho nacional do ministério público: conveniente, porém, inconstitucional. 3. A conveniência da ampliação do princípio da oportunidade na prática criminal brasileira, mas pelas vias constitucionalmente legítimas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é fazer um estudo sobre os novos movimentos do processo penal brasileiro com a introdução de métodos de investigação e resolução de questões criminais advindas de países de tradição jurídica da *comon law*, como o chamado *plea bargain* e outros métodos de justiça criminal negociada.

Com o descortinamento de organizações criminosas que dominaram a política nacional nos mais diversos níveis nas primeiras décadas pós Constituição de 1988, tem crescido na população o anseio por ver a punição dos criminosos envolvidos com as classes dominantes, chamados de criminosos corporativos.

Isso tem feito com que o Poder Judiciário e o Ministério Público se movimentassem para atender esse anseio popular que é legítimo, tomando para si o

protagonismo no combate ao mal da corrupção e da criminalidade organizada que aflige o país há anos.

Essa conduta voluntariosa da classe jurídica, todavia, por vezes se mostra equivocada em alguns aspectos, realizando excessos, apesar dos nobres motivos, e violando direitos fundamentais e princípio constitucionais.

Foi o caso da Resolução nº 181/2010 criada pelo Conselho Nacional do Ministério Público que previu a possibilidade de o Ministério Público celebrar com acusado de crimes acordos para não persecução penal em troca de confissão e de penas restritivas de direito, a revelia do poder judiciário.

No primeiro capítulo será visto que tal movimento vai de encontro ao princípio da obrigatoriedade que vigora no processo penal brasileiro há anos, que é aquele que o Ministério Público não pode se olvidar de denunciar pessoas acusadas de crime que possua contra si indícios de autoria e de materialidade.

Esse movimento abre caminho para o princípio da oportunidade. Criou-se diversas possibilidades na legislação em que o estado acusador poderia ter outras opções em vez de instaurar uma ação penal. Como por exemplo a transação penal da Lei nº 9.099/98 e a colaboração premiada prevista em algumas leis especiais.

Já no segundo capítulo, será analisada *in loco* a mencionada resolução, bem como sua viabilidade constitucional. Será analisado também os seus problemas práticos e os defeitos decorrentes exatamente do fato de ter sido criada por um órgão administrativo sem legitimidade democrática e sem competência legislativa.

O centro da pesquisa não será fazer juízo de valor sobre esses novos métodos de justiça criminal, malgrado acredite-se que sejam o futuro inevitável do processo penal brasileiro. O que se pretenderá no trabalho será demonstrar que tais mudanças devem ser implementadas pelas vias constitucionalmente adequadas, com legitimidade democrática, portanto.

Pra isso, será visto também outros movimentos legislativos que, aí sim, atendem aos ditamos democráticos da separação de poderes, para implementar o que se pretende, como o Projeto de Lei nº 882 de 2019 e o projeto de Novo Código de Processo Penal.

Nesses projetos legislativos há clara inserção de elementos da justiça criminal negociada, que serão aprovados ou não pelo legislador após o contraditório popular, atendendo ao que determina a constituição. Há que se observar que numa democracia os poderes constituídos devem respeitar um ao outro, no que a doutrina constitucionalista

chama de mecanismo de *check and balances*.

Por fim, será defendido que tais ideias devem ser implementadas no Brasil. São necessárias para combate a criminalidade e são, de fato, o futuro do processo penal. Todavia, devem ser feitas da maneira correta, obedecendo ao que manda a Constituição Federal.

Para a realização da pesquisa será adotado o método hipotético-dedutivo, a fim de elencar especulações a serem comprovadas com base em estudos, análises sociais e fáticas, com estudo de projetos de lei. A abordagem será qualitativa, pois se apoiará em obras literárias, jurisprudência e na legislação pátria, bem como em projetos de lei, para corroborar a tese sustentada.

1. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO E SEU DECLÍNIO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

A ação penal pública no ordenamento brasileiro sempre teve como uma de suas principais características o princípio da obrigatoriedade, ao contrário do que ocorria nas ações penais privadas, em que vigora o princípio da disponibilidade ou oportunidade.

