

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

MAIARA CHITOLINA

**O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL E AS GARANTIAS DO
INVESTIGADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2019

MAIARA CHITOLINA

**O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL E AS GARANTIAS DO
INVESTIGADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

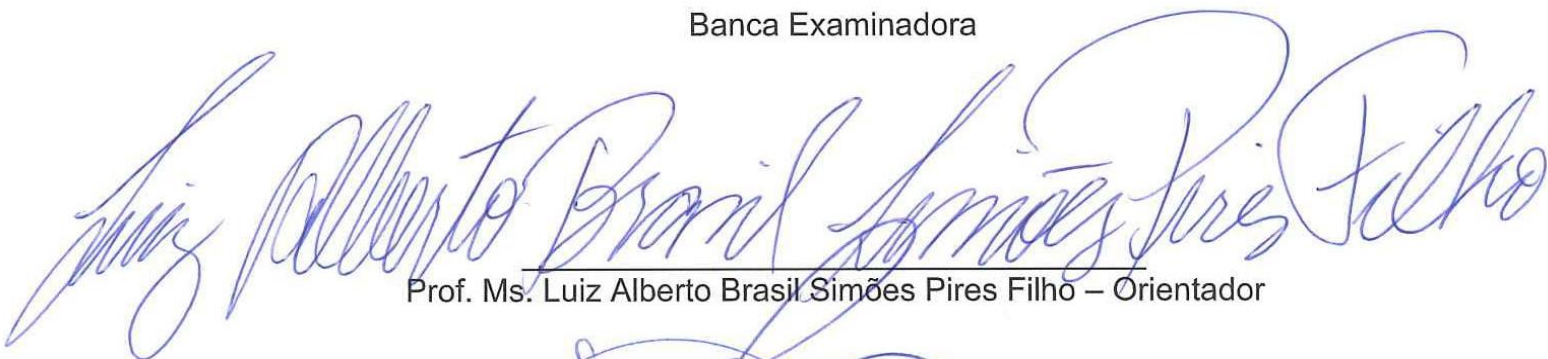
Santa Rosa
2019

MAIARA CHITOLINA

**O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL E AS GARANTIAS DO
INVESTIGADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho – Orientador



Prof. Ms. Rafael Lago Salapata

Prof. Esp. Roberto Laux Júnior

Santa Rosa, 11 de dezembro de 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho e todos os outros que virão aos meus amados pais, Elton e Vera, meus maiores exemplos de força, persistência e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente à minha família pelo incondicional apoio em todos os momentos. Aos meus amigos, por entenderem as diferentes fases e se fazerem presentes em todas elas. Aos colegas de graduação, pela caminhada compartilhada. Ao Professor Ms. Luiz, por aceitar a tarefa de me orientar neste trabalho, o que desempenhou de forma ímpar. À FEMA, pela importante etapa da vida acadêmica que me proporcionou. Ao Curso de Direito, pelos ensinamentos que farão parte de mim por toda a vida.

A vida de todo ser humano é um caminho
em direção a si mesmo.

Herman Hesse.

RESUMO

O tema deste Trabalho de Curso trata acerca do instituto do acordo de não-persecução penal sob a ótica da efetivação das garantias do investigado no Estado Democrático de Direito. Como delimitação temática, tem-se o estudo da origem histórica do Ministério Público do Brasil, sua legitimidade investigativa, bem como a análise dos reflexos da aplicação do acordo de não-persecução penal frente às garantias constitucionais e às premissas do Estado Democrático de Direito brasileiro. Devido ao grande número de processos que assolam diariamente o poder judiciário, a presente pesquisa busca responder ao seguinte problema: o acordo de não-persecução penal viola a efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais do investigado previstos no ordenamento jurídico brasileiro? O objetivo geral do presente trabalho é compreender em que medida o acordo de não-persecução penal viola a efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais do investigado previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Foram suscitadas as seguintes hipóteses: a) o acordo de não-persecução penal não se constitui em uma alternativa eficaz ao modelo atual de processamento de casos na justiça criminal; e b) o acordo de não-persecução penal impede o exercício pleno das garantias e os direitos fundamentais do investigado pelo Estado. Justifica-se o presente trabalho pela necessidade de se encontrar e explorar corajosamente meios alternativos ao sistema de justiça penal para tratar dos crimes menos graves – que violam em menor grau o bem jurídico tutelado pelo tipo penal – e que possuem menor grau de reprovabilidade social. Dessa maneira, haveria, no longo prazo, significativa redução do número de processos criminais em trâmite na esfera judicial, o que permitiria que o Ministério Público e o Judiciário empreendessem esforços e melhorassem a qualidade da investigação e do julgamento dos crimes de maior potencial ofensivo. A pesquisa tem natureza teórica. Os dados gerados serão analisados qualitativamente por documentação indireta, de forma bibliográfica. O plano de análise é encaminhado pela abordagem hipotética-dedutiva, com procedimentos secundários históricos e comparativos, a pesquisa não foi feita em instituições específicas. A finalidade da pesquisa é exploratória e explicativa. O presente trabalho é dividido em 03 (três) capítulos. No primeiro, busca-se expor aspectos introdutórios acerca do fenômeno da expansão, da administrativização e das velocidades do direito penal, bem como breve explanação acerca dos sistemas penais. No segundo, o objeto da escrita será o Ministério Público Brasileiro como órgão e a presença nas diferentes constituições brasileiras, bem como a discussão travada sobre sua legitimidade investigativa. No terceiro, realiza-se uma abordagem teórica sobre o acordo de não-persecução penal, definindo sua origem e fundamentos teóricos e requisitos para sua aplicação e que têm servido de alicerce para sua recente implementação no Brasil.

Palavras-chave: Direito Penal – Justiça penal negociada – Conselho Nacional do Ministério Público – Acordo de não-persecução penal – Investigado.

ABSTRACT

The theme of this course work is about the non-prosecution agreement institute from the perspective enforcing the guarantees of the investigated in the Democratic State of Law. The thematic delimitation is the study of the historical origin of the Brazilian Public Ministry, its investigative legitimacy, as well as the application reflex analysis of the non-prosecution agreement against constitutional guarantees and premises of the Brazilian Democratic State of Law. Due the huge number of the cases that daily devastate Judiciary Branch, this search find to answer to this follow question: is the non-prosecution agreement a violation of the full effectiveness of the fundamental rights and guarantees of the investigated predicted in the brazilian legal order? The general objective of this course work is to understand in what measure the non-prosecution agreement violates the full effectiveness of the fundamental rights and guarantees of the investigated predicted in the brazilian legal order. The following hypothesis has been raised: (a) the non-prosecution agreement is not an effective alternative to the current model of criminal case processing; and b) the non-prosecution agreement prevents the full exercise of the guarantees and fundamental rights of the State investigated. This work is justified by the need to find and bravely explore alternative ways beyond the criminal justice system in order to prosecute and solve less serious crimes – those that violates in a minor degree the legal good protected by the penal norm – and those that has a minor degree of social objection. Under these circumstances, would be, in a long term, a huge decrease in the number of criminal cases in the judicial sphere, which would allow the Public Ministry and the Judiciary Branch to focus their efforts and evolve the investigation and judgment quality of the most serious crimes. This research has theoretical nature. The generated information will be qualitatively analyzed by indirect documentation, bibliographically. The analysis plan is guided by the hypothetical-deductive approach, with historical and comparative secondary procedures, the research was not done in specific institutions. The purpose of this research is exploratory and explanatory. This work is divided in 03 (three) chapters In the first one, we present introductory aspects about the phenomenon of expansion, administrativization and the speed of criminal law, as well as a brief explanation about the penal systems. In the second, the object of writing will be the Brazilian Public Prosecutor as an organ and the presence in the different Brazilian constitutions, as well as the discussion about its investigative legitimacy. In the third, a theoretical approach is taken on the non-prosecution agreement, defining its origin and theoretical foundations and requirements for its application and which have been the foundation for its recent implementation in Brazil.

Keywords: Criminal Law – negotiated criminal justice – Public Ministry National Council – Non-prosecution agreement – investigated.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A JUSTIÇA PENAL NA ATUALIDADE	12
1.1 A EXPANSÃO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	12
1.2 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E A TEORIA GARANTISTA.....	22
1.3 OS SISTEMAS PENAIS: ACUSATÓRIO X INQUISITÓRIO	28
2 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO	32
2.1 DA ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA DISPOSIÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS.....	32
2.2 DA LEGITIMIDADE INVESTIGATIVA CRIMINAL: POLÍCIA JUDICIÁRIA E MINISTÉRIO PÚBLICO.....	35
2.3 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E JULGAMENTOS PARADIGMÁTICOS.....	42
3 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESOLUÇÃO 181/2017: O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL	46
3.1 OS REQUISITOS E OS LIMITES DA APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO- PERSECUÇÃO PENAL.....	47
3.2 CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL	51
3.3 A IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL NO ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO	55
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O tema deste Trabalho de Curso trata acerca do instituto do acordo de não-persecução penal sob a ótica da efetivação das garantias do investigado no Estado Democrático de Direito. Como delimitação temática, tem-se o estudo da origem histórica do Ministério Público do Brasil, sua legitimidade investigativa, bem como a análise dos reflexos da aplicação do acordo de não-persecução penal frente às garantias constitucionais do investigado pelo Estado e às premissas do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Devido ao grande número de processos que assolam diariamente o poder judiciário, a presente pesquisa busca responder ao seguinte problema: o acordo de não-persecução penal viola a efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais do investigado previstos no ordenamento jurídico brasileiro?

Para alcançar uma resposta à pergunta de pesquisa, foram estabelecidos um objetivo principal, que norteará as leituras, e três objetivos específicos, para as análises necessárias à promoção do objetivo principal. Assim, o objetivo geral do presente trabalho é compreender em que medida o acordo de não-persecução penal viola a efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais do investigado previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, estabeleceram-se como objetivos específicos: a) Analisar o contexto histórico e origem da instituição Ministério Público, bem como expor as divergências doutrinárias acerca da legitimidade investigativa do ente ministerial; b) Expor as mudanças ocorridas no sistema penal, sua expansão e modernização e demonstrar as demandas que tais fenômenos promovem na sociedade; c) Descrever o instituto do acordo de não-persecução penal, delimitando sua origem, os casos nos quais sua aplicação é cabível e as controvérsias que envolvem a matéria.

De mais a mais, foram suscitadas as seguintes hipóteses: a) o acordo de não-persecução penal não se constitui em uma alternativa eficaz ao modelo atual de processamento de casos na justiça criminal; e b) o acordo de não-persecução penal

impede o exercício pleno das garantias e os direitos fundamentais do investigado pelo Estado.

Dessa forma, o estudo do acordo de não-persecução penal justifica-se tendo em vista que o recorte deste trabalho apresenta tema novo, ao passo que a normativa que trata da matéria passou a vigorar em agosto de 2017. Além disso, a pesquisa é relevante pois é fundada na necessidade de busca e análise de meios alternativos ao sistema de justiça penal para tratar dos crimes menos gravosos – que violam em menor grau o bem jurídico tutelado pelo tipo penal – e que possuem menor grau de reprovabilidade social. Dessa maneira, haveria, a longo prazo, significativa redução do número de processos criminais em trâmite na esfera judicial, o que permitiria que o Ministério Público e o Judiciário empreendessem esforços e melhorassem a qualidade da investigação e do julgamento dos crimes de maior potencial ofensivo.

Foi este o intuito da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), editada em 07 de agosto de 2017, quando introduziu no ordenamento jurídico, em seu artigo 18, o instituto do acordo de não-persecução penal. A partir dessa perspectiva, constata-se que tal medida gerou uma série de dúvidas que são objeto de discussões a nível acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, o que toma maiores proporções, especialmente tendo em vista que o acervo de material publicado acerca do assunto é limitado.

Ademais, o tema é de grande relevância, uma vez que, atualmente, o Brasil vive uma mitigação na aplicação de preceitos constitucionais, o que se percebe, igualmente, no trâmite processual penal. Isto porque, há uma fragilização institucional gerada por inúmeros eventos polêmicos e investigações em trâmite contra indivíduos integrantes do alto escalão do governo, o que diminui drasticamente o nível de confiança da sociedade no Estado e nos governantes. Diante disso, no anseio de responsabilizar os envolvidos, não raras vezes se faz isso sacrificando direitos e garantias assegurados constitucionalmente aos investigados e aos acusados criminalmente.

Por fim, considerando a importância do procedimento investigatório criminal formal que atenda aos princípios e garantias assegurados ao investigado pelo Estado, este estudo possui grande relevância acadêmica e, notadamente, no Curso de Direito. Em razão do exposto, a presente pesquisa contribuirá sobremaneira a

compreensão do assunto, sob a ótica das garantias asseguradas ao investigado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Estabeleceu-se como metodologia do estudo uma pesquisa de natureza teórica. Os dados gerados serão analisados qualitativamente por documentação indireta, de forma bibliográfica. O plano de análise é encaminhado pela abordagem hipotética-dedutiva, com procedimentos secundários históricos e comparativos, a pesquisa não foi feita em instituições específicas. A finalidade da pesquisa é exploratória e explicativa.

