ANDRÉ LUÍS ALVES DE MELO

A Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública

Releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em Face da Não Recepção pela Consituição de 1988

DIREITO
Linha de Pesquisa: Direito Constitucional Transnacional, especial enfoque em Direitos Fundamentais

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO
SÃO PAULO/SP
2016

ANDRÉ LUÍS ALVES DE MELO

A Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública

Releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da Não Recepção pela Constituição de 1988

Tese de Conclusão de Doutorado apresentada à Banca Examinadora PUC-SP como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO
SÃO PAULO/SP
2016

ANDRÉ LUÍS ALVES DE MELO

A Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública

Releitura os artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da Não Recepção pela Constituição de 1988

Tese de Conclusão de Doutorado apresentada à Banca Examinadora PUC-SP como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação de Vidal Serrano Nunes Júnior.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2017

Banca Examinadora

_____

Professor Orientador: Vidal Serrano Nunes Junior

_____

Examinador Convidado

_____

Examinador Convidado

_____

Examinador Convidado

_____

Examinador Convidado

Dedico o presente trabalho a Deus, a minha esposa Julie, a meus filhos Uriel, Ruth e Esther, bem como aos meus pais Claudemir e Eunice, os quais colaboraram e compreenderam a necessidade da dedicação a este trabalho de pesquisa, que limitou tempo de convívio com familiares, uma vez que não houve afastamento das atividades laborativas nos três anos de curso e pesquisa.

Foucault, no documentário "Foucault par lui-même", lança a polêmica afirmação de que ao invés do que se comumente reproduz, não é a Polícia que está a serviço da Judiciário/Ministério Público, como órgão auxiliar, mas o oposto.

Agradeço ao Dr. *Vidal Serrano Nunes Júnior*, culto Orientador, pela oportunidade concedida de pesquisar sobre este tema, e a Deus por ter permitido a minha aprovação no Doutorado da PUC-SP, uma Instituiçao de Ensino reconhecida como de ponta pelas avaliações do MEC e CAPES.

Agradeço também ao Dr. *Marco Antonio Moreira da Costa*, jovem e estudioso Advogado, cônscio da função social da profissão, sem prejuízo da meritocracia, o qual encorajou-me a prestar o Processo Seletivo ao Doutorado na PUC-SP.

RESUMO

O presente trabalho propôs-se a pesquisar e discutir a inconstitucionalidade, ou não, ou seja, a não recepção do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, em face do princípio constitucional da independência funcional, atuando o Ministério Público como agente político nas políticas criminais e os seus limites. Sedimentando na proposta inovadora de uma Tese de Doutorado o trabalho focou na inconstitucionalidade (não recepção) e não na conveniência ou inconveniência da obrigatoriedade da ação penal. No entanto, a pesquisa buscou analisar dados empíricos e não apenas argumentos de retórica, e estabeleceu comparações entre a rotina e resultados obtidos por Promotorias que adotam a teoria finalista (mais tradicional) e a funcionalista (mais inovadora), verificando que o funcionalismo tem melhores resultados com menor número de processos, pois foca no sistema como um todo. Também abordou legislações e práticas estrangeiras, verificando que o funcionalismo prevalece atualmente em praticamente todos os países, menos no Brasil. Além disso, mesmo em países que não asseguram expressamente a independência funcional aos Membros do Ministério Público, estes acabam tendo autoridade para estabelecer política pública criminal de prioridades e resultados. Dessa forma, o Código de Processo Penal é que deve ser amoldado à Constituição Federal e não o contrário, o que implica uma revisão dos artigos 24 e 28 do CPP, e para isto o trabalho elaborou toda uma pesquisa sobre os fins do direito penal, sobre a criminologia, política criminal, sobre ação penal, inclusive com aspectos históricos das leis penais e processuais penais no Brasil, bem como apontou vários doutrinadores que defendem a oportunidade da ação penal, o que é pouco discutido nas obras mais usadas nos cursos de graduação de Direito, e por fim, ressaltou a necessidade de que as obras de Processo Penal também abordem e confrontem o Direito Constitucional com o Processo Penal de 1941.

Palavras Chave: Inconstitucionalidade. Obrigatoriedade da Ação Penal. Limites da Independência Funcional do Promotor.

ABSTRACT

The present work proposed to investigate and discuss the unconstitutionality, or not, that is, the non-acceptance of the principle of mandatory public prosecution, in the face of the constitutional principle of functional independence, acting the Public Prosecutor as a political agent in criminal policies And its limits. Sedimented in the innovative proposal of a Doctoral Thesis, the work focused on unconstitutionality (not reception) and not on the convenience or inconvenience of mandatory criminal action. However, the research sought to analyze empirical data and not just arguments of rhetoric, and established comparisons between the routine and results obtained by Public Prosecutors who adopt the finalist theory (more traditional) and the functionalist (more innovative), verifying that the functionalism has better Results with fewer processes, because it focuses on the system as a whole. It also addressed foreign laws and practices, verifying that functionalism currently prevails in practically all countries, except in Brazil. In addition, even in countries that do not expressly guarantee functional independence to members of the Public Prosecutor's Office, they have the authority to establish criminal public policy priorities and results. Thus, the Code of Criminal Procedure must conform to the Federal Constitution and not the contrary, which implies a revision of articles 24 and 28 of the CPP, and for this the work elaborated a whole research on the ends of criminal law, On criminology, on criminal policy, on criminal action, including historical aspects of criminal law and criminal procedure in Brazil, as well as pointed out that several writers defend the opportunity of criminal action, which is little discussed in the most used works in undergraduate courses Of Law, and finally, stressed the need that the works of Criminal Procedure also address and confront Constitutional Law with the Criminal Procedure of 1941.

Keywords: Unconstitutionality. Obligation of Criminal Action. Limits of the Promoter's Functional Independence.

SUMÁRIO

1. Introdução (marco teórico e objetivo).....10
2. Diferença de obrigatoriedade da ação penal e oportunidade da ação penal.....16
2.1.Estatísticas de uma Promotoria Criminal em 2011 e problemática.....18
2.2. Analisando as questões práticas e estatísticas do cotidiano de uma Vara Criminal.....21
2.3 Colapso das pautas de audiências e prescrições.....25
2.4 Obrigatoriedade da ação penal em face da Criminologia e Política Criminal.....33
2.5 Princípio, regra, norma ou mito da obrigatoriedade.....35
2.6 Fatores criminógenos.....42
2.7 Escolas Penais e Teoria da Pena.....50
3. Desenvolvimento.....56
3.1 Aspectos históricos da obrigatoriedade/oportunidade da ação penal.....56
3.2 Furto e Roubo nos Códigos Criminais de 1830 e 1890 e Processo de 1832.....65
4. Aspectos filosóficos e sociológicos acerca da obrigatoriedade/oportunidade da ação penal.....70
5. Autores e entidades que defendem a oportunidade da ação penal.....77
6. A oportunidade/obrigatoriedade da ação em outros ramos do Direito.....124
7. Justa causa e princípio alemão da proporcionalidade e Indícios, Direitos Humanos e Dignidade Humana.....129
8. Aspectos Constitucionais do tema e a separação de poderes.....142
8.1 Neoconstitucionalismo e Hermenêutica e a oportunidade da ação.....150
9. Ministério Público e o Judiciário como Agentes Políticos.....156
10. As Ideologias no Direito Penal (Garantismo, Funcionalismo e Finalismo).....166
10.1 A influência da concepção de Esquerda e Direita no Direito Penal.....178
10.2 Crime é fato ou ato? Uma análise com base no Direito Civil.....189