O Ministério Público, na condição de titular da ação penal, estaria sempre obrigado a denunciar um investigado, desde que presentes os requisitos (indícios de autoria e de materialidade)¹. Apenas não havendo tais requisitos, poderia o membro do Ministério Público adotar outras possibilidades: ou promover o arquivamento da investigação, ou requerer novas diligências a fim de novas provas.

E qual seria a origem axiológica desse princípio? Resumidamente, Afrânio da Silva Jardim diz que o direito penal se presta a tutelar bens juridicamente relevantes, e que o Ministério Público seria o único legitimado para promover a punição da violação a tais bens. Dessa maneira, não poderia o promotor, investido no órgão do poder público, deixar aplicar o direito penal, pois seria renunciado algo que não lhe pertence. Seria como negar a proteção aos bens jurídicos.²

¹LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240.

²JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.

Pois então, caso o membro optasse por promover o arquivamento, caberia ao juiz avaliar tal possibilidade, fazendo uso dos poderes previstos art. 28 do Código de Processo Penal em caso de discordância, situação na qual os autos seriam remetidos ao Procurador Geral de Justiça (ou Procurador Geral da República, no caso do Ministério Público Federal), que daria a última palavra sobre o caso.

Até aqui, não caberia ao membro do Ministério Público fazer qualquer juízo acerca da oportunidade e da conveniência da propositura da ação penal, de modo que, presentes os requisitos fáticos e legais, órgão estaria obrigado a promover uma ação penal, oferecendo denúncia, dando início a um processo criminal perante o poder judiciário³.

Esse sempre foi o cenário do ordenamento nacional, forte no princípio da obrigatoriedade, sustentado pela doutrina e no Art. 28 do Código de Processo Penal. Esse ademais, é um princípio presente também na maioria dos países de tradição jurídica de *civil law*⁴, família da qual, o Brasil historicamente faz parte.

Ocorre que em determinado momento, esse princípio começou a ser mitigado, aproximando aos poucos o processo penal brasileiro do princípio da oportunidade, que vigora predominante comumente em países de *commom law*.

Pode-se notar alguns marcos legislativos importantes, que demonstraram o início de mudança de paradigma da justiça criminal brasileira: um deles foi a Lei nº 9.099/98 e outro foi a Lei de Organização Criminosa, Lei nº 12.850/2013.

Interessante mencionar aqui que esse movimento não é exclusividade nossa: na Alemanha ocorreu um movimento parecido (há décadas), conforme registrado pelo Afrânio da Silva Jardim em 1994:

[...] “... *la OPP, através de los §153 hasta 154c, disciplina um sin numero de excepciones que, como alguna vez hemos dicho, amenazan com trasformarse em regla no bien prossiga la tencencia dominante de estos últimos años*”.

A seguir, o citado professor Julio Maier explica que as exceções ao princípio da obrigatoriedade começam com a idéia de não punir futilidades (*Bagatellsachen*) e se ampliam a situações outras que não encontram resposta na lei penal material.⁵

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. também aponta que tal princípio começou, ainda que de maneira tímida, a perder a rigidez no Brasil a partir do advento da transação

³PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 134.

⁴JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 77.

⁵Ibid. p. 78

penal e o *sursis* processual, trazida pela Lei nº 9.099/95.⁶ De modo que o direito brasileiro iniciou aí uma caminhada em direção ao princípio da oportunidade. A partir de então, o titular constitucional da ação penal passou a poder deixar de propô-la nos chamados crimes de menor potencial ofensivo.⁷

Surge ali, uma nova possibilidade para os membros do *parquet*. Além de denunciar, arquivar, ou requisitar novas diligências, passou-se a poder também oferecer a transação penal, nos crimes de bagatela, assim definidos em lei.⁸ E esse foi o um importante marco legislativo pois mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Passados mais 3 anos, em 1998 a lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) previu no art. 1º, §5º a possibilidade de a pena aplicada ser diminuída ou mesmo perdoada caso o autor ou coautor colaborasse com as investigações.

Posteriormente foi criada a Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013), com o instituto da colaboração premiada, constituindo mais uma mitigação ao princípio em estudo – dessa vez mais enérgica que a anterior.