A fim de estruturar a escrita, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, busca-se expor aspectos introdutórios acerca do fenômeno da expansão, da administrativização e das velocidades do direito penal, bem como breve explanação acerca dos sistemas penais. No segundo, o objeto da escrita será o Ministério Público Brasileiro como órgão e a presença nas diferentes constituições brasileiras, bem como a discussão travada sobre sua legitimidade investigativa. No terceiro, realiza-se uma abordagem teórica sobre o acordo de não-persecução penal, definindo sua origem e fundamentos teóricos e requisitos para sua aplicação e que têm servido de alicerce para sua recente implementação no Brasil.

1 A JUSTIÇA PENAL NA ATUALIDADE

Sabe-se que a expressiva quantidade de processos e a morosidade da tramitação no poder judiciário causam certo prejuízo à prestação jurisdicional de qualidade devida tanto às partes atuantes no processo, como à própria sociedade, que é destinatária da jurisdição. As atuais circunstâncias requerem a busca urgente por soluções alternativas ao processo penal, de modo que haja um regresso no número de casos criminais judicializados, bem como no nível de encarceramento, considerando a impossibilidade de o judiciário processar todos os casos criminais que perante ele são denunciados.

Este capítulo se propõe a abordar a expansão e administrativização do direito penal decorrente da sociedade estruturada na pós modernidade, bem como formular um contraponto entre a terceira velocidade do direito penal (direito penal do inimigo) e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, além de realizar um breve apanhado teórico sobre os sistemas penais, notadamente as distinções entre os sistemas acusatório e inquisitório.

1.1 A EXPANSÃO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Os fundamentos do direito de punir remontam ao início da formação das sociedades, na medida em que “[...] para satisfazer necessidades que se tornavam a cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se [...]” (BECCARIA, 2015, p. 23). Com a constante aglomeração de povos, os conflitos passaram a ser contínuos, de tal sorte que “[...] as leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra [...]” (BECCARIA, 2015, p. 23).

Cesare Beccaria faz referência à consolidação do Contrato Social, quando aponta que, com o passar das décadas,

[...] cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado soberano do povo [...] (BECCARIA, 2015, p. 24).

Contudo, os conflitos constantes e as transgressões de conduta geraram a necessidade de criação de “[...] meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores das leis [...]” (BECCARIA, 2015, p. 24), o que perfectibilizou um direito penal primitivo. O mesmo autor enfatiza que os meios de coação devem ser sensíveis porquanto

[...] a maioria está longe de adotar os princípios estáveis de conduta. Nota-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação só pode ser obstada nos seus efeitos sobre a sociedade, por meios que impressionam imediatamente os sentidos e que se fixam nos espíritos, para contrabalancear, por impressões vivas, a força das paixões particulares, quase sempre opostas ao bem geral. Qualquer outro meio seria insuficiente [...] (BECCARIA, 2015, p. 24).

É de se registrar, inclusive, que nada constrange os homens – aqui no sentido lato, como sendo as pessoas em geral – a cederem parcela de sua liberdade, se não por extrema necessidade, de modo que “[...] o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justa; é um poder de fato e não de direito, é uma usurpação e não mais um poder legítimo [...]” (BECCARIA, 2015, p. 24-25).

Segundo Ferrajoli, o direito penal é “[...] uma técnica de *definição*, de *individualização* e de *repressão* da desviação. Tal técnica, (...) manifesta-se através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aqueles condenados enquanto tais [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 195). Nessa senda, o autor elenca três tipos de restrições, relativas à penal, ao delito e ao processo, quais sejam:

[...] a primeira delas consiste na definição ou *proibição* dos comportamentos legalmente classificados como desviantes, e, portanto, em uma limitação da liberdade de ação de todas as pessoas. A segunda, por sua vez, consubstancia-se na sujeição coercitiva ao *juízo* penal de todos aqueles suspeitos de haver violado as proibições penais. A terceira, por derradeiro, identifica-se na repressão ou *punição* daqueles que tenham sido julgados culpados de haver perpetrado uma das violações supramencionadas [...] (FERRAJOLI, 2010, p. 195).

O direito penal, na sua definição atual, tem como objetivo primordial a proteção de “[...] bens juridicamente definidos pela norma penal e, ao mesmo tempo, garantir a sua estabilidade e a sua auto-operatividade [...]” (LIRA, 2015, p. 85). De

mais a mais, segundo Beccaria os “[...] castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime [...]” (BECCARIA, 2015, p. 53). Por se referir apenas à condutas definidas em norma oriunda da atividade legislativa, “[...] o Direito Penal é espécie de direito positivo, não se admitindo a analogia e os costumes para criar infrações penais ou aumentar penas [...]” (LIRA, 2015, p. 85), cabendo apenas ao legislador infraconstitucional elencar os riscos que serão tratados pela norma penal.

Salienta-se que o termo “risco”, como tratado por Cláudio Rogério Sousa Lira, refere-se à situação de perigo ou de possibilidade de perigo, o que na sociedade pós-moderna toma proporções de maior escala, justamente em razão do aparecimento de realidades que até então não existiam ou não eram típicas de determinada localidade. Segundo GIORGI, a sociedade do risco “[...] forma-se a partir da incompetência dos sistemas sociais na promessa de segurança, consistente na incapacidade de controlar as ameaças originadas das decisões [...]” (DE GIORGI, 1998, p. 198). No entender de Niklas Luhmann, externado por Cláudio Rogério Sousa Lira (2015),

[...] os riscos têm origem identificada nas decisões dos homens e das organizações. Isso se explica em razão da comunicação que ocorre sobre o plano de uma realidade absolutamente normal e plausível, na medida em que o futuro depende das decisões que são tomadas no presente e que, uma vez executadas, não podem mais reverter. (LIRA, 2015, p. 80).

Em complemento, no que diz respeito à insegurança trazida à baila por Raffaele De Giorgi nas linhas acima transcritas, insta destacar que é no mesmo sentido o entendimento de Lira, quando refere que

[...] o contexto de insegurança do país apresenta tanto um cenário de riscos típicos de países desenvolvidos como características de ameaças sociais próprias de sociedades em desenvolvimento, ou, se preferir termo mais adequado, de países pobres pertencentes ao chamado Terceiro mundo (LIRA, 2015, p. 79).

Isso se deve ao fato de que a sociedade pós-industrial, também trazida por Silva Sánchez como “sociedade do risco” é “[...] uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como sociedade de ‘objetiva’ insegurança [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 30). Isso porque, a infinidade de informações disponibilizadas a todo instante para os

indivíduos faz com que haja a sensação de deslocamento e ausência de uma referência a ser seguida.

Silva Sánchez refere sabiamente três aspectos concretos que podem ilustrar essa ideia. Em primeiro lugar, o autor aponta o aspecto da aceleração, isso porque “[...] depois da revolução dos transportes, a atual revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 33), referindo-se à sensação de insegurança.

Em segundo lugar, ressalta que à sensação de insegurança soma-se a “[...] dificuldade de obter uma autêntica *informação* fidedigna em uma sociedade – a da economia do conhecimento – caracterizada pela avalanche de informações [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 34).

Como último aspecto, o autor salienta que a aceleração da técnica gerou uma aceleração geral da vida, objetivamente falando, de tal sorte que é possível afirmar que “[...] a lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 34). Ocorre que essa extrema exigência acaba por transgredir toda a estrutura psíquica do sujeito, provocando grande instabilidade emocional e, por consequência, relações humanas deficitárias.

É importante mencionar que os aspectos supracitados são características fundadoras do denominado “individualismo das massas”. Sobre esse ponto, Barcellona, *apud* Silva Sánchez sabiamente doutrina que

[...] De fato, não deixa de ser intranquilizador o manifesto paradoxo de que o incremento da interdependência social tenha lugar no contexto de uma sociedade de massas na qual se experimenta uma “dessolidarização” estrutural, com o patente retorno ao privado segundo critérios de interesse individual. (BARCELLONA, 1992, p.112, 121-123 *apud* SILVA SÁNCHEZ, 2002, p 35).

Nesse sentido, pode-se afirmar sem medo que o modo social hoje dominante é o do individualismo de massas. Souza *apud* Silva Sánchez ressalta que “[...] a sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses [...]” (SOUZA 1999, p. 321 *apud* SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 35).

Em decorrência disso, não há como negar a relação direta entre a sensação social geral de insegurança com as transgressões de conduta geradas por esse fenômeno. Na sociedade pós moderna, sendo “[...] marcada por características distintas, como pluri-identidade, multiculturalidade, globalidade, dentre outras, a tarefa do legislador em normatizar condutas penais não é simples [...]” (LIRA, 2015, p. 75).

Isso se verifica pois, conforme o mesmo autor, diante do fenômeno da globalização, deve o legislador sondar o risco na sociedade e analisar “[...] se eles devem ser objeto da intervenção do Direito Penal, como forma de prevenção/eliminação de condutas indesejadas pela sociedade [...]” (LIRA, 2015, p. 76).

Ademais, o Brasil está submerso neste cenário de novos riscos oriundos da interligação entre as sociedades, porquanto é atingido diretamente tanto por riscos característicos de países desenvolvidos como também por riscos que tem maior recorrência em países em desenvolvimento. Exemplo disso é o desenvolvimento econômico, que “[...] produz riscos como poluição ambiental, contaminação por produtos químicos, e tantas outras ameaças típicas de sociedades industrializadas [...]” (LIRA, 2015, p. 82). Por outro lado, “[...] no que tange aos perigos que permeiam as sociedades em desenvolvimento (ou subdesenvolvidas), a violência se destaca como traço mais marcante [...]” (LIRA, 2015, p. 82).

Com efeito, à medida em que o legislador se ocupa em criminalizar condutas que ameaçam os novos bens jurídicos (preceito primário), também deve tratar de maneira clara sobre as suas sanções (preceito secundário). Ademais, válida é a reflexão sobre o pensamento de Luigi Ferrajoli: “[...] ao *custo da justiça*, que depende das escolhas penais do legislador (...) soma-se um altíssimo custo de injustiças, que depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal.” (FERRAJOLI, 2010, p. 167). Nesse contexto, pode-se dizer que “[...] a ‘luta’ por um direito penal afinado com os fundamentos de um Estado de Direito demonstra que a expansão do Direito Penal deve-se à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesse preexistente [...]” (LIRA, 2015, p. 86).

A geração de novos riscos na pós-modernidade acaba por desencadear a modernização e expansão do direito penal, assim denominada por Luís Gracia Martín. Nessa seara, Jesus María Silva Sánchez refere que há uma relação direta

entre a globalização econômica, a integração supranacional e a delinquência. Além disso, juntamente com a globalização econômica, observa-se a globalização das comunicações, ocorrida a partir da evolução da técnica, anteriormente abordada. Salienta o autor que “[...] os fenômenos da globalização econômica e a integração supranacional têm um duplo efeito sobre a delinquência [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 79-80), isso porque

[...] por um lado (...) dão lugar a que determinadas condutas tradicionalmente contempladas como delitivas devam deixar de sê-lo, pois o contrário se converteria em um obstáculo às próprias finalidades perseguidas com a globalização e a integração supranacional (...) Mas, por outro lado, os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos [...] (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 79-80).

No tocante ao tema, ressalta-se que o direito penal da pré-modernidade já não se constituía mais em norte para a atuação legislativa na área penal, pois ficava detido ao combate de emergências. É importante destacar que Zaffaroni refere que tais emergências são “[...] ameaças à própria sobrevivência da humanidade ou da sociedade, que assumiam o caráter de guerras e, por conseguinte, reduziam o direito penal ao direito administrativo e as penas à coerção direta [...]” (ZAFFARONI, 2011, p. 170).

A tendência que se apresenta é de que, nas últimas décadas, ao invés de se consolidar a ideia de *ultima ratio* do direito penal, cada vez mais se caminha em sentido oposto: o de criminalização de condutas que não possuem grau de lesividade tamanho para ensejar o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado, convertendo a função do direito penal como *prima ratio*, ou *sola ratio*, como observa Feijoo Sanchez. Nesse sentido, Silva Sánchez aponta que o direito penal está “administrativizado” (FEIJOO SANCHEZ, 2001; SILVA SÁNCHEZ, 2002).

De modo prévio, é importante tecer algumas considerações sobre a distinção teórica e os fins a que se propõem as áreas do direito penal e do direito administrativo. Silva Sánchez afirma que as doutrinas clássicas diferenciavam o ilícito penal e o administrativo “[...] atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 115). Por outro lado, “[...] foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo,

segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 115).

Ocorre que o mesmo autor sustenta que a distinção entre o direito penal e o direito administrativo bem como as limitações da sua atuação não deve considerar somente a perfectibilização da lesão ao bem jurídico, mas também “[...] os critérios desde os quais se contempla, os critérios de imputação desse injusto e as garantias de diverso signo (formais e materiais) que rodeiam a imposição de sanções ao mesmo [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 116).

Nessa seara, é importante voltar aos conceitos basilares e à função de ambas as áreas. Quanto à finalidade do direito penal, Capez refere que “[...] é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social [...]” (CAPEZ, 2010, p. 19).

Além de selecionar comportamentos, os quais, posteriormente, no processo legislativo, constituirão o preceito básico, também é função do direito penal o de “[...] descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação [...]” (CAPEZ, 2010, p. 19).