11. O Devido Processo Penal Constitucional, Consensual x Adversarial na tutela Penal.....191
11.1 Aspectos históricos do devido processo legal.....192
11.2 O devido processo legal no Brasil.....196
11.3 O devido processo legal no Processo Penal.....200
11.4 Devido processo legal consensual e adversarial.....202
11.5 Devido processo legal formal e devido processo legal material.....207
11.6 O devido processo legal de não processar judicialmente.....209
12. Processo acusatório x Processo Inquisitivo (verdade real).....218
13. Problemática do Estado acusa e Estado defende.....222
14. A oportunidade da Ação Penal em outros países.....228
14.1 Oportunidade da Ação Penal na América Latina a partir de 1990.....228
14.2 Oportunidade da Ação Penal e a Política Criminal do Funcionalismo Penal (Roxin e Jackobs).....234
14.3 Flexibilização das ações penais para pequenos delitos na Europa e rigor no Brasil.....238
14.4 Inovações recentes no Processo Penal Italiano.....249
14.4.1 Flexibilização da obrigatoriedade da ação penal na Itália.....255
14.5 Oportunidade aplicada na Holanda e na Suécia e facultatividade de defesas criminais técnicas.....257
14.6 O Ministério Público na Constituição de Portugal.....265
15. Audiência de Custódia no Brasil e na Itália.....268
16. O Promotor Criminal no Brasil x Promotorias de Segurança Pública.....272
16.1 O objetivo (finalidade) do Direito Penal.....279
17. Arquivamento provisório por prioridades no CPP e no Direito Comparado Europeu.....286
18. Autonomia Constitucional do Ministério Público e obrigatoriedade/oportunidade da ação penal 292
19. O papel do Ministério Público na ação processual penal, no sistema punitivo (jus puniend e jus persequendi) e a evolução nas Constituições Brasileiras.....297
19.1 Teorias da ação processual e seu reflexo na atuação penal do Ministério Público.....300
19.1.1 Reflexos das teorias no Código de Processo Penal.....304

19.1.2 A legitimação ordinária do Ministério Público na ação penal e as consequências.....308
19.2. O Ministério Público Brasileiro no Século XXI e modelos em outros países.....312
20. A colaboração premiada (delação e confissão) como formas de flexibilizar a ação penal, bem como a justiça restaurativa e teoria dos jogos.....324
21. Ressocialização como ato de vontade do apenado e imposição impossível.....331
22. Indulto, Anistia e absolvição no Júrie oportunidade do jus puniendi.....335
23. Obrigatoriedade na ação penal e frouxidão na execução penal.....336
24. Traficocídio, eficiência, oportunidade/seletividade e política criminal.....339
25. O Ministério Público como limite ao poder punitivo do Estado.....340
26. Oportunidade da ação penal e os Novos Projetos de Código Penal e Código de Processo Penal 356
27. Princípio da eficiência e a oportunidade da ação penal.....361
27.1 Discricionariedade regrada e arbitrariedade, poder-dever de agir e interesse público, com base na proporcionalidade e reserva do possível.....366
28. Mecanismos de controle e transparência da oportunidade da ação penal.....373
29. Média de presos varia por Estado e independem de assistência jurídica e desigualdade social, notadamente nos pequenos furtos.....375
30. Conclusão. 385
Referências bibliográficas.....391

Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da Ação Penal Pública

Releitura dos arts. 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal

1. Introdução

O presente estudo busca verificar a constitucionalidade (não recepção) desta obrigatoriedade, apresentantando ainda a oportunidade da ação penal e seus benefícios, diante da possibilidade de verificar a existência, ou não, de umanorma expressa da obrigatoriedade da ação penal no Brasil e confrontando com o princípio constitucional da independência funcional do Membro do Ministério Público e da Autonomia Adminstrativa do Ministério Público.

Geralmente, a doutrina tradicional cita o artigo 24 do Código de Processo Penal para alegar a existência implícita do conceito de obrigatoriedade, o qual é tratado como princípio. Ocorre que, no Brasil há poucos debates sobre este tema, mas, por vezes, a situação tem sido revertida, já que é uma das matérias mais recorrentes e relevantes em outros países.

Para tanto, omarco teórico da presente pesquisa teve como manjedoura a leitura da obra "Princípio da não-obrigatoriedade da Ação Penal", de Luiz Wanderley Gazoto. Preliminarmente, este próprio pesquisador divergia da proposta apresentada pelo autor, mas ao final houve um despertar maior pelo tema em razão da argumentação no referido livro.

No mesmo seguimento acerca do marco teórico cita-se a obra de Claus Roxin sobre "política criminal", a qual permite entender o Direito Penal além do mero dogmatismo finalista, sendo que os adeptos a este pensamento dominante finalista tendem a adotar conceitos sem valorar, pois apenas focam na mera subsunção do fato ao tipo penal, sem estabelecer prioridades, o que difere do funcionalismo que visa prioridades e políticas públicas.

Por isto, o finalismo está propenso a apenas citar alguns aspectos conceituais da doutrina de Roxin,como a "imputação objetiva", mas sem adentrar na prática de temais mais complexos como "política criminal".Este reducionismo ocorre nas faculdades de Direito, sendo que até mesmo este pesquisador não tinha ciência de todo o teor

daproposta, o que somente mudou com a leitura da obra Política Criminal e Sistema Jurídico Penal, de Roxin, pela Editora Renovar. Em razão, disso poucas faculdades, por exemplo, lecionam sobre criminologia, pois o finalismo não se preocupa com as causas do crime, nem com resultados eficientes, pois têm uma atuação mais burocratizada.

O que se observa na prática é que o Direito Penal que deveria ser a ultima ratio, tornou-se a primeira ratio, até mesmo questões relacionadas à dívidas, o indivíduo quer que a Polícia resolva.

Importante registrar o pensamento de Canotilho na obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição,

> Por outras palavras: a fuga para o céu dos conceitos e teorias pode acarretar a diminuição da capacidade de reflexão do direito relativamente aos problemas concretos das mulheres, dos homens e de todos os seres vivos da nossa comunidade. Um 'direito ex-cathedra', um direito reduzido a teorias abstratas esquece que os problemas dos homens e da polis se situam no terreno da experiência humana e não nas alturas abstractas de um 'saber sábio' do direito.[1]

Portanto, o trabalho engloba o desafio de pesquisar sobre temas de Processo Penal com foco na Constituição Federal, além do estudo de aspectos históricos e matérias específicas como Filosofia, Sociologia,Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal, Criminologia, Ciência Política, Direito Administrativo, questões práticas e estatísticas, legislativas, culturais e direito comparado.

O tema em questão foi muito discutido no âmbito do Ministério Público na década de 80, *antes da Constituição Federal de 1988*, mas após a aprovação da atual Constituição Federal ocorreu um procedimento de acomodação do Ministério Público na função criminal, retornando aos moldes da década de 40.

A obrigatoriedade da ação penal apenas começou a ser ventilada com o positivismo Republicano, o que será aprofundado e abordado mais adiante.

Por oportuno, transcreve-se trecho da Constituição Federal,

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[1]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 18

> [...]
>
> VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
>
> Art. 127. O Ministério Público é 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.
>
> § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.
>
> § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Geralmente, os doutrinadores mais tradicionais citam quatro artigos do Código de Processo Penal para fundamentar a ideologia da obrigatoriedade:

> Art. 24. Nos crimes de ação pública, **esta será** promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (grifo nosso)
>
> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.
>
> Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.
>
> Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Citamos ainda o fato de que o Código Penal também se refere ao ajuizamento de ação penal, mas com uma redação um pouco diferente, e a redação na Parte Geral do Código Penal é de 1984, logo posterior à do Código de Processo Penal

> Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara pivativa do ofendido.
>
> §1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação o ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (grifo nosso)

Importante destacar que os artigos transcritos datam de 1941 (período do facismo) e não foram atualizados pelas legislações posteriores até a presente data. Ademais, naquela época a estrutura jurídica era outra e a carreira do Ministério Público sequer existia como tal. E o nosso CPP foi copiado do Código de Rocco Italliano, o qual era tributo ao inquisitivismo e fascismo.