O art. 4º dessa lei, deu a possibilidade ao Ministério Público de não denunciar um investigado que colaborar com as investigações (acordo de não denúncia), desde que, não seja ele o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, sem exigir que o crime fosse de menor potencial ofensivo.⁹

Fica claro, portanto, a aproximação das duas leis acima: tanto nos institutos da Lei nº 9.099/95 como no acordo de não denúncia, vinculado à colaboração premiada, não há um processo criminal instaurando, com discussão do mérito dos fatos, e busca da construção de uma verdade processualmente válida. Há somente o consentimento do acusado a condições impostas pelo Ministério Público em troca da não instauração do processo judicial.

Não é por acaso o surgimento desses novos institutos; eles aparecem em um cenário de relativo descrédito em relação ao poder judiciário, alta sensação de impunidade, preocupações com a morosidade, que desencadeiam uma inegável necessidade de modernização, flexibilização da nossa justiça criminal.¹⁰

⁶LOPES JR, op. cit., p. 240.

⁷JARDIM, op. cit., p. 79.

⁸Crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapassem 2 anos, cumulada ou não com multa na forma do art. 61 da Lei nº 9.099 de 1998.

⁹BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.

¹⁰BRODT, Luis Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'placido, 2017, p. 676.

O escancaramento do submundo das organizações criminosas que escamoteavam o patrimônio público, sobretudo por ocasião da lava-jato somada a crescente onda de violência urbana, que levaram o país a atingir em 2016 a marca histórica de 62.517 homicídios, segundo dados do IPEA¹¹, despertaram a população para a necessidade de punição severa e imediata dos homens de poder, que por anos dominaram o cenário político e econômico do País.

E é nesse contexto, pegando o caminho em direção ao princípio da oportunidade com a onda, justificada, diga-se, de insatisfação com impunidade, que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a controvertida Resolução 181/2017, criando e regulamentando o que se tem chamado de acordo de não persecução penal, o qual veremos a seguir.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA RESOLUÇÃO 181 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: CONVENIENTE, PORÉM, INCONSTITUCIONAL

Por ocasião da Resolução nº 181 de 7 de agosto de 2017 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (que regulamento os procedimentos de investigação criminal impelido pelo Ministério Público – PIC), foi criado o chamado *acordo de não persecução penal*, que abre ao órgão a possibilidade de deixar de oferecer denúncia em algumas situações ali previstas, firmando com o investigado um acordo, em que ele assume algumas obrigações em troca de não ter contra si uma ação penal judicial.

Diz o art. 18 da referida resolução que nos crimes com pena mínima até 4 anos, sem violência ou grave ameaça a pessoa, mediante confissão formal e circunstanciada, poderá ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado um acordo que impõe condições, que são verdadeiras penas restritivas de direito a serem seguidas pelo acusado.

¹¹IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Dentre elas, destacam-se: obrigação de reparar o dano, perda de bens que segundo o Ministério Público seriam produto do crime, prestação de serviço à comunidade e multa.¹²

Na redação atual, o acordo deverá ser submetido a apreciação do poder judiciário (§4º), que caso discorde, remeterá os autos ao Procurador Geral (§6). Este, por sua vez, tomaria as medidas cabíveis, em uma ritualística parecida com o art. 28 do Código de Processo Penal. A diferença é que aqui o Procurador Geral tem aqui o poder de manter o acordo, sem que o Poder Judiciário se imiscuisse mais no assunto (§6º, inciso IV). O acordo, neste caso, é implementado à revelia do Poder Judiciário, somente a critério do Ministério Público.

Essa foi, pra dizer o mínimo, uma manobra ousada do CNMP. Buscou a instituição por meio de um ato infralegal dar um salto em direção ao princípio da oportunidade, abandonando quase que de uma vez por todas o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que até aqui vigorava no processo penal brasileiro.

Como já foi dito, considerando as circunstâncias pelas quais atravessa o Brasil, é compreensivo um certo grau de ativismo. A população anseia por diminuição da criminalidade, punição para os crimes, combate efetivo a corrupção e ao crime organizado. Todavia, deve-se ter como limite sempre a Constituição.

A influência do direito norte americano, com o chamado “*plea bargain*”, é sem dúvida um norte pra esse movimento. Por essa corrente, o réu confessa o crime em troca benefícios legais. Como já foi dito, isso já existe no Brasil, com a colaboração premiada nos crimes cometidos por meio de organização criminosa, lavagem de dinheiro, e tráfico de drogas.