Por outro lado, no que tange à finalidade do direito administrativo, Bernardo Feijoo Sanchez delimita que “[...] os fins do direito administrativo são estritamente preventivo-instrumentais numa perspectiva social ou global, sem a necessidade de justificar individualmente a lesividade social da conduta (o injusto material) [...]” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 41). Justamente por isso, é que “[...] as infrações de perigo abstrato são perfeitamente compatíveis com os fins deste ramo do direito sancionatório.” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 41).

Posto isso, considerando a conceituação de ambas as áreas do direito (penal e administrativo), pode-se afirmar que não pode o direito penal ser requisitado como forma de fazer cumprir o que se entende por normas de civilidade. É dizer que “[...] o injusto penal tem que ir mais além da mera desobediência administrativa e implicar um *plus* que justifique a pena [...]” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 40). Isso porque, “[...] quando se trata somente de manter a vigência formal de normas as quais, estatisticamente, se comprovam que são úteis para a prevenção de lesões de bens jurídicos, não cabe intervir com penas [...]” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 40). Em

apertada síntese, Silva Sánchez nos esclarece que a distinção entre ambas as áreas reside na

[...] finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o administrativo-sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de lesividade) [...] (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 150).

Em outras palavras, Jesús-Maria Silva Sánchez refere que a “administrativização” do direito penal, como consectário lógico da expansão do direito penal nas sociedades modernas, implica inevitavelmente no fenômeno de que a “[...] introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo ‘delito de lesão de bens individuais’ ao modelo ‘delito de perigo’ (presumido) [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 113).

A partir disso, Feijoo Sanchez destaca que a Escola de Frankfurt considera que o direito penal restou travestido numa função preventiva e não retributiva à transgressão de um tipo penal, tornando-o um “[...] instrumento de transformação social através da funcionalização dos bens jurídicos (criando novos bens jurídicos distintos dos tradicionais) [...]” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 32). Ademais, tal escola aponta que, ao lado do direito penal clássico, que tem por finalidade a proteção de bens jurídicos, “[...] tem surgido um direito penal qualitativamente distinto relacionado não com a proteção de bens jurídicos pessoais, mas com a condução de grandes processos sociais (...), isso de maneira preventiva.” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 32).

Dessa maneira, verifica-se uma inversão na causa que provoca a intervenção penal, porquanto “[...] o Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’ [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 114). Sobre o assunto, o autor observa que

[...] pode-se afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais o assumir, em ampla medida, a forma de raciocínio tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de 'administrativização' em que, em nosso juízo, está imerso o direito penal. Isto poderia ser levado ainda mais longe: afirmando não só que o direito penal assume o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório, mas também que se converte, inclusive, em um direito de gestão ordinária de problemas sociais. (SÍLVA SÁNCHEZ, 2001, p. 130).

Alguns autores sustentam que “[...] a administrativização do direito penal deve ser tratada como uma patologia que desnaturaliza as características essenciais do direito penal, implicando, portanto, uma utilização ilegítima da pena [...]” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 39). Contudo, não há problema algum em afirmar que “[...] o direito penal pode atender às novas necessidades sociais sempre que não se desvirtuem ou desnaturalizem suas funções, bem como o papel que deve desempenhar legitimamente a pena estatal [...]” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 39). Isso porque o

[...] o direito penal, como instrumento de controle social de uma determinada sociedade, não pode ser impermeável nem às novas situações que os avanços técnicos vão configurando, nem à existência de interesses coletivos relacionados com o papel social e intervencionista do Estado [...] (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 37).

Também é nessa linha de pensamento a doutrina de Claus Roxin, quando fala acerca dos fins do direito penal:

[...] El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio sistemático perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia. Y esto último es lo que debemos mostrar un instrumento, si quiere ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado [...] (ROXIN, 2002, p. 23).

Nesse contexto de críticas acerca da expansão pela qual passa o direito penal, Feijoo Sanchez refere que o pensamento disseminado pela escola de Frankfurt consiste em críticas globais, que não abordam de forma pormenorizada aspectos específicos do fenômeno em comento, descrevendo detalhadamente o que geraria grande prejuízo. Assim, “[...] não tem sentido deslegitimar todas as normas penais que tenham a ver com as novas características sociais como uma

desvirtuação do autêntico direito penal, mas denunciar as situações concretas em que se está fazendo uso ilegítimo da pena [...]” (FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 38).

Ainda sobre o fenômeno do direito penal moderno, é importante destacar que Jesús-María Silva Sánchez se posiciona de modo parcialmente contrário à denominada ‘modernização’ que modifica o Direito penal atualmente, “[...] sob o fundamento de que há uma contradição na expansão à medida que se propugna a flexibilização da norma penal em relação a alguns delitos, mas não se relativiza, na mesma proporção, a pena privativa da liberdade [...]” (LIRA, 2015, p. 87).

Nesse sentido também é a construção teórica realizada por Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. Tais doutrinadores afirmam que

[...] o ponto de partida de qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se a «expansão» do ordenamento penal, está, efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas [...] (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 76).

Em prosseguimento, há duas linhas de pensamento que se manifestam acerca da expansão do direito penal que são externadas por Silva Sánchez. De um lado, “[...] há quem advogue pela volta ao Direito Penal liberal, um direito concentrado na proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 177). Contudo, é de se registrar que essa ideia vai de encontro a certos princípios de organização social e atuação rígida estatal, como havia na época. De outro lado, Silva Sánchez também assinala um posicionamento que é no sentido de que tudo o que foi abarcado pela expansionismo do direito penal, deveria ser redirecionado ao direito administrativo.

O mesmo autor ressalta, por fim, a imprescindibilidade da realização de uma análise dos motivos que deram origem ao fenômeno tratado neste capítulo, de tal sorte que possibilite o pensamento de uma proposta que possa ser implementada de forma mais realista e racionalizada para atender as demandas sociais, notadamente aquelas de proteção penal.

1.2 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E A TEORIA GARANTISTA

Em prosseguimento, a linha de raciocínio adotado por Silva Sánchez “[...] é a direta relação existente entre as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação [...]” Nessa seara, “[...] certamente o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 181). Sendo assim, é imprescindível destacar que

[...] é precisamente porque com a pena se pode incidir em direitos fundamentais do indivíduo que se dedica um cidadão particular a definição dos pressupostos de sua aplicação, seja em fase geral e abstrata – a previsão legislativa –, seja em fase individual e concreta – o juízo individual. (MOCCIA, 1992, p. 19 *apud* SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 179)

Assim, “[...] considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão [...]” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 186). Em consequência disso, o mesmo autor doutrina que deve haver uma lógica proporcional, no sentido de que, para aquelas infrações em que seja admitida a flexibilização de garantias processuais, não seja aplicada a pena privativa de liberdade. De outro lado, para aquelas infrações cuja pena cominada é a de privação de liberdade, que seja mantido todo o rigor que merece um processo que tem por escopo a restrição de um direito fundamental, que é, *in casu*, a liberdade do indivíduo. Cesare Beccaria sustenta que deve haver cautela na criminalização de condutas e nas penas cominadas, porquanto

[...] é muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas; porque, embora uma crueldade industriosa tenha multiplicado as espécies de tormentos, nenhum suplício pode ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e organização do corpo do homem. Além desses limites, se surgirem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas bastante cruéis? [...] (BECCARIA, 2015, p. 55).

Ainda, Ferrajoli afirma que “[...] o fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 366). Nesse sentido, verifica-se que é imperioso que haja a referida proporcionalidade que tanto se clama. Isso porque “[...]”

se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso [...]”, exemplifica Beccaria, de tal sorte que a desproporção entre a conduta praticada e a sanção aplicada irá ocasionar séria e notória contradição (BECCARIA, 2015, p. 72).

De mais a mais, Jesús-María Silva Sánchez classificou o direito penal em sua construção doutrinária no que se convencionou chamar de três velocidades. Pode-se dizer que as velocidades do direito penal são conceituadas como sendo o “[...] tempo em que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, sendo mais ou menos grave [...]” (JUNIOR; DE LAZARI, 2017, p. 390) .

A primeira velocidade é definida por Silva Sánchez como sendo norteadada pela pena de privação de liberdade, “[...] na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais [...]” (SILVA SÁNCHEZ , 2011, p. 193).

Na segunda velocidade, o direito penal seria direcionado para “[...] os casos em que, por não tratar-se já de prisão, se não de penas privativas de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção [...]” (SILVA SÁNCHEZ , 2011, p. 193). Ademais, a segunda velocidade permitiria, em tese,

[...] a flexibilização, de forma proporcional, de garantias penais e processuais penais, porém fundamentada na certeza da adoção de medidas alternativas à prisão, ou seja, flexibiliza-se garantias devido ao fato de que não haverá a aplicação de pena privativa de liberdade, mas sim penas alternativas, como restritivas de direitos e pecuniárias [...] (JUNIOR; DE LAZARI, 2017, p. 12).

A terceira velocidade do direito penal foi denominada pelo mesmo autor de “direito penal do inimigo”, última classificação do direito penal moderno, em que ocorre uma “[...] ampla relativização de garantias político criminais, regras de imputação e critérios processuais [...]” (SILVA SÁNCHEZ , 2011, p. 193), porém, não ocorre a flexibilização da pena de prisão na mesma medida, criando uma lógica destoante entre o injusto praticado, o preceito secundário e o regime de cumprimento aplicado.

O direito penal do inimigo, como se convencionou chamar a terceira velocidade do direito penal, tem ganhado cada vez mais adeptos no mundo todo, notadamente após inúmeros ataques terroristas que ameaçam a paz e a segurança internacionais, como “[...] o atentado terrorista de 11 de setembro ao World Trade Center, os atentados terroristas em Madrid e Londres, ocorridos respectivamente em 11 de Março de 2004 e 07 de julho de 2005 e por fim o atentado a cidade de Paris em 13 de novembro de 2015 [...]” (JUNIOR; DE LAZARI, 2017, p. 391).

Dessa maneira, é importante salientar que, na terceira velocidade do direito penal, a sociedade “[...] ‘irrita’ o Sistema do Direito, sobretudo a racionalidade legislativa, exigindo um adiantamento da punibilidade, o exasperamento das penas cominadas e a flexibilização, ou mesmo a supressão de garantias processuais [...]” (LIRA, 2015, p. 95). Nesse mesma seara, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2015), sustentam que

[...] o conceito de Direito Penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal presente nas legislações positivas: por um lado, a função da pena neste setor, que difere da do Direito Penal «verdadeiro»; por outro lado, como consequência do anterior, a falta de orientação com base no princípio do Direito Penal do fato. (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 89).

Igualmente, verifica-se a caracterização de um direito penal do autor, na medida em que o Estado se volta contra o indivíduo que veio a delinquir, excluindo-o de toda forma do convívio social. Nesse sentido, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá referem que

[...] a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do inimigo, ou, dito de outro modo, o direito penal do inimigo constitui uma nova fase evolutiva sintética destas duas linhas de desenvolvimento [...] (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 60).

Entende-se que, “[...] quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo [...]” (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 47) sob o pretexto de defesa do “[...] legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele

que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído [...]” (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 47).

Assim, como já explicitado, ocorre uma punição do autor, em razão de sua periculosidade (pela ameaça futura que sua pessoa representa) e não em razão de sua culpabilidade (pelo fato delituoso cometido), medida que vai contra as premissas do direito penal do autor, da teoria do garantismo penal e do Estado Democrático de Direito.

Como contraponto ao direito penal do inimigo, assim denominada a terceira velocidade do direito penal, existe a teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli. A doutrina garantista conquistou espaço e relevância no Brasil principalmente na segunda metade da década de 80, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A prevenção das condutas criminosas implementada pelo Estado brasileiro deve ser realizada com a observância dos direitos constitucionais assegurados a todos aqueles que são investigados ou processados pelo Estado. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro assegura aos litigantes e aos acusados em geral uma série de direitos fundamentais elencados no art. 5º da CRFB, a exemplo da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), da indisponibilidade, da obrigatoriedade, dentre outros, que formam o devido processo penal.

O termo “garantismo”, segundo Luigi Ferrajoli (2010), tido “[...] como parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, é, na prática, largamente desatendido [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 785) principalmente quando se leva em conta as práticas cotidianas das instituições em geral.

Ferrajoli (2010) elenca 03 (três) acepções para esse termo. A primeira, dá conta do garantismo como um modelo normativo de direito (principalmente o direito penal) de estrita legalidade, estruturado sob 03 (três) planos: o epistemológico, o político e o jurídico. Nesse sentido,

[...] sob o o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cignitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente [...] (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

Na segunda acepção, o autor destaca a contradição existente entre a vigência normativa evidentemente garantista e a não implementação ou operacionalização de tais previsões, gerando práticas “antigarantistas”. Assim, o segundo significado da palavra, segundo Ferrajoli, consiste em “[...] uma *teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas (...) Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ *no* direito; [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

Por fim, em seu terceiro significado, o termo “garantismo” “[...] designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 787). Assim, pressupõe-se a “[...] separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista externo e valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ *do* direito [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 787).