O termo "inconstitucionalidade" é utilizado em sentido amplo, uma vez que o STF para leis anteriores à Constituição de 1988 (como é o caso do artigo 24 do CPP e similares) tem entendido que é caso de "não recepção" da norma. Logo, temos inconstitucionalidade em sentido amplo que comporta a não recepção e a inconstitucionalidade em sentido estrito. No caso da não recepção não cabe ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), e sim, controle incidental ou uso da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

O presente trabalho busca uma interpretação constitucional mais concreta e não apenas abstrata, ou seja, busca avaliar os impactos sociais de uma decisão, a qual não pode ser mera aplicação dogmática de conceitos.

O processo deve ser instrumental e não um fim em si mesmo, não deve ser algo sem necessidade ou existir apenas por uma questão burocrática.

O tema ressalta a necessidade de se estabelecer as diferenças entre o Direito Norte-Americano e o Europeu, pois naquele os juízes são, em regra, eleitos (direta ou indiretamente), logo há um controle social maior sobre as suas decisões, o que não impede que haja aplicação de alguns de seus institutos no Brasil, uma vez que o Direito Europeu também já tem adotado aspectos funcionalistas e pragmáticos na área penal.

Para agravar a visão dos teóricos no meio criminal, destacamos a pesquisa do IBGE em 2010 destacou que mais de 50% (cinquenta por cento) das vítimas de furto e roubos não comunicam o fato às autoridades, ou seja, o processo penal não reflete a realidade das ocorrências criminais.[2]

Nesse sentido, a pesquisa propõe verificar se o exercício seletivo, e fundamentado, da ação penal para delitos de menor gravidade é viável em face do atual

[2]TORRES, Daniel; APOLINÁRIO, Márcio. **IBGE: maioria das vítimas de roubo e furto não procuram a polícia.** Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ibge-maioria-das-vitimas-de-roubo-e-furto-nao-procura-a-policia/n1237867995108.html>.Acesso em: 17nov. 2016

colapso processual e prisional, o que demanda um foco constitucional do processo penal de partes, menos inquisitivo, inclusive com mais arquivamentos e baseado na visão de processo consensual, com penas alternativas e reparação do dano, para a efetivação dos objetivos de prevenção geral e especial, buscando uma política criminal do Estado Democrático de Direito no qual a vítima, bem como o Ministério Público, passariam a ter mais ativismo processual.

Nesta discussão sobre a ação penal e o poder punitivo do Estado pouco se discute sobre o modelo de Estado que estamos. Por oportuno, citamos trecho da juíza Alba de Azevedo, na obra Processo Penal Eletrônico e Direitos Fundamentais, alertando para a diferença do conceito de Estados e suas implicações:

> Do Estado liberal, pautado na instituição de liberdades negativas aos membros da comunidade, transpondo o Estado social, onde o processo desempenha uma função comunitária, interventiva na medida da realização de positivação de direitos de conteúdo social, é na concepção do Estado democrático de direito, assentando em posição intermediária entre pretensões prioritariamente liberais e pretensões preferencialmente sociais, que se reconhece a afirmação da autonomia pública (nas relações com o poder e com o Estado) e privada (relações com os outros) dos membros da comunidade, como sujeitos de seu destino.[3]

Geralmente a defesa da obrigatoriedade da ação penal é feita com base em quatro eixos. São eles:

1) Dever de Punir do Estado, principalmente em face do suposto fim da vingança privada;

2) Usam a punição como imperativo categórico de Kant;

3) Citam autores penalistas entre 1890 e 1950, geralmente brasileiros que se baseiam em autores Italianos, e começam com o trabalho do italiano Florian e também do Vicenzo;

4) Ressaltam o aspecto republicando de que todos devem ser tratados igualmente.

---

[3]AZEVEDO, Alba Paula de. **Processo penal eletrônico e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 59

A pesquisa inova sob o ponto de vista ao optar por analisar sua constitucionalidade, e não apenas sua conveniência, ou inconveniência, embora aborde estes aspectos. Afinal, ninguém questiona a conveniência, ou não, do indulto presidencial, apenas cumpre-se o preceito constitucional. Logo, a obra irá abordar a obrigatoriedade da ação penal em face da independência funcional do Ministério Público expressamente prevista na Constituição brasileira, uma situação bem inversa da italiana, a qual prevê a obrigatoriedade da ação penal expressamente no artigo 112 da Constituição.

Em suma, no Estado Democrático de Direito devemos relembrar Mieczyslaw Maneli, na obra A nova Retórica de Perelman em que diz: "A velha máxima romana *in dubio pro reo* deveria ser modificada para *in dubio pro iuribus hominis* (em caso de dúvida, decida em favor dos direitos humanos)".[4]

Estes argumentos em defesa da obrigatoriedade serão abordados no decorrer do trabalho focando em uma visão constitucional sobre a existência, ou não, da obrigatoriedade da ação penal com base no novo perfil do Ministério Público previsto na Constituição Federal de 1988.

[4] MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman:** filosofia e metodologia para o século XXI. Tradução Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004, p. 167.

2. Diferença de obrigatoriedade da ação penal e oportunidade da ação penal

Primeiramente faz-se necessário diferenciar brevemente estes dois conceitos, pois o primeiro consiste na obrigação do Estado, ou Ministério Público, iniciar a ação penal em todos os casos que teve conhecimento, enquanto o segundo estabelece uma discricionariedade regrada, uma seletividade de prioridades e fundamentada.

Obviamente, a obrigatoriedade parte de uma premissa republicana de igualdade, mas ignora realidades como a cifra negra, as prioridades, a impossibilidade de se resolver tudo, as prescrições.

Por outro lado, embora existam mais de 1.600 delitos tipificados na legislação penal, apenas três respondem por 80% das prisões: furto, roubo e tráfico em pequenas quantidades. Será que os demais crimes não acontecem? Ou estão perdidos na burocracia? Como fica a questão da "cifra negra", a qual consiste nos delitos não apurados ou não comunicados?

Já a segunda regra permite uma seletividade, tem maior eficiência, mas amplia os debates sobre os critérios para eleger e controlar estas prioridades, logicamente também tem de alguma forma atingir a investigação, pois não faz sentido investigar tudo, para apenas depois se decidir no momento do ajuizamento da ação penal, que esta não será oferecida.

Necessário citar o doutrinador alemão Goldschmidt, e autor da Teoria do Processo como Situação Jurídica, teria em meados da década de 30, na obra clássica Princípios Gerais do Processo Penal, comparado os dois 'princípios' e não se demonstraum defensor ferrenho da obrigatoriedade da ação penal, como consta em algumas obras:

> Ao predomínio do princípio da oportunidade no primeiro sentido se opôs a tendência do Estado de direito da segunda metade do século XIX, enquanto, atualmente o princípio da legalidade tem de ceder a um princípio da oportunidade no segundo sentido ou seja, a favor da justiça material.[5]

[5]GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Tradução Hiltomar Martins Oliveria. Belo Horizonte: Líder, 2002, p 80

Para alguns não se trata de obrigatoriedade de ajuizamento de ação penal, mas sim, obrigatoriedade da persecução penal, a qual também consiste na submissão do arquivamento de inquéritos policiais ao Judiciário, e não necessariamente no ajuizamento de ações penais, incluindo nesta situação, por exemplo, transações penais, propostas de suspensão condicional do processo, logo é o jus persequendi limitando o jus puniendi do Estado. Nesse sentido citamos Joao Porto Silvério Júnior,

> O arquivamento do inquérito policial e a proposta de transação penal são modalidades diferentes de materialização da opinio delict (promoção da 'ação penal pública'), mas em todas as situações, a investigação criminal é pressuposto para a formação da ponio delicti e, portanto, o direito ao processo penal é exercido, ao menos o direito à primeira fase do processo penal.[6]

Este entendimento de exercício da atividade ministerial como persecução penal, e não apenas como ajuizamento de ação penal em sentido estrito, fica mais claro em razão da jurisprudência que entende que tendo o Ministério Público expressamente arquivado o Inquérito Policial, não cabe ação penal privada subsidiária da pública, nos termos previstos no Artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal. Caso contrário, tendo arquivado, e não ajuizado ação penal, teria a vítima o direito de ajuizar a queixa crime, este entendimento foi sustentado na época, mas prevaleceu o que vigora atualmente. Contudo, o ideal seria a lei permitir direito de recurso por parte da vítima aos escalões superiores do Ministério Público, em vez de assumir a titularidade de ação penal, o que pode implicar em um aumetno do número de processos penais, e talvez de condenações, custo maior e foco em questões patrimoniais de baixo impacto.