A mencionada resolução amplia sobremaneira esse instituo (*plea bargain*), para aplicá-lo mesmo em casos em que não há organização criminosa, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas. O investigado confessa apenas os seus crimes (sem necessidade de ajudar em outras investigações) e obtém o benefício.

Por óbvio, a novidade não foi bem recebida por parte da comunidade jurídica. Houve resistência até mesmo por parte de alguns ministérios públicos estaduais, como é o caso do Rio de Janeiro, que em um primeiro momento rechaçou a aplicação do acordo por parte de seus membros.

¹²BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

Existe também uma resistência na doutrina criminal para o instituto do *plea bargain*. Autores como Aury Lopes Jr¹³. sustentam que o instituto, além de violar a reserva de jurisdição, se revela como um instrumento de pressão para fazer o investigado confessar falsamente, ou entregar informações inverídicas apenas para se ver livre do aparato estatal acusador¹⁴.

Mas, para além dessa última crítica, que não é meritória, diga-se, a resolução também foi reprovada (aí sim corretamente) pela sua forma. Sustentou-se a sua inconstitucionalidade formal por ter trazido um assunto que deveria ser regulamento por ato legal, e não por uma resolução, ato infralegal.

Com efeito, o CNMP agiu aqui como legislador de fato e causou flagrante alteração no Código de Processo Penal, criando situações típicas do legislador ordinário, o que viola a competência da União para legislar sobre processo penal e também sobre direito penal. (art. 22, inciso I da Constituição Federal).

Vejam as inconstitucionalidades formais e materiais.

A primeira inconstitucionalidade é a violação de competência para legislar sobre direito penal e processual penal. Isso porque, a resolução cria por ato infralegal um instituto novo no ordenamento: o acordo de não persecução penal. Antes existia a transação penal, criada por lei, e a colaboração premiada, também criada por lei. Agora a resolução tenta incrementar no ordenamento um novo instituto, à revelia do legislador.

Pode-se observar aqui que, *in caso*, o que se dará é o afastamento de uma norma legalmente constituída (um tipo penal incriminador e sua respectiva pena), por um ato infralegal, o que sem dúvida nenhuma viola o princípio republicano da separação de poderes, além do princípio da legalidade, previsto no Art. 5º, inciso II da CRFB/88). A Resolução nega vigência à norma penal.

A Resolução cria também um novo rito, determina que o Ministério Público submeta o acordo a apreciação do juiz, que caso discorde remeterá ao Procurador Geral, que, por sua vez adotará as medidas ali previstas, entre elas, manter o acordo.

Além de regras de processo penal, a resolução também cria regras de direito penal, pois possibilita o cumprimento de penas restritivas de direitos - nos mesmos moldes daquelas estabelecidas no Art. 43 do Código Penal -, sem o devido enquadramento

¹³LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargain no projeto “anticrime”*: remédio ou veneno?. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimemedio-ou-veneno>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁴Ibid.

legal. O que também viola a competência da União para legislar sobre direito penal, conforme Art. 22, I da CRFB/88. Em última análise, o que ocorre é uma substituição de pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direito sem previsão legal e sem determinação judicial.¹⁵

Por fim, há violação ao art. 129, inciso I da constituição. Diz o dispositivo que incumbe ao Ministério Público *na forma da lei*, promover a ação penal. Observa-se, portanto, uma norma de eficácia contida, mas que para ser restringida, deve ser feita por meio de lei, como diz expressamente o dispositivo.¹⁶

Nesse mesmo ponto, pode-se dizer que há também violação ao princípio da individualização da pena. Pois o investigado acordante estará submetido a uma pena oferecida pelo ministério público sem a devida análise das circunstâncias judiciais, agravantes atenuantes, que devem ser feitas exclusivamente pelo poder judiciário, o que viola o art. 5ª inciso XLVI da Constituição Federal¹⁷.

Além dos vícios de inconstitucionalidade, a resolução, do jeito que esta colocada, pode gerar um quadro de insegurança jurídica por causa de dois institutos: a (ausência de) coisa julgada e a prescrição. Veja-se bem os dois.

Entre a ocorrência do fato criminoso, início das investigações, oferecimento do acordo e cumprimento do acordo, não se verifica nenhuma das causas impeditivas nem interruptivas do prazo prescricional previstas nos arts. 116 e 117 do Código Penal. A resolução não pode, ao menos em tese, criar uma causa interruptiva da prescrição. Até mesmo porque, como ficaria a situação do acordante que, observando a iminência da prescrição de seu crime, deixasse de cumprir o acordo? Não se responde, de maneira que, o acordo poderia, ao final, se revelar um gargalo impunidade.