Em prosseguimento, Douglas Fischer complementa que a definição do garantismo vai muito além da legalidade estrita, pois incorpora as premissas de um Estado Social e Democrático, na medida em que

[...] ao tempo em que *também* o investigado ou réu não pode ser mais visto como *um objeto* na instrução processual, e sim como um *sujeito de* direitos (referido aqui unicamente por esse prisma *inicial* do *garantismo*), a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão *positivista* tradicional e *ilustrada* – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo [...] (FISCHER; CALABRICH; PELELLA, 2015, p. 31).

O precursor da teoria garantista, Luigi Ferrajoli, desenvolveu 10 (dez) axiomas que são tidos como premissas que devem ser obedecidas e garantidas a todos aqueles que, de alguma maneira, são investigados ou processados pelo Estado, como pressupostos para a responsabilização penal do sujeito e “[...] como o conjunto de condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 90). Dessa maneira, “[...] tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 90). Os axiomas garantistas

[...] não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Trata-se, em outras palavras, de *implicações deônticas*, normativas ou de dever ser [...] (FERRAJOLI, 2010, p. 90)

Ferrajoli elenca os axiomas na seguinte ordem: o primeiro axioma (A1) é definido pela expressão *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime) que faz referência ao princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito. O segundo axioma (A2) é definido pela expressão *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), referindo-se ao princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito. O terceiro axioma (A3) consiste na expressão *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade), dando conta do princípio da necessidade ou da economia do direito penal. O quarto axioma (A4) é externado na expressão *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa a bem jurídico), referindo-se ao princípio penal da lesividade ou ofensividade. O quinto axioma do garantismo (A5) é a *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem ação), em atenção ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.

Além destes, o sexto axioma (A6) consiste na *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), em referência ao princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal do sujeito. O sétimo axioma garantista (A7) é a *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), fazendo relação com o princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito. O oitavo axioma (A8) se constitui na expressão *Nulla iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação), em atendimento ao princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. Ainda, o axioma nove (A9) é a *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova), referindo-se ao princípio do ônus da prova ou da verificação. E, por fim, o décimo axioma do garantismo (A10) é externado na expressão *Nulla probatio sine defensione*, dando conta do princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade. O autor refere que “[...] estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

Por fim, é de se registrar que há duas linhas por meio das quais o Direito Penal promove a regulação social. Na primeira, “[...] o tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade [...]” (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 36), consistente no sistema garantista, e, de outra maneira, “[...] o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate sua periculosidade [...]” (JAKOBS; MELIÁ, 2015, p. 36), definindo o direito penal do inimigo.

1.3 OS SISTEMAS PENAIIS: ACUSATÓRIO X INQUISITÓRIO

Relevante realizar um breve apanhado teórico acerca do sistema penal acusatório e do sistema penal inquisitório em razão da compatibilidade que deve haver entre o sistema penal vigente e as premissas do Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, quanto ao sistema inquisitório, ressalta-se que “[...] tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assumia assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor [...]” (LIMA, 2017, p. 38), o que evidentemente é incompatível com o princípio da imparcialidade, “[...] afinal, o juiz que atua como acusador, fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento [...]” (LIMA, 2017, p. 38).

Em tais circunstâncias, é inviável o exercício do devido processo legal, assim entendido como o contraditório e a ampla defesa do acusado, porquanto a figura do acusador tem interesse direto na condenação do sujeito, de tal sorte que “[...] a gestão das provas estava concentrava, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que quisesse [...]” (LIMA, 2017, p. 39). Em apertada síntese, Renato Brasileiro destaca que

[...] podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerando mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção

de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual [...] (LIMA, 2017, p. 39).

Assim, verifica-se que o sistema inquisitorial é contrário não só à teoria garantista mas à todo o modelo jurídico vigente, na medida em que “[...] o réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução [...]” (CAPEZ, 2016, p. 119). Ademais, “[...] sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8, n 1) [...]” (LIMA, 2017, p. 39).

É importante referenciar que a definição do sistema processual vigente, segundo Pacelli deve levar em conta a atuação do juiz dentro do processo. Dessa maneira, considerando que não há processo no curso do inquérito policial, não haveria que se falar em sistema misto. Inclusive, Pacelli observa que

[...] somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro. A atuação judicial na fase de inquérito há de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas. (PACELLI, 2017, p. 21).

O mesmo autor refere que, muito embora o sistema vigente no Brasil seja o acusatório, o Código de Processo Penal possui características claramente inquisitivas trazidas do seu texto original. A esse respeito, é importante destacar que o STF, no julgamento do HC nº 82.507/SE já decidiu “[...] pela impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente [...]” (BRASIL, 2002, p. 92).

Ressalta-se que “[...] deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público [...]” (LIMA, 2017, p. 40), isso porque “[...] não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição [...]” (PACELLI, 2017, p. 20).

Inclusive, segundo a compreensão de Eugênio Pacelli, “[...] no sistema acusatório, além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e

investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação [...]” (PACELLI, 2017, p. 19). Assim, contrariamente ao sistema inquisitório, o sistema acusatório é conceituado por Ferrajoli, como sendo

[...] todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção [...] (FERRAJOLI, 2010, p. 520).

Ademais, ficou evidenciado na ementa do Agravo Regimental no Inquérito 2.913/MT, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que o sistema penal acusatório, “[...] mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um ‘magistrado de garantias’, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público [...]” (BRASIL, 2012, p. 01).

Renato Brasileiro, por sua vez, sustenta que “[...] no sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais [...]” (LIMA, 2017, p. 40). Assim, apesar das críticas ao sistema acusatório, Aury Lopes Junior coloca de uma maneira positiva a impossibilidade de o juiz proceder *ex officio* a produção probatória, pois “[...] frente à imposta inércia do julgador, produz-se um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos [...]” (LOPES JUNIOR, 2018, p. 178). Em apertada síntese,

[...] é a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual [...] (LOPES JUNIOR, 2018, p. 179).

Por fim, devidamente apontadas as principais diferenças entre os sistemas acusatório e inquisitório, é de se registrar, como fechamento que “[...] o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais [...]” (LOPES JUNIOR, 2018, p. 174). E, por outro lado, “[...] predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a

liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática [...]” (LOPES JUNIOR, 2018, p. 178).

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro e toda a gama legislativa desenvolvida foi fortemente influenciado pelo direito lusitano, o que se pode verificar nas Ordenações Manuelinas, de 1514, muito embora já tenha sido citado previamente, quando da vigência das Ordenações Afonsinas, em 1447 (MAZZILI, 1991), tanto no período colonial, como no período imperial, até a superveniência da república. Pode-se dizer que a criação de um órgão autônomo que, mais tarde, originaria o Ministério Público tal como hoje conhecemos ocorreu no final da era do medievo e início do Estado Moderno, como forma de retirar o poder excessivo da figura do monarca (JÚNIOR; DE LAZARI, 2017).

É importante destacar que a evolução institucional do Ministério Público enquanto órgão ocorreu paulatinamente. Ademais, seu aparecimento nos textos constitucionais é irregular, considerando as constantes alterações entre regimes de governo democráticos e regimes autoritários.

Neste capítulo, será realizada uma breve abordagem acerca da origem do Ministério Público brasileiro, bem como o tratamento destinado à instituição nas várias constituições brasileiras, desde a época imperial. Além disso, será apresentada a discussão acerca da legitimidade investigativa do ente ministerial e o posicionamento jurisprudencial acerca desse assunto polêmico que divide a doutrina penalista e constitucionalista.

2.1 DA ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA DISPOSIÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

Inicialmente, destaca-se que a Constituição do Império de 1824 ainda não havia tratado do órgão na forma de instituição. Já a Constituição Federal de 1934 foi a Constituição que institucionalizou o Ministério Público, dedicando-lhe referência expressa no texto legal e incluída no Capítulo VI, que dispunha a respeito “Dos Órgãos de Cooperação”, juntamente com o Tribunal de Contas e com os Conselhos Técnicos (POLETTI, 2012).

Em contrapartida, analisando os artigos 99 e 105 da Constituição de 1937, pode-se perceber que não há menção expressa ao Ministério Público, apenas ao Procurador-Geral da República e ao quinto constitucional (PORTO, 2012, p. 76).

Contudo, foi sob a égide da CF de 1937 que ocorreu a decretação do Código de Processo Penal, em 1941. Com esse acontecimento, “[...] o Ministério Público conquistou o poder de requisição de inquérito policial e diligências, passando a ser regra sua titularidade na promoção da ação penal.” (MAZZILLI, 1991, p. 43).

O Órgão ministerial reaparece na Constituição de 1946 (Capítulo IV, Título III, artigos 125 ao 128), como órgão autônomo, regulado pelos artigos 125 ao 128, do que se depreende que não mais havia sua vinculação aos demais poderes. Com a promulgação da referida constituição, “[...] todos os membros do Ministério Público nacional adquiriram os requisitos de estabilidade e inamovibilidade, começando a brotar uma consciência nacional em torno da instituição.” (MAZZILLI, 1991, p. 44).

Já na Constituição de 1967, houve significativa redução da autonomia do Ministério Público, tanto que o ente ministerial é mencionado no capítulo que trata do Poder Judiciário, o que dá conta de que, à época, o Ministério Público seria parte integrante do Poder Judiciário e, apenas posteriormente, teria a ele reservado novamente capítulo específico na Constituição Federal. A inserção do Ministério Público no ordenamento jurídico decorrente do golpe militar de 1964 é bem descrita por Mazzilli:

Com a ruptura do ordenamento jurídico, advinda do golpe militar de 1964, pouco mais de dois anos após, o Congresso Nacional foi transformado por ato institucional em assembleia constituinte limitada. Em 24 de janeiro de 1967, promulgou-se nova Constituição, cujos arts. 137 a 139 colocaram a instituição do Ministério Público como Seção no Capítulo do Poder Judiciário. (MAZZILLI, 1991, p. 51).

Além disso, é importante frisar que a Constituição Federal de 1967 foi modificada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Analisando o texto da dita emenda, verifica-se que o órgão ministerial foi deslocado para o Capítulo VII, que tratava sobre o poder Executivo. Os artigos 94 ao 96 dispuseram brevemente sobre as chefias do Ministério Público, bem como a forma de ingresso e as garantias asseguradas aos membros, tendo permanecido desta maneira por mais de uma década (BRASIL, 1967).

Por fim, foi com a Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito que o Ministério Público recebeu especial destaque. Fábio José Kerche Nunes sabiamente explica que o ente ministerial,

[...] antes de 1988, tratava-se de uma instituição ligada ao Executivo, responsável principalmente pela ação penal pública junto aos tribunais. Após a Constituição de 1988, o Ministério Público passa a ser independente de todos os Poderes de Estado e detentor de atribuições extremamente reforçadas de representante da sociedade, inclusive para questões coletivas de fundo civil, através da ação civil pública. (NUNES; SADEK, 2010, p. 108).

A função institucional do Ministério Público positivada na Constituição Federal de 1988 excedeu a seara da *persecutio criminis*, dando conta de inúmeras outras matérias de grande relevância social. O constituinte de 1988 descreveu o *Parquet*, no artigo 127, *caput*, como sendo “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (BRASIL, 1988).

Os princípios institucionais que o regem consistem na unidade, na indivisibilidade e na independência funcional, explícitos no artigo 127, §1º, da Constituição Federal de 1988. Segundo Canotilho, quando se fala em unidade, significa dizer que o Ministério Público “[...] compõe um só corpo institucional orientado para o interesse público e bem comum, da nação *pro populo* e não do Estado *pro domo sua*.” (CANOTILHO, 2013, p. 1521).

Nas palavras do mesmo autor, é do princípio da unidade que “[...] decorre a sua indivisibilidade ou substituição de seus membros uns pelos outros. Quando atua um integrante da instituição é a instituição inteira que se manifesta.” (CANOTILHO, 2013, p. 1521). Nesse contexto, pode-se afirmar que não há um Ministério Público superior ao outro, pois todos representam uma só instituição (CANOTILHO, 2013).

Ademais, além dos princípios da unidade e da indivisibilidade, o ente ministerial também é dotado de independência funcional. O princípio da independência funcional preceitua que o Ministério Público não está subordinado a nenhum dos 03 (três) poderes do Estado (executivo, legislativo ou judiciário). Possui, portanto, liberdade para exercer suas funções institucionais, como bem doutrina Marcelo Novelino (2014):

[...] O princípio da independência funcional deve ser compreendido em dois aspectos. Em relação à instituição, a Lei Maior assegurou uma série de garantias e prerrogativas visando à preservação de sua independência, de modo a evitar pressões e interferências de ordem externa. No tocante aos seus membros, assegura a liberdade para o exercício de suas funções, impedindo uma subordinação que não seja à Constituição, às leis ou à sua própria consciência. Em que pese o fato de estarem submetidos a uma chefia única, o que indica uma hierarquia administrativa em relação ao Procurador-Geral, não existe subordinação funcional dos membros do

Ministério Público, devendo ser afastada qualquer hipótese de ingerência em sua atividade processual. As recomendações emanadas dos órgãos superiores, quando relacionadas ao exercício de sua atividade processual, não possuem um caráter vinculante [...] (NOVELINO, 2014, p. 818).

Importante ressaltar que o constituinte de 1988 escolheu destinar ao Ministério Público a responsabilidade em realizar o controle externo da atividade policial, na forma do artigo 129, inciso VII, da CRBF. O controle externo restou regulamentado pela Lei Complementar 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Depreende-se do artigo 3º da referida Lei Complementar que, dentre as várias finalidades da realização do controle externo, está elencado o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei.