O tema foi recentemente abordado na XIII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, ocorrida de 23 a 26 de setembro de 2015, em Fortaleza tendo como uns dos temas a Meta 07:

> AÇÃO 7: Elaborar estudos sobre a eficácia da persecução penal em face do princípio da obrigatoriedade.
> Eixo: Detecção e Punição
> Objetivo Estratégico: Aumentar a efetividade do sistema de justiça
> Coordenadores: DPF e MPF

[6]SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Processo penal fraterno**: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014, p. 199

> Colaboradores: ADPF, AJUFE, AMB, ANPR, CNPG, CNMP, MP/RJ, MTPS, PC/SC e PC/SP.[7]

No plano internacional, nos dias 06 e 07 de dezembro de 2013, ocorreu em Bologna, na Itália, um Congresso Internaciol apenas para discutir o Tema "Obrigatoriedade ou Oportunidade da ação penal" e a Independência do Ministério Público.[8]

O insigne José Antônio Paganella Boschi ressalta que a regra da obrigatoriedade foi aceita aos poucos em quase todos os países, mas que atualmente com o discurso sobre a utilidade social da pena tem se ampliado a opção pela oportunidade. Assim, vejamos:

> Como acentuou PIERANGELI, após reproduzir ensinamentos de GOLDSCHMIDT, FLORIAN e DE MARSICO, a regra da obrigatoriedade foi adotada aos poucos, e na atualidade a sua aceitação se apresenta em quase todos os estados modernos. E, mais adiante concluiu: "Para aqueles que estimam ser o direito de castigar um sentimento de justiça, outro critério que não o da legalidade deve ser o aceito, enquanto para aqueles que vêem no direito de castigar uma mera razão de utilidade social, devem preferir a regra da oportunidade, pois que está condiciona tal aplicação a uma valoração de conveniência pública.[9]

2.1 Estatísticas de uma Promotoria Criminal em 2011 e problemática

O texto visa inserir o tema na realidade complexa de uma atuação cotidiana na área criminal, bem como destacar o elevado número de prescrições, as quais são poucasavaliadas nas estatísticas do meio jurídico. Geralmente já se sabe desde o início do processo, ou até mesmo antes, sobre o nível de possibilidade de condenação.

---

[7]Ações de 2016. XIII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla>. Acesso em: 21 nov. 2016.

[8] Archivio Penale. Verso il pubblico ministero europeo: indipendenza dell'accusa, obbligatorietà dell'azione penale e tutela del contraddittorio (6-7 dicembre 2013, Bologna). Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/evento/verso-il-pubblico-ministero-europeo-indipendenza-dellaccusa-obbligatorieta-dellazione-penale-e-tutela-del-contraddittorio/#.WDOB0dIrJ0x>. Acesso em: 21 nov. 2016.

[9] BOSCHI, José Antônio Paganella. **Princípios informatios da Ação Penal**. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2c133/2c1a4/2c6b7?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 17 ago. 2016.

A jurimetria, novo ramo, o qual propõe conciliar o meio jurídico com a análise de dados e estatísticas pode propiciar uma visão que sai da mera retórico e dogmatismo estéril.

Independente da gravidade do caso o processo, geralmente, o rito processual é o mesmo, ainda que seja uma condenação de apenas 10 dias multa, como ocorre no furto privilegiado. Normalmente, as discussões no processo acabam por focar mais na questão da pena ou do tipo penal, e não na autoria, uma vez que mais de 80% das prisões são por flagrante e sem investigação.Na prática a única diferenciação para agilizar processo é se o réu está preso ou solto, independente da gravidade do crime.

Esta situação foi analisada em 2010, na qual as audiências de instruçãoeram marcadas aleatoriamente pelo Judiciário, independentemente da Promotoria de Justiça responsável, embora o Promotor tivesse um dia de revezamento. Em suma, Promotor A comparecia segunda-feira e quarta-feira, e Promotor B comparecia terça-feira e quinta-feira, independente de o processo ser da Promotoria, sendo que a sexta-feira era reservada para cartas precatórias, execução penal e processos da infância, sendo este dia revezado pelos promotores da Comarca. Quando o Promotor não estava na audiência judicial, realizava os despachos judiciais e audiências extrajudiciais de outras matérias como apresentação de adolescentes infratores, controle externo da polícia e execução penal.

Como nem todo procedimento criminal chega à fase de instrução, como no caso de suspensão condicional do processo, ou de arquivamentos, isto tende a aumentar a carga de trabalho nas promotorias. A rigor, é humanamente impossível que uma Promotoria com apenas dois servidores e três estagiários (meio expediente) consiga acompanhar com eficiência 4.200 processos e com mais 200 processos novos a cada mês.

Contudo, ao longo do tempo, foi constatado que a maioria esmagadora dos processos era da Promotoria B, uma vez que esta seguia a teoria finalista, a qual considera qualquer elemento como indício razoável e tipicidade formal. Em razão disso, houve uma proposta acatada pelo Judiciário de se separar as pautas de audiência por Promotoria, ou seja, segunda-feira e quarta-feira seriam apenas processos da Promotoria A (adepta da teoria funcionalista) e terça-feira e quinta-feira seriam apenas processos da Promotoria B (adepta da teoria finalista, a dominante no Ministério Públicobrasileiro).

Com esta medida os processos da Promotoria A (funcionalista) tinham audiências agendadas no ano de 2011 para até 2012, enquanto os da Promotoria B (finalista) tinham processos com audiências designadas para até 2015. A distribuição era a mesma para cada Promotoria, mas a Promotoria A buscava usar os fundamentos do funcionalismo na triagem, arquivando processos com provas ruins, evitando assim que ocupassem a pauta de audiências, bem como focando nos crimes mais relevantes e conseguindo a agilização dos mesmos. Já a atuação finalista do Promotor B não admitia prioridades, exceto para réus presos, pois não foca na seletividade funcionalista. Consequentemente, o número de prescrições em casos graves na atuação finalista tende a ser maior,em razão da pauta de audiências sem prioridades.

Nesse sentido segue uma resenha de dados de uma Promotoria de Justiça Funcionalista**:**

Processos penais pares e execução penal (atuação funcionalista) em 2011:

Arquivamentos de Inquéritos (atipicidade/falta de autoria conhecida/prescrição): **232**

Prescrições: **220**
Absolvições a pedido do MP: **66**
Condenações conforme pedido do MP: **48**
Condenações parciais: **24**

Denúncias: 356, mas com apenas 229 audiências
Alegações finais escritas: **131**
Alegações finais orais: **18**

Audiências Judiciais: 416 (apenas de uma Promotoria)

Absolvições contrárias ao pedido de condenação: **11**
Condenações contrárias ao pedido de absolvição: **06**

Defesa fez 65 recursos, enquanto o Ministério Público fez apenas 08 recursos, sendo 02 relativos ao mérito.