Por outro lado, com relação a coisa julgada, sabe-se que somente o poder judiciário tem competência para prolatar decisões definitivas. Um acordo firmado entre o Ministério Público e o investigado jamais poderia invocar coisa julgada, pelo fato de que o judiciário não ter apreciado a matéria.

¹⁵POLASTRI, Marcellus. *O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁷Ibid.

Sendo assim, como ficaria por exemplo, em um caso em que se admita ação penal privada subsidiária, se a vítima oferecer queixa? O acordo anteriormente firmado obstaría o prosseguimento da ação? Por óbvio que não. O acordo não faz coisa julgada nem vincula o poder judiciário. A questão permaneceria aberta até que sobreviesse a prescrição.

Revela-se, portanto, aqui o quadro de insegurança jurídica que pode ser causada no caso concreto quando da aplicação do mencionado instituto.

Não foi por menos que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB e a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB propuseram duas ADIs pedindo a inconstitucionalidade da Resolução em análise. São as ADIs 5.790 e 5.793, que tramitam no STF aguardando o julgamento.¹⁸

Pelo que foi dito, pode-se observar que o chamado acordo de não persecução penal, apesar de representar o futuro do processo penal com o *plea bargain*, carece de constitucionalidade, porquanto deveria ter sido introduzido no ordenamento por lei em sentido estrito, não por um ato infralegal.

3. A CONVENIÊNCIA DA AMPLIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE NA PRÁTICA CRIMINAL BRASILEIRA, MAS PELAS VIAS CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMAS

O objetivo desse trabalho não é combater o caminho que a ciência jurídica percorre em direção ao princípio da oportunidade e a introdução do *plea bargain*, pelo contrário, defende-se. Mas que seja feita pelas vias constitucionalmente legítimas. Com participação da sociedade, respeitando a vontade do povo e a separação de poderes.

É legítima a vontade popular de ver uma justiça mais célere, punindo aqueles que cometem malfeitos. Essa é, inclusive, uma das facetas da nossa Constituição, presente na vedação a proteção deficiente. Além de prever garantias para o indivíduo em face do estado, prevê também que o estado dará proteção ao indivíduo em face de violações perpetradas por outros indivíduos.

¹⁸POLASTRI, op. cit., nota 15.

Com a erudição que lhe é peculiar, diz o professor Lênio Streck¹⁹:

Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, neste momento histórico, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: *exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato*. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito *demite-se da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos* que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. Tanto isso é verdadeiro que o constituinte brasileiro optou por positivar um comando criminalizador, isto é, um dever de criminalizar com rigor alguns crimes, em especial, o tráfico de entorpecentes, inclusive epitetando-o, *prima facie*, de hediondo.

Verifica-se aqui que, externamente, o processo penal também cumpre uma importante função de garantia de direitos fundamentais que é a vedação a proteção deficiente. Se internamente o processo penal deve garantir que o indivíduo que responde por crimes tenha seus direitos fundamentais assegurados, que é o chamado garantismo penal de Ferrajoli; por outro lado, externamente o mesmo processo penal tem o dever de assegurar a toda sociedade que as violações a bens jurídicos serão punidos na forma da lei.

A título de exemplo no Brasil, quando se verificou que as mulheres não encontravam a necessária proteção estatal em face das violações aos seus direitos fundamentais, sobretudo a partir da condenação do Brasil na Comissão de Direitos humanos, foi criada a Lei nº 11.340/2006²⁰, que criou regras penais e processuais que asseguraram mais efetivação no combate a esse tipo de criminalidade. Esse foi um caso que revela a expressão da aplicação do princípio da vedação a proteção deficiente.

Isso ocorre, porque os órgãos de poder não podem se omitir diante da criminalidade que viola direitos fundamentais das pessoas. É dever constitucional o combate efetivo do crime com a justa punição dos culpados. Se omitir diante da crescente criminalidade seria uma omissão inconstitucional, situação não desejável por todos os brasileiros.

¹⁹STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)*: O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>> . Acesso em: 15 abr. 2019

²⁰BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.