Além disso, busca-se também a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder, a garantia da indisponibilidade da persecução penal e a afirmação da competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Ao analisar as finalidades acima elencadas, a justificativa para o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público poderia ser sintetizada em dois principais fundamentos: a titularidade da ação penal (garantia de eficiência) e a sua função mais geral decorrente da obrigação constitucional de o Ministério Público fiscalizar a legalidade e proteger o sistema de direitos fundamentais, evitando abusos (ÁVILA, 2014, p. 568). A salvaguarda das garantias do investigado pelo Estado será objeto de fundamentação nas próximas linhas.

2.2 DA LEGITIMIDADE INVESTIGATIVA CRIMINAL: POLÍCIA JUDICIÁRIA E MINISTÉRIO PÚBLICO

As disposições que tratam sobre a Segurança Pública, bem como sobre as polícias e suas respectivas atribuições se encontram no Capítulo III, artigo 144 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil. Conforme Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Fernanda Bestetti de Vasconcellos, no “[...] modelo adotado pela Constituição de 88, há uma divisão do ciclo policial, sendo uma polícia

militarizada a responsável pelo policiamento ostensivo e outra, judiciária, encarregada da investigação criminal [...]” (AZEVEDO; VASCONCELLOS, 2011, p. 65).

Além dessa divisão entre duas polícias assinalada por Azevedo e Vasconcellos, Palazzolo observa que os ramos da atividade policial são divididos entre três polícias, e não apenas entre duas, cada qual com suas respectivas atribuições. Dessa maneira, há uma polícia administrativa, que “[...] realiza atos da administração pública não ligados à persecução penal. Por exemplo: Polícia de Trânsito, habilitação de motoristas [...]” (PALAZZOLO, 2007, p. 124).

Além desta, o mesmo autor cita a existência da polícia preventiva e ostensiva, cuja atribuição consiste na atuação prévia à infração penal, por intermédio da presença física dos policiais nas ruas, com o objetivo de coibir a prática delitiva. A polícia ostensiva “[...] por destinação constitucional, é atribuição das Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 144, §5º, primeira parte) [...]” (PALAZZOLO, 2007, p. 124). Por fim, a terceira polícia é a Judiciária, que

[...] é a encarregada dos Inquéritos Policiais, não pertencendo ao Poder Judiciário, mas como órgão do Poder Executivo. Trata-se de Polícia Judiciária, uma vez que esta polícia colabora com a Justiça, realizando os Inquéritos Policiais no âmbito federal, por meio da Polícia Federal, a qual é vinculada ao Ministério da Justiça (CF, art. 144, §1º, IV); nos Estados-Membros e Distrito Federal pelas Polícias Cíveis (CF, art. 144, §4º) [...] (PALAZZOLO, 2007, p. 125).

De modo prévio ao início do processo penal propriamente dito (em sua fase judicial), ocorre uma fase pré-processual, costumeiramente denominada de *fase preliminar*, que tem natureza preparatória do processo penal, destinada a apurar indícios de autoria e materialidade do delito (AZEVEDO; VASCONCELLOS, 2011).

É importante destacar que a fase preliminar (ou investigação preliminar), pode ser iniciada *ex officio* ou por meio do que se chama *notitia criminis*, que ocorre quando chega ao conhecimento de determinado órgão público a notícia de determinado fato delituoso.

Contudo, como doutrina Aury Lopes Jr., não existe, na *notitia criminis*, “[...] o exercício de uma pretensão acusatória (através da ação penal). Tampouco existem partes, senão meros sujeitos [...]” (LOPES JUNIOR, 2018, p. 94), o que torna evidente o caráter inquisitivo preponderante no inquérito policial, em que não há a presença do contraditório, mas mera colheita de elementos de informação que

posteriormente serão objeto de análise judicial em eventual ação penal decorrente destes.

Dessa forma, considerando que não há litígio no inquérito policial em razão de seu caráter inquisitivo, não haveria, em tese, violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). O teor do referido dispositivo legal é o seguinte: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]” (BRASIL, 1988). Palazzolo conceitua lide penal como sendo “[...] o conflito existente entre o interesse punitivo do Estado *versus* o interesse de liberdade e dignidade do réu. Tanto o *status libertatis* e o *status dignitatis* ficam em jogo [...]” (PALAZZOLO, 2007, p. 132), definição que não encontra guarita no contexto do inquérito.

De mais a mais, pode-se dizer que “[...] a investigação preliminar pode ser considerada um *inter*, uma situação intermediária que serve de elo entre a *notitia criminis* e o processo penal.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 96). Além disso, ressalta-se que essa fase investigatória é dotada de duas características determinantes: a autonomia e a instrumentalidade. A autonomia da investigação preliminar significa que “[...] o processo penal, em teoria, pode prescindir da investigação preliminar. Mas a investigação preliminar existe para o processo. Não obstante, pode não existir o processo, mas, sim, a investigação preliminar [...]” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 95). Nesse sentido:

A autonomia manifesta-se com toda sua amplitude nos casos em que o processo penal se inicia sem prévia investigação preliminar, o que supõe um sistema jurídico que contemple a instrução prévia com caráter facultativo (como no caso do inquérito policial), e também naqueles em que a investigação preliminar não dá origem ao processo penal. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 96).

Em prosseguimento, tem-se o princípio da instrumentalidade da investigação preliminar. Em apertada síntese, pode-se dizer que o processo “[...] é um meio para chegar à satisfação jurídica da pretensão acusatória, à pena e ao justo reparo judicial [...]” Ocorre que a fase prévia não busca satisfazer uma pretensão, mas sim averiguar se há elementos mínimos para eventual ajuizamento de denúncia (nos crimes de ação penal pública) ou queixa crime (nos crimes de ação penal privada), de tal sorte que, novamente, fica manifestada sua instrumentalidade. Nesse sentido, Aury Lopes Junior destaca que

[...] Em sentido amplo, a investigação serve ao processo nos dois casos: tanto quando se produz a acusação, como, ainda, quando a decisão é pelo não processo (*non procedere*), pois, neste último caso, não só evitará os elevados custos para o Estado, como também impedirá os graves efeitos nocivos que um processo infundado causa ao sujeito passivo. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 97).

A crítica é ampla quando se fala que a investigação pode servir tanto ao processo como também ao “não-processo”. Isso porque o fato de o destinatário final dos elementos de informação da fase preliminar ser a acusação gera a sensação de que “[...] existe uma forte tendência de buscar a todo custo ‘municar’ o titular da ação penal, fazendo com que a instrução seja uma via de mão única [...]”, servindo muito pouco ou quase nada à defesa (LOPES JUNIOR, 2014, p. 97).

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. elenca três principais fundamentos que justificam a imprescindibilidade da realização do inquérito policial, consistentes na busca do fato oculto, na função simbólica de restabelecer a normalidade social e no filtro processual, tendo como objetivo evitar acusações infundadas. Por oportuno, colaciona-se o trecho abaixo, na integralidade:

[...] a) Busca do fato oculto: o crime, na maior parte dos casos, é total ou parcialmente oculto e precisa ser investigado para atingir-se elementos suficientes de autoria e materialidade (*fumus commissi delicti*) para oferecimento da acusação ou justificação do pedido de arquivamento.
b) Função simbólica: a visibilidade da atuação estatal investigatória contribui, no plano simbólico, para o restabelecimento da normalidade social abalada pelo crime, afastando o sentimento de impunidade.
c) Filtro processual: a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa. O processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico. Daí a necessidade de uma investigação preliminar para evitar processos sem suficiente *fumus commissi delicti* [...] (LOPES JUNIOR, 2018, p. 120).

No Brasil, a investigação preliminar é realizada pela polícia judiciária, que a perfectibiliza por intermédio do inquérito policial, conforme preconiza o próprio artigo 4º do CPP. O inquérito policial acaba por constituir “[...] um primeiro juízo do Estado acerca de um evento criminoso, uma vez que a versão ali explicitada tende a ser reproduzida na persecução penal, da denúncia do Ministério Público à formação da convicção pelo juiz [...]” (AZEVEDO; VASCONCELLOS, 2011).

Contudo, é importante destacar que “[...] no âmbito do inquérito, que não ostenta finalidade sancionadora, inexistente qualquer imputação [...]” (FELDENS; SCHMIDT, 2007, p. 14), sendo “[...] procedimento administrativo/investigatório, não se trata de processo, não podendo o Inquérito Policial embasar uma condenação [...]” (PALAZZOLO, 2007, p. 125). Apesar de os elementos colhidos somente na fase policial não poderem, de forma individual, embasar uma sentença condenatória, eles podem corroborar as provas produzidas em juízo, submetidas ao crivo do contraditório judicial e à ampla defesa das partes.

Além disso, o inquérito policial possui grande importância na colheita dos primeiros elementos de informação relativos ao suposto fato delituoso. Nesse sentido, pode-se dizer que “[...] seu caráter administrativo, na prática, toma forma de uma pré-instrução criminal, dominante na etapa judiciária, embora não garantida, na prática, o contraditório e nem as garantias individuais do acusado [...]” (AZEVEDO; VASCONCELLOS, 2011).

De outra banda, insta destacar que, como existe o inquérito policial, existe o inquérito “não policial”, que é delegado para outras autoridades administrativas, conforme se depreende pela leitura do parágrafo único do art. 4º do CPP. Tal dispositivo prevê que “[...] a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função [...]” (BRASIL, 1941).

Da mesma maneira que as investigações preliminares podem ser realizadas pela polícia judiciária, a fase investigatória pode igualmente ser desempenhada pelo Ministério Público, por intermédio da instauração de Procedimento Investigatório Criminal (PIC). O fundamento jurídico que sustenta a possibilidade de investigação unilateralmente pelo Ministério Público encontra amparo, principalmente, na Lei 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) e da Lei Complementar 75/93, assim como do artigo 47 do CPP.

O procedimento investigatório criminal (PIC) não se confunde com o inquérito policial, sendo este de atribuição própria da autoridade policial. No inquérito policial, “[...] todas as informações sobre os delitos públicos são canalizadas para a polícia, que decidirá e estabelecerá qual será a linha de investigação a ser seguida, isto é, que atos e de que forma [...]” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 125). É dizer: a polícia será o órgão encarregado de apurar os indícios da autoria e da materialidade,

averiguando a veracidade das informações prestadas na *notitia criminis* e delimitando a linha investigativa que melhor se amolda ao fato comunicado.

Ademais, é importante salientar que o fato de não haver um acusado propriamente dito no inquérito policial, mas sim um sujeito que está sendo investigado pelo Estado, não pode servir de justificativa para a mitigação de direitos fundamentais

Por outro lado, quando se fala em procedimento investigatório criminal, tem-se que “[...] o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber diretamente a notícia-crime ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 152). Um dos argumentos favoráveis à figura do promotor investigador é que o promotor pode ser concebido como parcial e, ao mesmo tempo, imparcial, pois a grande finalidade é o desejo de atuar com justiça, segundo os critérios legais (LOPES JUNIOR, 2014).

Inclusive, outro argumento favorável ao desempenho da investigação preliminar pelo ente ministerial é que os elementos de informação colhidos em sede policial são, de qualquer maneira, destinados à análise pelo Promotor de Justiça, para que se verifique a configuração (ou não) de crime – entendido, aqui, como fato típico, ilícito e culpável –, para que seja oferecida (ou não) a ação penal. Portanto, ninguém mais conveniente do que o próprio Ministério Público para realizar a investigação do fato. Há algum tempo, era nesse sentido o pensamento de Aury Lopes Jr., externado nas linhas abaixo:

[...] a investigação preliminar é uma atividade preparatória e que deve servir somente para a formação da *opinio delicti* por parte do titular da ação penal pública, isto é, o Ministério Público. Cumpre ao promotor, e a ninguém mais, decidir se deve ou não propor a ação penal e em quais termos. Por isso, a instrução preliminar deve ser uma atividade administrativa – e não judicial – dirigida por e para o promotor. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 154).

Contudo, o mesmo doutrinador, a partir de 2014, passou a se posicionar de forma contrária à investigação preliminar pelo Ministério Público, não estando convencido de sua constitucionalidade. Inclusive, destaca em seu livro que “[...] o convencimento brota para o juiz a partir do confronto entre as partes, do contraste de argumentos e de interesses. Por isso, a imparcialidade do MP não só é infundada com também é molesta [...]” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 162).

Nesse sentido, ressalta que a atuação do Ministério Público não reside na imparcialidade, pois “[...] quanto maior é a parcialidade das partes, mais garantida

está a imparcialidade do juiz, de modo que a pretendida imparcialidade do MP vem de encontro à necessidade natural de sua existência.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 162).

Por outro lado, ainda de modo favorável à condução investigatória pelo ente ministerial, tem-se o pensamento de Juan Luis Gómez Colomer, quando afirma que se otimiza “[...] a fase investigatória a partir do momento em que o próprio órgão interessado na acusação delimita e cerca o objeto sobre o qual recairão as diligências probatórias [...]” (COLOMER, 1996, p. 467 *apud* LOPES JUNIOR, 2014, p. 154), isso porque “[...] se o que se pretende é verificar se existem indícios suficientes para acusar, tal tarefa deve estar a cargo do titular da acusação pública, e de ninguém mais [...]” (COLOMER, 1996, p. 467 *apud* LOPES JUNIOR, 2014, p. 157).