Em regra, a estatística em tela refere-se a processos por pequenos furtos, pequenos roubos e tráfico de drogas em pequenas quantidades, ou seja, crimes de atavismo (cometidos sem inteligência).

No ano de 2011 já havia sido marcada audiências de instrução e julgamento para novembro de 2015. Diariamente, designando-se de 03 a 05 AIJ (Audiência de Instrução e Julgamento).

Apenas para reforçar a diferença entre Promotorias de viés finalista e a com viés funcionalista ressalta-se que foi observado que as audiências de instrução de uma

Promotoria Finalista demoravam, em média, mais de dois anos em relação à promotoria funcionalista, e com o mesmo juiz, pois era a mesma vara com duas promotorias atuando com a mesma. O fator decisivo para esta diferença era o foco nos resultados e seletividade na promotoria funcionalista.

A Promotoria Funcionalista tinha uma média de 200 presos, pesquisava réus falecidos, analisava prescrições antes das audiências e endereços de foragidos para baixar ou agilizar processos, em razão desta gestão processual a quantidade de processos baixou, em um ano, de 6.000 processos para 4.000 processos criminais. No entanto, em razão de mudanças de atribuições outra Promotoria assumiu a função e em dois anos a quantidade de processos voltou para quase 6.000 processos, e mais de 400 presos. e com o mesmo juiz anterior, o qual reclamava que o Ministério Público preocupava com formalidades, não mais fazia gestão processual, e focava mais nos autos de forma isolada, sem analisar o sistema.

Apesar do aumento do número de prisões com base no finalismo, a quantidade de droga apreendida caiu no total, pois processos com 0,2 g em flagrante, não mais davam início a investigações, pois focava apenas nos 0,2 g, ou seja, denunciavam por 0,2 gramas e sem investigação. E as apreensões não ultrapassavam a 20 gramas, mas policiais usavam a estratégia de colocar número de pedras (as quais podem ser aumentadas, se picotadas), o que era vedado antes pela promotoria funcionalista, pois tinha balança era para pesar e não para enfeitar o setor policial. A visão funcionalista busca racionalizar para dar maior eficiência ao focar nos casos mais relevantes, o que gera mais resultado e menor número de processos, cumprindo a função repressiva do direito penal.

Na gestão da promotoria funcionalista não havia apreensão com menos de 50 gramas, o que ainda era pouco, mas mesmo neste caso o foco era saber de onde estava vindo a droga e não apenas tocar um processo com traficante formiguinha.

2.2 Analisando as questões práticas e estatísticas do cotidiano de uma Vara Criminal

A rotina de uma Vara Criminal geralmente ultrapassa os limites razoáveis de uma sobrecarga. E por isso acabam sendo Varas de “passagem”, as quais vagam porque juízes pedem remoção ou promoção para as varas cíveis, em razão disso as criminais ficam longos períodos sem juiz e sem uma atividade permanente. Os juízes que tomam

posse em varas criminais ficam quase sempre aguardando uma vaga na área cível, o mesmo ocorrendo com os servidores.

O excessivo número de relatórios exigidos nas Varas Criminais em detrimento das cíveis, como relatórios de armas de fogo apreendidas relatórios de bens apreendidos (muitos remetidos pela Polícia sem necessidade alguma), o relatório e cadastro de mandados de prisão, relatório de escutas telefônicas e vários outros desviam o foco da Vara, e não se aumenta o número de pessoal.

Para agravar mais a situação, o forte lobby da advocacia junto ao Legislativo e outros órgãos acaba por criar mais e mais audiências judiciais, como audiências de custódia, audiência para ouvir vítima na Lei Maria da Penha, audiência de progressão de regime, audiência para regressão de regime, audiência para Suspensão Condicional do Processo, Audiência de Instrução com o interrogatório por último. Com estas medidas acabam sobrecarregando o trabalho judicial e dificultam a pauta para audiências de instrução. Para a advocacia esta medida acaba valorizando o mercado de trabalho do advogado, pois nas audiências extrajudiciais a figura do advogado é facultativa. No caso da atividade judicial o advogado é presença obrigatória e, neste caso, recebe como advogado particular, advogado dativo ou defensor público.

Por outro lado, alguns juízes criminais ouvidos informalmente alegaram que preferem ficar na atuação criminal, pois não existe cobranças pelas partes, exceto se réu preso, como a esmagadora maioria é de réus soltos, não precisa ficar atendendo advogado toda hora pleiteando liminar ou marcação de audiências ou despachos, como é comum na área cível. Na área penal, se réu estiver solto, o advogado não procura a Vara Criminal. Já o Ministério Público, exceto os raríssimos Promotores que têm gestão processual, fica inerte aguardando o processo a ser remetido um dia pela Vara Criminal qualquer para Promotoria, em geral não pleiteia antecipação de audiências de instrução, nem prioriza os processos. Em regra, o Ministério Público apenas pede mandado de prisão se a Vara Criminal remeter os autos, isto é, não tem a iniciativa de priorizar processos mais relevantes.

Nesta situação de caos, é comum despachos judiciais demorarem mais de dois anos para serem cumpridos pela Secretaria. Casos reais de mandados de prisão ordenados em dois dias pelo Juiz, levam mais de 06 meses para serem expedidos e lançados no BNMP (Banco Nacional de Mandados de Prisão). Além disso, citações do acusado para apresentar defesa levam até 03 anos para serem cumpridas, se réu solto.

Geralmente, o Ministério Público na área criminal tem uma postura acomodada e inerte, e em razão disso, em vez de pesquisar endereços dos foragidos pelos bancos de dados informatizados do Ministério Público, acaba apenas pedindo ao Judiciário para se expedir ofícios de praxe para localizar, ainda que o Ministério Público tenha o poder de requisição.

Considerando o excesso de processos penais, mesmo sem relevância social, as audiências de instrução acabam sendo marcadas para dois ou três anos para frente, o que aumenta a chance de prescrição. Alguns juízes usam a estratégia de não marcar as audiências, mas deixar os autos paralisados na Secretaria aguardando audiência futura.

A Vara Judicial é dividida atualmente em dois mundos distintos, o gabinete do Juiz e a Secretaria Judicial, os atrasos de processo na Secretaria Judicial não impedem a promoção dos juízes, logo alguns usam a estratégia de manter os autos paralisados na Secretaria e permitem conclusão apenas alguns processos em quantidade razoável para despachar, logo não há atrasos no Gabinete. Lado outro, há casos em que mesmo processos despachados ficam atrasados para cumprimento, neste caso, o problema está na má gestão por parte de Escrivães e Diretores de Secretaria.

Há situações reais de petições que estão aguardando mais de ano para serem juntadas. Em razão disso, o Ministério Público em alguns locais já propõe juntar as petições, o que reduz o tempo, o risco de serem extraviadas, e diminui o esforço pelas Secretarias Judiciais, mas mesmo assim alguns locais não aceitam, e em virtude disso, petições são extraviadas, Secretaria Judicial perde um grande tempo juntando folhas e o caminho entre protocolo geral e juntada demora mais de 10 dias, o que é instantâneo quando o Ministério Público já junta nos autos.

Outro fato que ocorre também, em alguns casos, é o desaparecimento de autos, os quais têm que ser restaurados.

Na prática, nessa atividade de suposto interesse público em processar tudo que a Polícia seleciona, acaba é implicando em alto número de prescrições e total falta de eficiência.

A prescrição é uma realidade pouco discutida no meio jurídico, uma espécie de tabu, prefere-se processar sem racionalização e alegar falta de pessoal e recursos, ainda que de forma genérica. Nem mesmo há estatísticas oficiais, tentou-se obter dados no STJ, STF e CNJ, mas alegam que não têm dados oficiais sobre este fenômeno.