Desse modo, é justo que a comunidade jurídica se articule para atender a esses anseios da população, arregimentando a máquina estatal para o combate a criminalidade, sobretudo aquela que atua nos núcleos de poder político e econômico, cometidas pelos chamados criminosos corporativos.

Os instrumentos advindos da justiça criminal negociada e o *plea bargain* se revelaram eficientes no combate às organizações criminosas. No Brasil se viu o desmantelamento de esquemas de corrupção que escamotearam o patrimônio do povo brasileiro por décadas, mormente com advento da chamada Operação Lava-jato.

Todavia, é necessário que isso seja feito da maneira legítima, respeitando o estado democrático de direito, os debates públicos, e, sobretudo, o Poder Legislativo que é o ente constitucionalmente encarregado de criar as leis.

E é por isso que tem-se visto movimentos políticos no sentido de introduzir essas mudanças no nosso ordenamento da maneira correta que é pela via legislativa.

Esse projetos de alteração legislativa servirão exatamente para cumprir o que determina a constituição na questão da vedação a proteção deficiente. Eles darão concretude a esse princípio possibilitando a melhor investigação e punição daqueles que cometem malfeitos por meio de organizações criminosas.

O mais em voga no momento é o Projeto de Lei nº 882/2019, chamado Pacote Anticorrupção, enviado pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional²¹, que possui uma proposta de alteração do Código de Processo Penal para incluir um instituto quase idêntico ao acordo estudado no capítulo anterior.²²

E até mesmo por serem feitos da maneira correta, com legitimidade democrática e debate público é que eles corrigem erros constantes na referida Resolução do CNMP.

Por exemplo, nesse projeto de lei, existe a previsão expressa de que durante o cumprimento do acordo, não correrá prescrição, o que resolve um dos problemas apontados pela resolução 181 do CNMP mencionado no capítulo anterior.

Mais a mais, o projeto também propõe outra alteração para que, mesmo após o recebimento da denuncia ou queixa, desde que antes do início da instrução, o Ministério

²¹BRASIL. Câmara dos deputados. *Pacote anticrime propõe alteração em 14 leis*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/572586-PACOTE-ANTICRIME-ROPOE-ALTERACOES-EM-14-LEIS.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²²O projeto de lei propõe a inclusão de um art. 28-A do Código de Processo Penal, que é quase idêntico ao acordo de não persecução penal da Resolução 181 do CNMP. A diferença maior é que segundo o projeto de lei, poderia se proposto para crimes com pena máxima de 4 anos, ao passo que na Resolução 181, pode ser proposto para crimes com pena mínima não superior a quatro anos.

Público e o réu, por meio de seu defensor, possam celebrar acordo de imediata aplicação da pena, mediante confissão e outros requisitos ali previstos.²³

Outro movimento legislativo legítimo nesse mesmo sentido é o Projeto de Lei nº 8.045/2010 - Novo Código de Processo Penal (NCPP), que tramita também no Congresso Nacional.²⁴

Além das diversas mudanças ali consignadas, prevê o art. 283 do Projeto de Novo CPP que nos crimes cuja pena máxima não ultrapasse 8 anos o Ministério Público e o acusado poderão celebrar acordo de aplicação imediata da pena mediante presença dos requisitos ali descritos à semelhança do que propõe o PL nº 882/2019. É um instituto semelhante àquele previsto no PL 882/2019.²⁵

Sabe-se que ainda há muito o que ser discutido na doutrina especializada sobre a introdução desses institutos no direito brasileiro. O debate público vai aprimorar cada um desses institutos e certamente escolher aquele que mais atende a vontade do povo.

Mas fato é que, bem ou mal, esses projetos estão sendo introduzidos no ordenamento pela via constitucionalmente correta. No parlamento, onde devem realmente ser debatidas essas questões, com ampla publicidade e participação tanto da comunidade acadêmica, profissionais do direito e da sociedade civil.

Não pode uma questão tão importante e tão controvertida como essa ser colocada no direito posto a revelia das forças democráticas constituídas. Malgrado ser respeitável a ideia, não agiu bem o CNMP nesse intento.

Deve sim ser introduzido no Brasil elementos da justiça criminal negociada, com *plea bargain*, possibilidade de o Ministério Público negociar diretamente com o acusado, por ser um instrumento necessário ao combate a criminalidade organizada, e atendimento ao princípio da vedação a proteção deficiente. Mas isso deve ser feito com amplo debate popular, até mesmo para revestir de legitimidade as ações de combate para evitar infundados discursos de perseguição política.