Com o intuito de aprimorar a investigação criminal a cargo do Ministério Público, regulamentada inicialmente pela Resolução 13/2006, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) instaurou procedimento de Estudos e Pesquisas, proposto pela Corregedoria Nacional do Ministério Público. O objetivo foi desenvolver meios de aperfeiçoamento do sistema de justiça, notadamente a penal, alterando a forma de investigação e processamento das demandas penais no Brasil.

Assim, no pronunciamento final, fruto do Procedimento de Estudos e Pesquisas compilado nos autos nº 01/2017, realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a comissão redatora concluiu que a proposta estudada, caso fosse implementada, geraria inúmeros benefícios, dentre eles:

a) uma celeridade na Resolução dos casos menos graves (...); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves (...); c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (...); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais. (CNMP, 2017, p. 32).

Cesare Beccaria (2015) faz importante observação em relação aos efeitos negativos e perenes quando se fala em processamento na justiça criminal, afirmando que, mesmo após sentença absolutória, a marca social que aquela mera

investigação ou mesmo processo judicial deixa no sujeito envolvido, em tese, em fato delituoso não é tão facilmente remediada. Nesse sentido,

[...] a prisão não deveria deixar nota alguma de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes hediondos, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem da veneração do povo os primeiros cargos do Estado? Por que é tão diferente, em nossos dias, a sorte de um inocente preso? [...] (BECCARIA, 2015, p. 31).

O mesmo autor responde a este questionamento ressaltando que “[...] é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado [...]” (BECCARIA, 2015, p. 31).

Assim, com a finalidade de diminuir a celeuma gerada em torno de uma circunstância como a exposta, o estudo realizado deu origem à expedição, em 07 de agosto de 2017, da Resolução 181 do CNMP, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. O art. 18 da referida Resolução traz uma alternativa à justiça penal, pois o contexto social atualmente exige “[...] não um direito penal de emergência – mas o desenvolvimento de um movimento sério de solução institucional dos nossos problemas [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 23), o que será objeto de abordagem nos próximos capítulos.

2.3 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E JULGAMENTOS PARADIGMÁTICOS

O procedimento investigatório de natureza penal a cargo do Ministério Público tem sido objeto de críticas quanto à sua constitucionalidade e legitimidade desde momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 (ANDRADE; BRANDALISE, 2017), fato que é corroborado por ocasião do julgamento do RHC 48.728, oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em 16 de novembro de 1971.

O posicionamento nas cortes superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal (STF), nem sempre foi linear, tendo sido devidamente manifestado quando do julgamento de inúmeros feitos. Ocorre que, na condição de guardião da Constituição, foi necessário fixar entendimento acerca de tema tão controverso.

Em primeiro lugar, foi julgado o Habeas Corpus nº 75.769-3, em 1997, pela 1ª Turma do STF, cujo relator foi o Ministro Octávio Gallotti. Na oportunidade, destacou-se que “[...] a prática de atos de investigação não impede o Promotor de Justiça de promover a ação penal (...) inexistindo qualquer restrição de direitos.” (BRASIL, 2017).

A ementa que se originou do julgamento foi a seguinte: “Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna arguição de suposta suspeição do magistrado [...]”, dando conta de que, ainda que atuante na fase preliminar, o órgão do MP não pode ser tido como suspeito após o oferecimento da denúncia e processamento da ação penal. (BRASIL, 2017).

Já em 1999, a 2ª Turma do STF julgou o Recurso Extraordinário nº 205.473-9-AL, de Relatoria do Ministro Carlos Mário Velloso. Na oportunidade, apesar de discussão pouco densa acerca do assunto, referiu-se que “[...] não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial competente para tal [...]”, referindo-se ao inquérito para investigação de infrações penais (BRASIL, 1999). Nesse sentido, o julgamento dá conta de que não caberia ao órgão ministerial a presidência da investigação, ao revés, deveria ele requisitar à Autoridade Policial as diligências que entendesse cabíveis para o esclarecimento da investigação.

Ainda, após os precedentes citados, posicionamento contrário à investigação preliminar pelo ente ministerial também foi exarado no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.326-7. A ementa de tal decisão dá conta de que “A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime.” (BRASIL, 2003).

Posteriormente, já no julgamento do inquérito 1968-2, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que o Ministério Público é legitimado para realização de investigações, de modo que o promotor de justiça, ao realizar atos de investigação, estaria no exercício de formar sua própria convicção para o oferecimento da ação penal.

Nesse contexto, após muito se discutir e a fim de disciplinar a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, foi editada, em 02 de outubro de 2006, pelo Conselho Nacional do Ministério Público

(CNMP), a Resolução 13/2006. Tal Resolução foi objeto de repetidas impugnações, isso porque, como salienta Teilor Santana da Silva (2012),

[...] o referido o ato normativo confere poderes de investigação ao Ministério Público, em desacordo com a CRFB, a qual determina que a investigação deve ser conduzida pela Polícia Judiciária, com exclusividade. Arguiu-se a ocorrência de cláusula constitucional de exclusividade na titularidade da investigação criminal. O pedido estaria amparado no art. 144 da CRFB. Haveria, então, vício de ordem material, de modo a ser a norma inconstitucional. (SILVA, 2012, p. 14).

Outrossim, na data de 15 de maio de 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.613/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi ressaltado que “[...] o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais.” Nessa senda, seria necessária certa regulamentação a fim de evitar a violação de direitos inerentes a qualquer investigado na seara criminal. A celeuma versava acerca da 1) licitude da gravação telefônica por um interlocutor sem o consentimento do outro; e 2) da ilegitimidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público.

Em seu voto, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes que seria um contrassenso negar o poder investigatório ao Ministério Público, órgão “[...] encarregado de formar a *opinio delicti* e promover em juízo a defesa do *ius puniendi* do Estado.” (TUCCI, 2004, p. 85-86). Nesse sentido, o mesmo ministro salientou, à época, que

[...] a) a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária, pois o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.

b) não há de se falar em violação ao sistema acusatório, na medida em que os elementos de informações colhidos pelo Ministério Público deverão ser submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa perante a autoridade judiciária.

c) teoria dos poderes implícitos.

d) a Resolução 13 do CNMP delimita o procedimento investigatório promovido pelo Parquet [...] (BRASIL, 2012).

Quanto à licitude da gravação telefônica por um interlocutor sem o consentimento do outro, é importante lembrar da teoria dos frutos da árvore envenenada. Dita teoria determina que as provas obtidas mediante violação de regras de ordem constitucional e procedimental devem ser desentranhadas dos

autos. Ocorre que a escuta telefônica mediante consentimento de apenas um dos interlocutores já foi julgada lícita sob o regime de repercussão geral (RE 583.397/RJ), razão pela qual a prova foi admitida.

Por fim, no julgamento do Recurso Extraordinário representativo de controvérsia nº 593.727, datado de 14 de maio de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de repercussão geral, finalmente reconheceu a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal (PIC) pelo Ministério Público, oportunidade na qual fixou a seguinte tese:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição. (BRASIL, 2015).

Assim, verifica-se que o entendimento que hoje predomina nas cortes do país foi fruto de mais de duas décadas de evolução da doutrina e de julgamentos de casos que questionaram os poderes conferidos ao órgão ministerial. Contudo, muito embora a jurisprudência já tenha se fixado em sentido favorável, ainda existem inúmeras controvérsias sobre o assunto.

3 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESOLUÇÃO 181/2017: O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL.

A Corregedoria Nacional do Ministério Público instaurou, de ofício, Procedimento de Estudos e Pesquisas, com o intuito de buscar propostas que pudessem ser implementadas a fim de superar o modelo inquisitorial de investigação que até então existia, bem como a fim de “[...] prever alguns aspectos para a modernização da investigação e para proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e prerrogativas dos advogados [...]” (BRASIL, 2017).

Da sua conclusão, em 22 de junho de 2017, entendeu o Conselho Nacional do Ministério Público pela necessidade de expedição de nova Resolução, que revogou a Resolução 13/2006 e inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto que ora se passa a analisar, intitulado de acordo de não-persecução penal, constante no art. 18 da nova Resolução expedida.

Feitas tais considerações, parte-se à análise do art. 18 da Resolução nº 181/2017, expedida pelo CNMP. Primeiramente, ressalta-se que a mesma foi paradigmática em vários sentidos: além de ter revogado aquela que até então vigorava (Resolução nº 13/2006), introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o chamado “acordo de não-persecução penal”.

Consoante se depreende do Procedimento de Estudos e Pesquisas realizado, verifica-se que a implementação do acordo de não-persecução penal em análise foi baseada principalmente na experiência de países como a Alemanha, como precedente de direito comparado. Por oportuno, Bernd Schünemann, citado no corpo do Pronunciamento Final, refere que

[...] o ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento [...] (SCHÜNEMANN, 2009, p. 423 *apud* CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 30).

A preocupação também foi de pensar em maneiras de agilizar o trâmite processual de infrações menos graves, de modo que houvesse uma “[...] priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves [...]” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 2).

Esse instituto se apresenta como um mecanismo de política criminal e tem natureza pré processual, ou seja, em eventual celebração, o momento oportuno é anterior ao oferecimento da ação penal e seu conseqüente recebimento e regular trâmite no judiciário.

Ato contínuo, o conceito do instituto do acordo de não-persecução penal é trazido de maneira objetiva por Renato Brasileiro como sendo, em síntese, “[...] negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito [...]” (LIMA, 2018, p. 196). Ademais, sujeitar-se-á o agente “[...] ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida [...]” (LIMA, 2018, p. 196).

Os requisitos e limitações à celebração do acordo, bem como as controvérsias acerca do assunto e a implementação do instituto no dia a dia forense brasileiro serão objetos de explanação nos próximos pontos.

3.1 OS REQUISITOS E OS LIMITES DA APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

No que diz respeito aos requisitos para a celebração do acordo, ressalta-se que o *caput* do artigo 18 da Resolução 181, modificada pela Resolução 183, dispõe que, somente se não for caso de arquivamento do expediente investigatório “[...] o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal [...]” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017), nos casos em que: a) cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; b) o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa; e c) o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática delituosa.

Ato contínuo, as demais condições que poderão ser fixadas, de forma cumulada ou alternativamente, quando da celebração do acordo, estão elencadas nos incisos I a V do artigo 18 da Resolução, quais sejam: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima (salvo impossibilidade de fazê-lo), podendo ser “[...] possível a reparação de qualquer espécie de dano, seja ele material, moral, estético, etc. [...]” (LIMA, 2018, p. 204).

Outra condição é a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, porquanto de nada adiantaria “[...] a celebração do acordo de não-persecução penal se o investigado pudesse manter consigo, por exemplo, os instrumentos do crime, muito menos se pudesse preservar o produto direto ou indireto da infração penal [...]” (LIMA, 2018, p. 204). Ademais, Renato Brasileiro também destaca que, embora semelhante, não se trata de efeito da condenação, em virtude de que não há sentença penal condenatória.

Além destas, conforme o art. 18, inciso III, poderá ser fixada a prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público. Outra condição, com previsão no art. 18, inciso IV consiste em pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito (BRASIL, 2017).

Por fim, caso o Ministério Público entenda pela necessidade, poderá ajustar condição que não esteja elencada nos incisos acima transcritos, desde que proporcional e compatível com a infração penal, em tese, praticada. De outra banda, é importante salientar que há limites à celebração do acordo, não cabendo a aplicação de tal instituto em todos os casos que abarcam as condições constantes do *caput* do art. 18. Tanto que, o art. 18, §1º da Resolução em análise elenca 06 (seis) hipóteses impeditivas da celebração do acordo de não-persecução penal.

A primeira exceção tem previsão no art. 18, §1º inciso I, afirmando que “[...] o acordo de não-persecução penal tem natureza subsidiária em relação ao instituto despenalizador da transação penal [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 51-52) de tal sorte

que se o investigado tiver direito ao benefício da transação penal, disposto no art. 76 da lei 9.099/95, não será possível a realização do acordo.

A segunda exceção tem previsão no art. 18, §1º inciso II e prevê que também não será admitido o acordo quando o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local. Nesse sentido, salienta-se que “[...] o órgão de coordenação a que se refere o dispositivo em comento depende do Ministério Público em questão [...]” (LIMA, 2018, p. 202).

A terceira exceção está prevista no art. 18, §1º inciso III da Resolução em análise, dispondo que, igualmente, não é viável o oferecimento do acordo caso o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95, quais sejam:

- [...] I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
- III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida [...]. (BRASIL, 1995).

Tal dispositivo prevê situações nas quais não se admitirá a proposta de transação penal, de tal sorte que, caso o investigado incorra em alguma circunstância transcrita acima, da mesma maneira não poderá ser beneficiado com o acordo de não-persecução penal.