Recentemente em uma vara criminal constatou-se que havia processos parados na Secretaria há mais de um ano aguardando conclusão ao Juiz. Também se cita o caso notório de prescrição em 82% dos processos penais na área militar em MG e com aplicação apenas de pena de censura aos Juizes e sem nenhuma providência concreta para evitar este problema ou para otimizar os processos. E ressalta-se que na área do tribunal militar foram apenas 331 processos em um ano para dois juizes, ou seja, menos de 150 para cada, e mesmo assim, o CNJ acolheu a justificativa genérica de excesso de serviço. No entanto, na área de uma vara criminal é comum de 200 a 400 processos novos por mês. Neste sentido, segue notícia sobre o fato da prescrição.

> CNJ aplica censura a dois juízes militares de Minas
>
> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu nesta terça-feira (2/4), durante a 166ª Sessão Ordinária, aplicar a pena de censura aos juízes Paulo Tadeu Rodrigues Rosa e Paulo Eduardo Andrade Reis, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais (TJM/MG), por causa do elevado número de ações prescritas sob a responsabilidade dos dois magistrados. Em 2010, 274 dos 331 processos criminais que tramitaram naquele tribunal resultaram em prescrição.
>
> Cerca de 82% dos processos sob responsabilidade dos dois juízes prescreveram. O conselheiro Neves Amorim, relator do Processo Administrativo Disciplinar 0002789-79.2012.2.00.0000, considerou grave a situação, mas ponderou que o TJM/MG não dispõe da estrutura mínima para que os juízes possam trabalhar. "A estrutura é muito precária", afirmou o conselheiro, que esteve pessoalmente no tribunal para investigar os motivos da prescrição dos crimes.
>
> Segundo ele, há uma única sala para dois juízes e poucos servidores. Neves Amorim disse que os depoimentos colhidos não indicaram a intenção dos magistrados de atrasar os processos. Por isso, ele propôs inicialmente a absolvição dos magistrados, mas depois concordou com a censura. Além de punir os magistrados, os conselheiros deram 60 dias de prazo para que o tribunal apresente ao CNJ um plano emergencial para solucionar o acúmulo de processos e evitar novas prescrições de crimes. E determinaram à Corregedoria Nacional de Justiça a realização de inspeção para investigar o uso de militares nos serviços administrativos do TJM/MG.
>
> Outro grupo de conselheiros defendia a imposição da pena de indisponibilidade aos dois juízes. "Houve excesso de negligência por parte dos magistrados, e eu entendo que eles não podem ficar sem uma reprimenda", argumentou o conselheiro Gilberto Valente Martins, lembrando que o caso foi investigado pelo CNJ a pedido da corregedoria local, que não conseguiu resolver o problema.
>
> Gilberto Valente ressaltou que "não existe justificativa" para a negligência dos juízes militares, nem mesmo a falta de estrutura, e foi apoiado pelo conselheiro Bruno Dantas, que acrescentou que no Amazonas os juízes realizaram audiências em escolas. Além disso, nos tribunais militares do estado de São Paulo e do Estado do Rio

> Grande do Sul não ocorrem prescrições de crimes em proporção tão elevada quanto em Minas.
>
> Segundo Valente, os juízes marcavam audiências para dias de feriado ou para períodos em que estariam de férias. Com isso, as audiências eram adiadas para datas distantes. Para o conselheiro Wellington Saraiva, é obrigação dos juízes adotar providências para resolver o problema da falta de estrutura, em vez de deixar o crime prescrever: "Não se pode admitir que, diante de fatos recorrentes, o juiz fique de braços cruzados". O conselheiro Ney Freitas acrescentou: "Esses juízes não foram diligentes. Não vi neles qualquer predisposição para solucionar o problema".
>
> Nove conselheiros votaram pela censura aos magistrados.
>
> Gilson Luiz Euzébio
> Agência CNJ de Notícias.[10]

Também, conforme Desembargadora Kárin Emmerich, do TJMG em 24/08/16, mais de 50% dos processos da Lei Maria da Penha prescreveram.[11]

Com relação à prescrição, esta acaba sendo uma maneira informal de estabelecer a oportunidade da ação penal. O Judiciário no processo penal não é obrigado a manter a tramitação dos processos conforme ordem cronológica, conforme recente alteração do processo civil. Ademais, nem as previsões de prioridade são cumpridas com a prevista para os crimes da Lei Maria da Penha (art. 33, parágrafo único, da Lei 11.340/06), nem a prioridade para crimes hediondos prevista na Lei 13.285/16. Na prática, apenas funciona a prioridade para réu preso, independente da gravidade do crime. Logo, foca-se nos flagrantes, geralmente por crimes menos inteligentes.

2.3 Colapso das pautas de audiências e prescrições

O problema no colapso de audiência tem gerado um grande número de prescrições. Afinal, uma vara criminal consegue realizar de três a cinco audiências de instrução por dia útil, o que representa 60 a 100 audiências mensais. Precisamos, a partir deste dado, encontrar soluções para a redução da prescrição e do colapso das pautas de audiência, como aumentar a possibilidade de seleção de prioridades ou de acordos penais.

---

[10] Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59969-cnj-aplica-pena-de-censura-a-dois-juizes-militares-de-minas>. Acesso em 22 ago. 2016.

[11] Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Prescrição de crimes contra mulheres é desafio a ser vencido. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2016/08/24_comis_mulheres_discussao_dez_anos_lei_maria_penha.html>. Acesso em: 21 nov. 2016.

A rotina de uma Vara Criminal na área Estadual é totalmente diferente de uma rotina na área Federal, e não pela matéria em si, mas pelo fato de que na área federal não existe uma polícia na rua e abordando por pequenos delitos, e ás vezes grandes delitos. A Polícia Federal apenas foca apenas em levantamentos prévios sobre fatos mais graves que justifiquem uma investigação, isto em regra, e não atua com as viaturas na rua à procura de crimes federais de pequeno impacto.

No cotidiano e na rotina do processo judicial consegue-se realizar, em média, 60 audiências de instrução criminal por mês, isto considerando 20 dias úteis, ou seja, três audiências por dia. Além disso, há casos de dias com júris, o que reduz a pauta mensal, também há processos com vários réus ou com mais de uma conduta delitiva e que chegam a consumir o dia todo com apenas uma audiência. Em média, cada audiência dura 90 minutos, se não for caso complexo.

Vejamos, a realidade de uma Comarca com aproximadamente 100 mil habitantes, na qual foi constatado que há, em média, 1,2 mil ocorrências policiais militares mensalmente. A rigor, são raras as investigações iniciadas a partir da Polícia Civil ou pelo Ministério Público, embora estas quando inciadas sejam relativas a fatos mais complexos, pois focam em fatos mais relevantes. A Polícia Militar prioriza flagrantes, geralmente em pequenos tráficos (menos de 50 gramas de substância entorpecente) e pequenos furtos e roubos (menos de um salário mínimo), estes três delitos respondem por mais de 80% do cotidiano criminal.

Enquanto isso há mais de 400 mandados judiciais não cumpridos, pois a polícia quer apenas focar nos flagrantes e não nos mandados já expedidos judicialmente.

Contudo, a situação agrava-se, pois das 1,2 mil ocorrências policiais mensais acima citadas, 600 nem mesmo são convertidas em inquérito policial, e são arquivadas pela Polícia Civil por falta de autoria conhecida no próprio sistema de informática da polícia (PCNET). E raro são os crimes mais inteligentes. A Polícia Civil não pode arquivar inquéritos policiais, mas a legislação nada diz quanto à fase anterior a instauração do inquérito policial, e por essa razão o fato nem sequer chega o conhecimendo do Judiciário (fórum), e chamam de diligências preliminares, a qual não remetem, pois não é formalmente Inquérito Policial.