²³BRASIL. Câmara dos deputados. *Projeto de lei nº 882/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 15 abr. 2019

²⁴BRASIL. *Projeto de lei ordinária nº 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=030737A9F3FC8A9142187078332E7B B5.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 abr. 2019

²⁵ Ibid.

CONCLUSÃO

Nesse trabalho foi traçado uma evolução histórica do princípio da obrigatoriedade que sempre for norteador da relação do Ministério Público com as ações penais. O Ministério Público sempre deveria ingressar com a ação, desde que presentes os pressupostos.

A mitigação de tal princípio coincide com um movimento que já ocorreu em outros países de tradição *civil law*, e somado a onda de insatisfação da população com a impunidade de crimes, levou a comunidade jurídica a se movimentar em direção ao princípio da oportunidade.

A liberdade do Ministério Público como órgão de acusação pode ser útil no combate a criminalidade organizada, sobretudo àqueles crimes corporativos, que são cometidos das estruturas mais elevadas de poder.

Sabe-se que essas organizações criminosas muitas vezes se revelam estruturas altamente complexas, ancoradas no poder financeiro, e acobertadas pela corrupção. Muitas vezes somente com a colaboração de um dos integrantes é que se pode dismantelar essas organizações, e o Ministério Público tem que ter liberdade para efetuar acordos a fim de obter essa colaboração.

No Brasil isso ficou bem claro nos últimos anos com o advento do movimento político-criminal decorrente da Operação Lava-jato. Viu-se verdadeiras organizações criminosas que estavam imbricadas no poder público e nas estatais, desviando milhões de reais do dinheiro público para enriquecer alguns poucos empresários e sustentar politicamente aqueles que detinha o poder, afim de lá se perpetuarem.

Como decorrência disso, ficou demonstrado aqui que pelo princípio da vedação a proteção deficiente, que é de ordem constitucional, não pode os órgãos de poder se olvidar na sua tarefa de punir aqueles que violam direitos fundamentais das pessoas. É dever de todos a atuação efetiva no combate à criminalidade, obviamente cada um atuando na sua esfera de competência.

Os atos dos órgãos jurídicos, todavia, devem sempre estar em sintonia com o que determina a Constituição. Não pode um órgão, agindo voluntariosamente, agir a revelia das regras do ordenamento para implantar uma pauta própria.

Nesse sentido, a aqui estudada Resolução 181 do CNMP padece de vício de inconstitucionalidade, pois, malgrado trazer inovações desejáveis, o fez da maneira

incorreta, usurpando a função do poder legislativo, inovando no ordenamento jurídico de forma indevida e negando vigência a normas válidas.

As mudanças que se pretende fazer no ordenamento jurídico só podem ser feitas da maneira constitucionalmente adequada. Até mesmo para conferir mais legitimidade democrática a tais medidas e para afastar casuísmos retóricos por parte dos investigados e acusados de malfeitos.

Sendo assim, o mais correto é que haja movimento político legislativo para aprovação do Projeto de Lei nº 882/2019 ou do Projeto de Lei nº 8.045/2010, com amplo debate nacional a acerca dessas novas tendências.

De mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal deveria julgar procedentes as ADIs 5.790 e 5.793 que foram propostas pelo CFOAB e pela AMB para declara inconstitucional a Resolução 181 do CNMP, pelo que ficou demonstrada aqui sua flagrante inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Câmara dos deputados. *Pacote anticrime propõe alteração em 14 leis*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/572586-PACOTE-ANT-ICRIME-ROPOE-ALTERACOES-EM-14-LEIS.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Câmara dos deputados. *Projeto de lei nº 882/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filena me=PL+882/2019>. Acesso em: 15 abr. 2019

_____. Câmara dos deputados. *Projeto de lei ordinária nº 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=030737A9F3FC8A9142187078332E7BB5.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filenam e=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 abr. 2019

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.

BRODT, Luis Augusto Sanzo; Siqueira, Flávia. *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'placido, 2017.

IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 15 abr. 2019.

JARDIM Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. – 21. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120.- 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POLASTRI, Marcellus. *O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 23 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>> . Acesso em: 15 abr. 2019