A quarta exceção está prevista no art. 18, §1º inciso IV, o qual prevê que “[...] não se admitirá a proposta nos casos em que o aguardo para o cumprimento do acordo puder acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal [...]” (LIMA, 2018, p. 202). Isso porque, como afirma o mesmo autor, não há “[...] qualquer previsão legal no sentido de que a formalização do acordo de não-persecução penal teria o condão de acarretar a suspensão e/ou interrupção da prescrição, como ocorre, por exemplo, com a suspensão condicional do processo [...]” (LIMA, 2018, p. 202).

Em prosseguimento, tem-se a quinta exceção à celebração do acordo, com previsão no art. 18, §1º, inciso V, que incidirá se o delito cometido for hediondo ou equiparado a hediondo. E, por fim, a sexta exceção prescreve que obsta a celebração do acordo quando não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, consoante se verifica no art. 18, §1º, inciso VI

da Resolução em análise. Ademais, aqui fica enquadrada a observação do §12 do art. 18, in verbis: “[...] §12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina [...]” (BRASIL, 2017).

Inclusive, é importante salientar o controle jurisdicional prévio que passou a incidir na celebração desse acordo após as mudanças efetivadas pela Resolução 183/2017 do CNMP. Anteriormente, na primeira redação do art. 18, dada pela Resolução 181/2017, o judiciário era provocado somente após cumpridas as condições para que determinasse o arquivamento do feito. Contudo, com as modificações realizadas, “[...] passa a existir um controle jurisdicional prévio sobre o acordo de não-persecução penal. As mudanças buscam atrair um controle prévio do Juízo sobre o cabimento do acordo e sobre o próprio conteúdo das condições avençadas [...]” (LIMA, 2018, p. 205).

É nesse sentido o teor do art. 18, §5º da Resolução: “[...] § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.” É dizer: apenas após análise jurisdicional o ente ministerial estará autorizado a implementar as condições fixadas. Para tanto, deverá o juízo “[...] verificar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para este fim, sigilosamente, ouvir o investigado, na presença de seu defensor [...]” (LIMA, 2018, p. 205).

De outro lado, verifica-se no texto do §6 do art. 18 que, caso o juiz considere “[...] incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação [...]” A partir disso, poderão ser adotadas as seguintes providências: a) oferecimento da denúncia ou designação de outro membro para oferecê-la; b) complementação das investigações ou designação de outro membro para complementá-la; c) reformulação da proposta de acordo de não-persecução, para apreciação do investigado; ou d) manutenção do acordo de não-persecução, que vinculará toda a Instituição.

Igualmente, caso o Ministério Público se recuse, sem motivo aparente, a oferecer a proposta, “[...] o juiz também deverá aplicar, por analogia, o princípio da devolução constante no art. 28 do CPP, remetendo a solução final da controvérsia ao Procurador-Geral de Justiça ou à respectiva Câmara de Coordenação e Revisão [...]” (LIMA, 2018, p. 205).

Insta destacar que as condições constantes no art. 18, incisos I a V da Resolução analisada não devem ser tratadas como pena, “[...] justamente por faltar uma das características fundamentais de toda e qualquer pena, qual seja, a imperatividade. Em outras palavras, em se tratando de pena, o Estado pode impor coercitivamente o seu cumprimento [...]” (LIMA, 2018, p. 203). Ocorre que, no caso do acordo de não-persecução penal,

[...] o investigado voluntariamente se sujeita ao cumprimento de certas *condições não privativas de liberdade*, que, se cumpridas, esvaziam o interesse processual no manejo da ação penal, dando ensejo ao arquivamento do procedimento investigatório. Enfim, não há imputação (denúncia), nem tampouco, conseqüentemente, processo penal, não há e nem poderia haver imposição de pena [...] (LIMA, 2018, p. 203).

Por fim, reitera o mesmo doutrinador: da leitura do §11 do artigo 18 da Resolução em análise, depreende-se que, quando do cumprimento integral do acordo pactuado entre o *Parquet* e o investigado, em todos os termos fixados, o Ministério Público promoverá o arquivamento do procedimento investigatório criminal, tendo em vista que não haveria interesse de agir. Assim, seria evitada a submissão do investigado a todo o trâmite processual penal, haja vista a satisfação da pretensão punitiva do Estado por outra via (LIMA, 2018, p. 206).

3.2 CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

As linhas acima expõem o intuito da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), editada em 07 de agosto de 2017, ao criar, em seu artigo 18, o instituto do acordo de não-persecução penal. A partir dessa perspectiva, constata-se que tal medida tomada pelo CNMP gerou uma série de críticas que são objeto de discussões a nível acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, e que, cada vez mais, tomam maiores proporções.

Pendem de julgamento, no Supremo Tribunal Federal (STF), 02 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), de nº 5790 e de nº 5793, ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Ambas as ações questionam a constitucionalidade do art. 18 da Resolução em comento, alegando potencial ofensa à competência legislativa do Congresso Nacional.

Pois bem. Há dois posicionamentos quando se fala em eventual inconstitucionalidade do art. 18 da Res. 181/2017 do CNMP: de um lado, uma corrente defende a inconstitucionalidade do indigitado artigo, porquanto “[...] é evidente que o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP versa sobre matéria processual, porquanto introduz no ordenamento verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade [...]” (LIMA, 2018, p. 199). Nesse sentido, o único órgão competente para legislar sobre matéria processual é a União (art. 22, inciso I da CRFB), razão pela qual tal princípio somente poderia ser relativizado mediante lei ordinária oriunda do Congresso, como ocorre nos casos da transação penal, do acordo de leniência, do termo de ajustamento de conduta, da colaboração premiada, etc., todos institutos criados por lei. Assim, o posicionamento é no sentido de que não é possível que haja a celebração do acordo, até a aprovação de lei autorizativa.

De outra banda, uma segunda corrente se posiciona no sentido da constitucionalidade do art. 18 da Resolução em análise, posição à qual se afilia Renato Brasileiro. Como fundamento, alega-se que “[...] no exercício de suas atribuições administrativas, o CNJ e o CNMP ostentam o poder de expedir atos regulamentares (CF, art. 103-B, §4º, I, e art. 130-a, §2º, I, respectivamente [...]” (LIMA, 2018, p. 200). Nesse sentido, o STF, quando do julgamento da ADC 12 MC/DF, de Relatoria do Ministro Carlos Britto, em 16.02.2006, entendeu que tais resoluções ostentam caráter normativo primário, ou seja, são dotadas de abstração e generalidade, extraindo seus fundamentos de validade diretamente de dispositivos constitucionais. A partir disso, alega-se que o art. 18 da Resolução em comento “[...] busca tão somente concretizar os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37), da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, art. 129, I) [...]” (LIMA, 2018, p. 200).

Ademais, outro assunto controvertido que decorre da constitucionalidade (ou não) do art. 18 é a natureza jurídica do instituto. O acordo de não-persecução penal, como se vê, se constitui em um negócio jurídico extrajudicial (e não processual), que foi trazido ao ordenamento pátrio pelo art. 18 da Resolução 181/2017 expedida pelo CNMP, a qual “[...] dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.” Assim, afirma-se que a celebração desse acordo seria viável, em tese, somente “[...] no bojo de um procedimento investigatório criminal presidido pelo órgão ministerial, jamais no

âmbito de um inquérito policial, sob pena de se admitir que a Resolução nº 181 pudesse se sobrepor a uma norma prevista em Lei Ordinária [...]” (LIMA, 2018, p. 197), *in casu*, o próprio CPP.

Contudo, o mesmo autor afirma que o fato de o sujeito estar sendo investigado em sede de inquérito policial e não em PIC não poderia servir de fundamento para a não celebração do acordo, isso porque ambos são procedimentos investigatórios e sua mera denominação não deveria ter o condão de admitir (ou impedir) a celebração do acordo. Além disso, sustenta que, caso esse negócio jurídico ficasse limitado somente aos casos em que o ente ministerial fosse presidir a investigação, a aplicação do instituto ficaria restrita a um número reduzido de casos. O que não é o objetivo.

Na contramão, ao contrário do que a primeira corrente alega, a segunda corrente sustenta que não haveria violação à competência legislativa da União, isso porque o art. 18 da Resolução “[...] evita a instauração do processo. Desse modo, assim como o inquérito policial, possui natureza administrativa (pré-processual), não havendo se falar em competência privativa da União para tratar do tema em questão [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 62). Inclusive, “[...] a participação do Poder Judiciário é posterior e visa tão somente cancelar a tratativa anteriormente feita entre acusação e defesa [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 62).

Outrossim, no que diz respeito à polêmica acerca da confissão da autoria delitiva, é de se registrar que a confissão formal e circunstanciada exigida se constitui em uma das maiores diferenças do acordo de não-persecução penal em relação a outros institutos de justiça negociada. É o caso, por exemplo, da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstas, respectivamente, no artigo 76 e no artigo 89 da Lei 9.099/1995, as quais não exigem reconhecimento de culpa. Tais institutos são regidos pelo *nolo contendere* que foi conceituado pelo saudoso Celso Limongi, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento do HC nº 178.086/PR, como sendo

[...] uma técnica de defesa, por meio da qual o acusado não assume a culpa pela infração penal que lhe é imputada, mas também não contesta a acusação. A paralização do processo decorre de um acordo entre acusação e acusado, mediante fiscalização do juiz, sem que haja discussão sobre o mérito da ação penal. (BRASIL, 2011, p. 12).

Além disso, imprescindível salientar que “[...] como não há *dever ao silêncio* todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados [...]” (LIMA, 2018, p. 204). Assim, de acordo com o entender do autor, desde que o investigado esteja assistido por defesa técnica, seja devidamente advertido em relação aos seus direitos, dentre eles o “[...] direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII) [...]” (LIMA, 2018, p. 204).

De mais a mais, é importante evidenciar que o investigado, quando da celebração do acordo, deverá estar devidamente assistido por seu advogado particular ou defensor público. A importância da presença de advogado constituído ou defensor tem a finalidade de assegurar que o investigado esteja ciente de todos os atos, justamente em razão da relativização de uma série de garantias individuais que ocorre na oportunidade da celebração do acordo, inclusive pela ocorrência da confissão da autoria do delito.

Além disso, para assegurar a realização do acordo conforme os trâmites estabelecidos e para que seja garantida a maior fidelidade possível aos fatos declarados pelo investigado, o §2º do art. 18 prevê que a “[...] confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual [...]” (BRASIL, 2017). Além disso, nesse momento o investigado deverá ser permanentemente acompanhado por seu advogado ou defensor público.

Igualmente, não há falar em violação ao princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade), previsão do art. 5º, inciso LVII da CRFB, que dispõe que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]” Isso porque não há fixação de sanção penal em sentença condenatória, de tal sorte que continua inviolada a presunção de não culpabilidade da pessoa. Tanto que, “[...] no acordo, uma vez ocorrendo seu descumprimento, faz-se necessário o oferecimento da denúncia, com plena instrução processual para a aplicação penal [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 32), pois não foi formada sua culpabilidade em sede judicial e, como se sabe, não pode haver condenação criminal com base somente em confissão realizada.

Nesse sentido, repisa-se: “[...] o acordo de não-persecução penal não impõe penas, apenas estabelece direitos e obrigações de natureza negocial. De tal

maneira, o investigado somente cumpre as referidas condições se quiser, não existindo a possibilidade de cumprimento forçado [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 33).

Por fim, apesar destas e de outras controvérsias acerca do assunto, a aplicação do acordo vem ocorrendo dentro do ordenamento jurídico, mesmo que ainda há inúmeros questionamentos sobre sua formalização e sobre sua própria legalidade, o que será tratado, em síntese, no próximo ponto.

3.3 A IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL NO ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO

O desafio à implementação do acordo de não-persecução penal no atual cenário brasileiro consiste principalmente no reconhecimento da necessidade de que seja realizada uma reestruturação no sistema persecutório penal brasileiro e dentro da justiça criminal. É de grande importância evidenciar que o acordo de não-persecução penal, mais do que uma alternativa ao modelo atual de processamento de casos na esfera criminal, indubitavelmente significa uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, aproximando-se do princípio da oportunidade, entendimento que é externado por Alberto Binder nas seguintes linhas:

[...] Quando falamos do princípio da oportunidade, admitimos a necessidade de abandonar a persecução de determinados comportamentos qualificados como delitos, tal como o expressa o princípio da legalidade. No entanto, abandonar dita persecução significa elaborar de um modo completo uma política de intervenção da justiça penal na complexidade social. É assentar as bases claras de quais serão os critérios de seleção, e significa também determinar com clareza a divisão de tarefas frente a todas as formas de intervenção dos conflitos, vistos de uma maneira integral, sem cair no ideologismo que o sustenta. (BINDER, 2017, p. 159).

Ressalta-se que “[...] o princípio da obrigatoriedade da ação penal obriga o Ministério Público a atuar processualmente sempre que ocorrer delito de ação penal pública. É o que se acredita (va) [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 284). Ademais, esse princípio é derivado da ideia de “[...] *Nec delicta maneant impunita*, ou seja, que nenhum crime permaneça impune. Evidentemente tal diretriz não se harmoniza com o direito penal mínimo. Ao contrário, serve à doutrina da lei e da ordem ou a uma ideologia de tolerância zero [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 284). O que não é mais

compatível com a situação que passa o sistema jurídico atual, que reclama a desburocratização no processamento das demandas.