Para simplificar segue um quadro com o resumo do que foi apresentado anteriormente, o qual será explicado a seguir:

1,2 mil ocorrências policiais por mês pela PM.	40 ocorrências por dia, de segunda a segunda por 24 horas.
600 são arquivadas pela Polícia Civil por falta de autoria, sem enviar ao Fórum.	Cifra negra, e não tem apuração, nem controle externo algum.
200 são enviadas para o Juizado Especial via TCO e acabam com transação penal, ou poucas instruções.	
100 enviadas ao MP, o qual denuncia com SUSCON (suspensão do processo).	
100 a polícia envia ao MP sem autoria conhecida, logo são arquivadas por falta de provas.	Polícia Civil seleciona para fins de estatística interna, pois não precisam apurar autoria, basta relatar o Inquérito Policial.
200 a polícia envia ao MP com autoria definida e estes geram denúncia.	Geralmente a PC envia os flagrantes ou casos mais simples, pois para gerar estatísticas numéricas não há como focar em casos mais complexos.
Restam quase 200 novos casos denunciados por mês pelo MP.	Mas Judiciário consegue realizar apenas 60 audiências de instrução por mês. Além disso, há despachos judiciais aguardando até mais de dois anos para serem cumpridos.

1. Portanto, esclarecendo, restaram 600 ocorrências policiais. Destas, aproximadamente 200 vão para o Juizado Especial e geralmente são resolvidas com transação penal.

2. Mas, ainda temos 400 ocorrências policiais. E destas, aproximadamente 100 são objeto de denúncia com suspensão condicional do processo e na maioria das vezes o denunciado aceita a proposta do Ministério Público e fica assinando o livro de justificativa de atividades durante dois a quatro anos. Em regra, dois anos.

3. Ainda há 300 ocorrências policiais que se tornaram inquérito policial. Curiosamente destas 300, aproximadamente 100 não têm autoria conhecida, mas o delegado instaura inquérito policial,investiga e não consegue apontar autoria, logo remete ao fórum, pois alguns estados exigem inquérito policial para fins de estatísticas, mesmo que sem autoria apurada, como é em Minas Gerais. Estes 100 inquéritos policiais sem autoria raramente serão impugnados pelo Ministério Público.

4. Porém, há 200 inquéritos policiais para serem denunciados, em tese. E este é o problema, pois se serão 200 denúncias, ou seja, 200 novos processos que serão iniciados, e considerando a existência de apenas 60 vagas para processos, o que fazer? A acomodação jurídica não se preocupa com a prescrição, e é comum processos serem julgados oito anos depois, já estando prescritos.

A criação no Brasil, em 2008, consistente em colocar o interrogatório depois da oitiva das testemunhas, agravou ainda mais o colapso, pois antes era possível conseguir a confissão do acusado e dispensar as testemunhas. Agora, não existe a possibilidade dedispensar as testemunhas, pois não se sabe se o réu irá confessar. Em suma, antes conseguia-se fazer aproximadamente sete audiências de instrução por dia, e agora a regra tornou-se três audiências por dia.

A rigor, para o meio jurídico, quanto mais processos, mais mercado de trabalho, independente do resultado. Por isto, muitos querem fazer "triagem" de processos somente depois do fim do processo, pois não reduz mercado de trabalho. Afinal, a "máquina judicial" já foi movimentada. Nem há uma preocupação com estatísticas de prescrição, pois a sociedade ficaria aterrorizada com a ineficiência. Logo, a regra tem sido a flexibilização na execução penal e não a de instrução penal. Ou seja, não se flexibiliza no início do processo, mas apenas ao final, pois se fizerem o contrário, perde-se mercado de trabalho.

Não faz o menor sentido o processamento de crimes que já se sabe que terão condenação para cumprimento de pena em regime aberto e que por falta de vagas no presídio os apenados serão colocados em regime domiciliar. Logo, a melhor opção seria fazer um acordo com o condenado (que poderá ser recusado) para que o mesmo fique no regime aberto domiciliar desde o início, mas o pensamento atual é que se simplificar o processo, alguns setores jurídicos perdem volume de mercado de trabalho.

Há casos de Promotores de Justiça que autorizam prorrogação de inquéritos policiais para a polícia, várias vezes, sem ler, e apenas batendo carimbos de "concordo com a prorrogação", sem nem ao menos fundamentarem, embora o artigo 17 do CPP exija a fundamentação. Alegam que não possuem tempo.

E cada vez mais alguns setores jurídicos criam burocracias demasiadamente, para que possam lucrar. Vejamos: o rito processual para se processar por um "furtinho" é praticamente o mesmo que para processar por um roubo em quadrilha. E no "furtinho" existe a possibilidade dentro das hipóteses elencadas pelo legislador do "furto privilegiado", pode então aplicar-se pena de 10 dias/multa, 1/3 do salário mínimo, o

qual nem pode ser convertido em prisão, se não for pago. Ou seja, uma multa de trânsito em valor bem maior é aplicada com rito bem mais simples.

Cada Vara Judicial Estadual custa, em média, R$ 1,5 milhão por ano, sem contar despesas com polícia, Ministério Público, advocacia pública dentre outros.

No Ministério Público criminal tem prevalecido o caos, pois há um promotor no flagrante, outro na denúncia, outro na audiência, outro no Júri (se for o caso), e várias outras divisões, ou seja, não se tem unidade, nem uma diretriz para atuar no processo penal.

Nas reformas de lei o Legislativo ouve os ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais têm notório saber jurídico, mas não fazem audiências criminais diariamente. Nem mesmo no caso do mensalão fizeram audiências, pois as oitivas de testemunhas e interrogatórios não foram feitos pelos ministros diretamente, mas por juízes designados.

Porém, pouco se discute sobre o sistema de justiça criminal, uma vez que há tendência de focar apenas em processos individualizados, como se o sistema criminal processual conseguisse absorver tudo e ainda promover a "cura social", sendo esta a visão garantista, com forte viés de vitimização do criminoso, ou seja, um alinhamento com o pensamento de esquerda (vitimização e que a culpa está sempre no outro).

As varas criminais vão sendo sufocadas com atividades paralelas como medidas protetivas, medidas cautelares, e outras atribuições como Lei Maria da Penha, mas não se coloca estrutura de pessoal. Isto tem desmotivado as varas criminais e promotorias criminais, pois os servidores as enxergam como sendo apenas de passagem, ninguém quer ficar por tempo indeterminado e preferem ir para as varas cíveis quando surge uma vaga, exceto alguns heróis que permanecem.

Pouco se discute sobre soluções para o sistema com dados, nem mesmoé analisada a maneira com que outros países agem, pois usam o argumento de que somos "um país único", logo nada podemos copiar, e tudo devemos inventar, sem pesquisar.

Cita-se como exemplo a audiência de custódia, não se pode denunciar, nem propor acordos penais para agilizar a soltura e compensar com a economia processual.

Qual o sentido de o Ministério Público denunciar e iniciar processos se não há pauta de audiências? Temos casos de audiências sendo marcadas para dois, quatro anos depois do recebimento da denúncia, e outros casos "aguardando pauta". Alguns dizem que não são responsáveis por este problema. Ora, é problema de quem? É o Membro do

Ministério Público, um Agente Político ou um mero servidor burocrata que trabalha de forma automatizada, sem preocupar com a eficiência?

Logo, precisamos discutir mecanismos para decidir como serão a seleção e priorização de denúncia e/ou acordos penais, um tema pouco discutido no Brasil, mas que já está consolidado na Europa e nos demais países da América, os quais adotaram também acordos penais para delitos de média ofensividade, bem como transformaram pequenos furtos em ação penal privada (Portugal) ou em ação penal pública condicionada à representação da vítima. No Brasil, pequeno furto é mais grave do que lesão corporal, pois o primeiro é ação penal incondicionada, mas lesão corporal leve ou culposa (arrancar o braço de alguém sem ter esta intenção em albaroamentono trânsito) depende de representação da vítima.