Nesse sentido, é de se registrar que há argumentos no sentido de que “[...] não há relação de exclusão entre a obrigatoriedade e a celebração do acordo (que envolve, inegavelmente, a ideia de oportunidade) [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 38). Assim, a “[...] obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentam o princípio da legalidade [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 38).

Alberto Binder ainda destaca que a seletividade acima exposta dar-se-á em duas dimensões: em um primeiro momento, existe uma dimensão vinculada à política criminal, expressa pelo princípio da “ultima ratio”, norteador da política criminal, próprio de um Estado democrático republicano e fundado no Estado de Direito. Tal princípio preconiza que o Estado, como detentor do uso legítimo da força, “[...] usará os instrumentos violentos só como última instância, como último recurso, como a última possibilidade que tem de intervir como reação ao dano causado [...]” (BINDER, 2017, p. 160). Em um segundo momento, há outra dimensão relativa à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados

Renato Brasileiro, por sua vez, refere que o princípio da oportunidade seria uma espécie de “[...] critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição.” (LIMA, 2018, p. 197). Alberto Binder ainda conceitua como mínima intervenção “[...] o princípio que proíbe utilizar instrumentos violentos ali onde o conflito não apresenta nenhum elemento de violência. Não introduzir violência na sociedade quando ela não existe [...]” (BINDER, 2017, p. 166). O que se verifica como um dos fundamentos da aplicabilidade do acordo de não-persecução penal, já que um dos requisitos para sua celebração é que não haja o cometimento do crime com violência ou grave ameaça.

Também pode-se dizer que o princípio da oportunidade tem como fundamento o princípio da *ultima ratio*, uma vez que resguarda a atuação do direito penal como sendo de maneira subsidiária, ou seja, somente após esgotar as outras esferas judiciais ou extrajudiciais, conforme corrobora a doutrina de Alberto Binder:

[...] O princípio da *ultima ratio* não é um princípio que opera no vazio ou se refere somente à violência. Como conceito regulatório, é relacional: ele se refere à primazia de outros meios de intervenção. Não existe *ultima ratio* senão em referência a outros meios que devem ser utilizados antes da intervenção violenta. A primazia dos outros instrumentos implica, em primeiro lugar, que eles existam ou sejam criados [...] (BINDER, 2017, p. 164).

Apesar das inúmeras críticas que envolvem o instituto, é de se reconhecer que, ao viabilizar a celebração do acordo, está a se cuidar de direito fundamental do investigado, porquanto trata-se de “[...] conferir ao acusado um procedimento alternativo que impeça a deflagração de um processo judicial e, por consequência, traga a não aplicação de pena privativa de liberdade como principal reflexo na esfera individual do autor do delito [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 63).

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5, §2º, dispõe que “[...] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [...]” Assim, “[...] sendo o instituto da proposta de não-persecução penal tema diretamente ligado à garantia do *status libertatis* do autor do delito, não resta outra conclusão senão seu reconhecimento como direito fundamental [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 63).

Por fim, não há o mínimo de razoabilidade em “[...] jogar os casos penais para dormitarem nos escaninhos das Varas Criminais do país, abarrotadas de processos (em sua esmagadora maioria, casos de baixa e média complexidade) [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 39), nesse caso, sim, violando o “[...] dever do Estado de dar uma resposta adequada e suficiente aos delitos que ocorrem no meio social [...]” (CUNHA *et al.*, 2019, p. 39).

CONCLUSÃO

A pesquisa do Trabalho de Curso ocorreu de acordo com o que foi proposto em sua gênese. O tema tratou, em síntese, do instituto do acordo de não-persecução penal e como sua celebração influencia na efetivação das garantias do investigado no Estado Democrático de Direito. Como delimitação temática, determinou-se o estudo da origem histórica do Ministério Público do Brasil, sua legitimidade investigativa, breve esboço sobre a expansão do direito penal, bem como a análise dos reflexos da aplicação do acordo de não-persecução penal frente às garantias constitucionais do investigado pelo Estado e as premissas do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Devido ao grande número de processos que assolam diariamente o poder judiciário, a presente pesquisa buscou responder ao seguinte problema: o acordo de não-persecução penal viola a efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais do investigado previstos no ordenamento jurídico brasileiro?

A fim de direcionar a perquirição teórica foram estabelecidos um objetivo principal, que norteou as leituras, e três objetivos específicos, que se constituíram no assunto principal de cada capítulo e guiaram as análises necessárias à promoção do objetivo principal. Assim, o objetivo geral do presente trabalho foi compreender em que medida o acordo de não-persecução penal viola a efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais do investigado previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, foram estabelecidos como objetivos específicos: a) Expor as mudanças ocorridas no sistema penal, sua expansão e modernização e demonstrar as demandas que tais fenômenos promovem na sociedade; b) Analisar o contexto histórico e origem da instituição Ministério Público, bem como expor as divergências doutrinárias acerca da legitimidade investigativa do ente ministerial ; c) Descrever o instituto do acordo de não-persecução penal, delimitando sua origem, os casos nos quais sua aplicação é cabível e as controvérsias que envolvem a matéria.

A pesquisa passou a ser desenvolvida buscando confirmar ou refutar duas hipóteses. A primeira hipótese referiu que o acordo de não-persecução penal não se constitui em uma alternativa eficaz ao modelo atual de processamento de casos na justiça criminal e a sua implementação não é necessária. A segunda hipótese afirma que o acordo de não-persecução penal impede o exercício pleno das garantias e os direitos fundamentais do investigado pelo Estado.

Ainda que em fase inicial a pesquisa, o debate acerca do tema é de extrema relevância prática, porquanto a criação de meios alternativos que tenham o condão de substituir a atuação da justiça penal é de extrema importância, dada a atual conjuntura brasileira. Porém, para que haja efetividade na implementação desses mecanismos, deverá haver uma atuação conjunta das instituições e estudos permanentes dentro da criminologia e da política criminal conexos à sociedade.

A metamorfose pela qual passa a sociedade pós moderna e a adaptação que deve ocorrer no direito penal instiga debates cada vez mais interdisciplinares, não se limitando tão somente ao conceito clássico do direito penal. Atualmente, deve-se expandir a exegese de tais concepções diante do surgimento dos novos riscos e das novas necessidades trazidas pela sociedade. O Ministro Cezar Peluso, relator do RE 593.727, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2015, sabiamente ressalta que o processo penal deve ser manejado com cautela, pois os efeitos que ele gera naquele que é processado penalmente é perene, ainda que seja absolvido.

As transformações que se mostram no contexto penal são apresentadas, primeiramente, no primeiro capítulo do presente trabalho de curso. A construção teórica acerca da aparição dos novos fenômenos pós modernos como a expansão do direito penal, a administrativização do direito penal e as velocidades do direito penal foram essenciais para iniciar a discussão sobre a necessidade inadiável de uma reforma na maneira como se pensa o sistema penal hoje, introduzindo o debate sobre a desburocratização da justiça criminal.

A primeira abordagem foi no sentido de apresentar os fundamentos do direito de punir, trazido por Cesare Beccaria no livro *Dos Delitos e das Penas*. Após, passou-se à explanação do aparecimento dos novos riscos oriundos da sensação geral de insegurança e da incapacidade do sistema de garantia incondicional de controle de ameaças, bem como à tendência de transgressão de comportamento gerada por essa situação. Ato contínuo, como resposta, passou o legislador a

criminalizar condutas de forma desenfreada, o que culminou na expansão e, conseqüentemente, na administrativização do direito penal, de tal sorte que ocorre a tipificação de condutas que não possuem grau de lesividade tamanho a ponto de ensejar o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado. Nessa senda, Jesús-María Silva Sánchez classificou o Direito Penal no que se convencionou chamar de três velocidades, oportunidade na qual se realizou um contraponto com a terceira velocidade do direito penal, chamada de direito penal do inimigo, com a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Encerrou-se o capítulo com uma breve abordagem acerca dos sistemas penais (acusatório *versus* inquisitório) como forma de iniciar o assunto principal do trabalho monográfico.

Em prosseguimento, passou-se à explanação da presença do Ministério Público nas diversas constituições brasileiras, bem como da discussão acerca de sua legitimidade investigativa e, por fim, destacou-se os julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, do que se pode concluir que ficou reconhecida a legitimidade do ente ministerial para realizar investigações de natureza penal, desde que respeitadas todas as garantias destinadas aos investigados pelo Estado, tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário representativo de controvérsia nº 593.727, datado de 14 de maio de 2015.

Por fim, no terceiro capítulo, passou-se à análise do objeto da pesquisa propriamente dito. Após feitas as considerações iniciais sobre a Resolução 181/2017 do CNMP, foram explanados os requisitos necessários à celebração do acordo de não-persecução penal, instituto que este trabalho se dedicou a analisar. Após isso, foi realizada uma breve apresentação acerca das críticas ao art. 18 da Resolução e sobre a implementação do acordo no ordenamento jurídico brasileiro.

Em apertada síntese, a partir do estudo realizado, refutou-se a primeira hipótese no sentido de que o acordo de não-persecução penal se constitui, de fato, em uma alternativa eficaz ao modelo atual de processamento de casos na justiça criminal, em razão da desburocratização que promove, além da possibilidade de oferecer uma resposta mais célere àqueles que praticaram/se envolveram em infrações penais.

De outro lado, confirmou-se a segunda hipótese que afirma que o acordo de não-persecução penal inevitavelmente impede o pleno exercício das garantias e dos direitos fundamentais do investigado pelo Estado. Como exposto no terceiro capítulo, é inegável que, ao celebrar o acordo, o investigado renuncia a certos

direitos fundamentais, como, por exemplo, o devido processo legal. É o caso, igualmente, de institutos que são implementados para evitar o processo, como, por exemplo, a transação penal. Contudo, isso deve ser visto como sendo benéfico ao agente, pois impede que seja ajuizada ação penal contra ele e, conseqüentemente, conste em seu nome condenação (ou absolvição) criminal.

Apesar das inúmeras críticas, é louvável a atitude do CNMP em buscar, com urgência, uma alternativa para reduzir a carga desumana de processos criminais em trâmite, que tanto prejuízo e atraso causam na prestação jurisdicional àqueles envolvidos em fatos delituosos, ainda que tal alternativa tenha sido por intermédio de norma de caráter administrativo (expedição de Resolução). Ressalta-se que muito embora o indigitado instituto não tenha sido bem recepcionado pelo Ministério Público de muitos entes federados, deve-se vislumbrar o acordo de não-persecução penal como uma opção importante para evitar um caos ainda maior.

Assim, por todas as razões acima expostas, este instituto é merecedor de elogios e foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro tão somente com o intuito de ser o “primeiro passo” para que fosse iniciada uma caminhada sólida no aperfeiçoamento do sistema de justiça penal negociada, uma vez que, como se vê, ainda há grande polêmica na sua implementação, notadamente porque possui influência direta no *status libertatis* do sujeito e na própria segurança coletiva da população brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações Preliminares sobre o acordo de não-persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**. Lisboa: [s. n.], 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. O inquérito policial em questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 26, n. 1, p. 59-75, Apr. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus Nº 178.086**. Relator: Ministro Celso Limongi. Julgado em: 03 fev. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1033246&num_registro=201001220526&data=20110221&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 75.769-3**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Julgado em: 28 nov. 1997. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76228>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário nº 205.473-9**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 19 mar. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239911>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso em Habeas Corpus 48.728**. Relator: Luís Gallotti. Julgado em: 26 maio 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=93199>> Acesso em 15 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 91.613**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 15 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765764>> Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 593.727**. Relator: Min. César Peluso. Julgado em: 14 maio 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em 14 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgado em: 06 maio 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 1.968-2**. Voto Vista do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBarbosaInq1968.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADC 12**. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em: 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus 82.507-9**. Julgado em: 10 dez. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79073>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Agravo Regimental no Inquérito 2.913 Mato Grosso**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2201919>>. Acesso em: 23 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. Almedina: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Autos nº 01/2017 - Procedimento de Estudos e Pesquisas**. 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf> Acesso em: 17 out. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Acordo de não-persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: [s. n.], 1998.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco": notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, nº 7, p. 23-62, maio-agosto de 2011.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni; DE LAZARI, Rafael José Nadim. Sistema Penal Funcionalista e o Direito Penal do Inimigo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação - Direito UFRGS**, Porto Alegre, p. 379-398, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72543/43864>>. Acesso em: 20 out. 2019.

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

_____. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito Penal na Pós-Modernidade: a Racionalidade Legislativa para uma Sociedade de Risco**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACEDO JÚNIOR, RP. A evolução institucional do ministério público brasileiro. **Centro Edelstein de Pesquisas Sociais - SciELO**, Rio de Janeiro, p. 65-94, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Fábio José Kerche; SADEK, Maria Tereza. **O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88: o sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas, 2010.

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

PALAZZOLO, Massimo. **Persecução Penal e Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

POLETTI, Ronaldo. **Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas**. 3. ed. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 3.

PORTO, Walter Costa. **Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9> Acesso em: 15 de outubro de 2018.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: [s. n.], 2002.

SÍLVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

SILVA, Teilor Santana da. **A investigação criminal e o Ministério Público: as controvérsias jurídico constitucionais acerca da legitimidade do procedimento investigatório criminal como instrumento hábil para a busca de elementos de informação.** Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), Cachoeira do Sul. 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan Editora, 2011.