Na obra Abrindo a Caixa Preta, Por que a Justiça não funciona no Brasil? O Juiz Nagibe de Melo Jorge Neto expõe algumas dificuldades no cotidiano do processo penal:

> O número é alarmante! Enquanto no Brasil apenas 8% dos assassinatos são elucidados pela polícia, nos Estados Unidos, esse percentual é de cerca de 65%; no Reino Unido, de 90%; na França, de 80% [...] Os inquéritos ficam abertos por anos a fio e, ao fim, são arquivados por falta de provas.[12]

No Brasil, a lei permite os acordos penais nos delitos de baixo (transação penal) e alto potencial ofensivo (colaboração premiada). Mas, nada fala sobre os de médio potencial, ou seja, há uma lacuna legislativa.

Neste aspecto, apenas o Ministério Público é está sendo obrigado a denunciar em ordem cronologia em relação aos inquéritos policiais que a Polícia remete, embora a polícia não os remeta em ordem cronológica.

Por isto, a luta do advogado não é para provar a inocência do seu cliente, mas conseguir que seja colocado em liberdade, pois com isto aumenta a chance de prescrição. Logo, quando quer ter 40 recursos, ou mais, e questiona o fato de o STF autorizar a prisão depois do julgamento em segunda instância, decorre da situação de que diminui a chance de prescrição, uma vez que inibe a chicana, embora alguns falem em ampla defesa (ou eterna defesa).

---

[12]JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Abrindo a caixa preta: Por que a Jutiça não funciona no Brasil?** Salvador: JusPODIVM, 2016, 221 e 222

Cita-se, por exemplo, o caso do ex-senador Luiz Estevão, o qual foi autor de 35 recursos, e apenas após o trânsito em julgado é que foi preso.[13]

No julgamento da liminar referente à ADC 43, em 05/10/16, o STF, por 7 x 4 entendeu que é constitucional a prisão depois do julgamento de recurso pela segunda instância, independente do trânsito em julgado.

Esta possibilidade de prisão antecipada era comum e existia até 2009 quando o então Ministro do STF Eros Grau no HC 84.078 proferiu voto impedindo a prisão antes do trânsito em julgado, por 6 x 5.

Em razão disso, em 2011, com forte lobby da defesa, foi aprovada a Lei 12.403 que assegura a prisão apenas após o trânsito em julgado, exceto se flagrante e preventiva, no art. 283 do CPP, a qual está tendo sua aplicação equalizada pelo STF para evitar abusos e também excesso de recursos e prescrições.

A grande maioria das prescrições ocorre no STF e STJ, em razão do excesso de recursos procastinórios e com pouquíssima chance de êxito. No entanto, não são declaradas nestes Tribunais Superiores, apenas quando retornam para a execução na primeira instância é que, em regra, são reconhecidas.

Por oportuno cita-se trecho do voto do Ministro Barroso:

> O ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, afirma que a prisão só depois do trânsito em julgado da condenação "produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal".
>
> Em seu voto no julgamento do HC 126.292, o julgador destacou que, entre janeiro de 2009 e abril deste ano, menos de 3% dos recursos foram providos pelo STF.
>
> O total vale para recursos providos a qualquer uma das partes. Se forem contados apenas as decisão favoráveis aos réus, o índice é de 1,1%.
>
> "Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, **representando 0,035% do total de decisões**", diz o ministro.[14]

[13]STF nega 35º recurso do ex-senador Luiz Estevão em processo por desvio de verbas do TRT-SP. Disponível em: <http://wp.clicrbs.com.br/cenariopolitico/stf-nega-35o-recurso-de-ex-senador-luiz-estevao-em-processo-por-desvio-de-verbas-do-trt-sp/?topo=52>. Acesso em: 20 out. 2016.

[14]GRILLO, Brenno. **STJ aceita 37,5% dos recursos pedindo absolvição, diz Defensoria do RJ**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/stj-aceita-375-recursos-pedindo-absolvicao-defensoria. Acesso em: 20 out. 2016.

Em suma, é mais comum, embora também raro, que a acusação obtenha êxito no STF do que a Defesa, pois geralmente o acusado realmente cometeu o fato, o que se discute é mais relativo á pena e tipificação.

A defesa tem mais sucesso com prescrições do que com absolvições, ou então discutindo o tipo penal.Na prática a média é a seguinte:

> - 60% de condenações, em geral, são penas próximas do mínimo legal.
>
> - 30% de prescrições, a qual ocorre em alguma das fases processuais, inclusive execução penal
>
> - 10% de absolvições.

Lado outro, é que esta quantidade de prescrições pode aumentar, não sendo uniforme, pois crimes com pena menor prescrevem mais rapidamente. Logo, nos crimes da Lei Maria da Penha, como ameaça e Lesão Corporal leve, este índice de prescrição pode ser superior a 50%, conforme relatado pela Desembargadora Kárin Emmerich do TJMG, em palestra na ALMG em 2016.[15]

Na verdade, a prescrição em crimes da Lei Maria da Penha superam a 70% se não usar-se da triagem para casos mais graves e também da alternativa de Suspensão Condicional do Processo, embora o STJ seja contra.

Tem se entendido que a prescrição não interrompe após os julgamentos do Tribunal de 2ª instância, portanto a defesa acaba usando a via de recurso aos Tribunais Superiores (STF e STJ) como meio de tentar a prescrição. Na Itália também é grande o número de prescrições, pois lá depois da sentença de primeiro grau não há interrupção da prescrição, são conhecidos como o país da impunidade na Europa e por isto estão fortalecendo medidas para triagem de casos mais relevantes e também de acordos penais (pattegiamento). Contudo, o processo penal lá já está bem melhor que o atual processo penal brasileiro. Para eles é algo inimaginável alguém ajuizar 35 recursos para o mesmo caso e em liberdade.

O STF e STJ também não julgam os processos penais em ordem cronológica, logo acabam tendo uma política criminal de prioridades. Ademais, se o interesse

---

[15]Prescrição de crimes contra mulheres é desafio a ser vencido. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2016/08/24_comis_mulheres_discussao_dez_anos_lei_maria_penha.html>. Acesso em: 21 out. 2016.

público em punir fosse tão absoluto não haveria espaço para a prescrição e todos os crimes seriam imprescritíveis.

A Constituição Federal estabelece como crimes imprescritíveis os previstos em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV, sendo imprescritíveis os crimes de Racismo, bem como ação de Grupos Armados, civis ou militares, contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Já a Tortura tem sido considerada como crime imprescritível em razão de Tratado Internacional, mas não é pacífico.

Portanto, se crimes prescrevem e não há sanção alguma para as autoridades é porque há uma autorização implícita para a oportunidade (prioridade) da ação penal.

2.4 Obrigatoriedade da Ação Penal em face da Criminologia e Política Criminal

Geralmente nas Faculdades de Direito estuda-se apenas o Direito Penal, sem adentrar nos estudos da criminologia e ciência política. Isto decorre em razão da predominância do finalismo penal no Direito Penal, afinal Welzel é conhecido como o "Kelsen Penalista", ou seja, o finalismo é uma espécie de positivismo e defende o afastamento do Direito de outros segmentos, principalmente valorativos. Portanto, o "direito penal finalista" preocupa-se apenas com tipicidade e aplicação da pena em uma atividade mais tecnocrata, sem avaliar os fatores criminógenos e prioridades.

Oportuno analisar rapidamente estes conceitos: direito penal, criminologia e política criminal, sendo os dois últimos muito pouco conhecidos no meio jurídico e cobrados em concursos, apesar da inegável importância.

A criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que visa do crime, do infrator, da vítima e do controle social, com o intuito de evitar a criminalidade. Obviamente a criminologia pode exaltar os seus critérios conforme o viés ideológico. Por exemplo, quando se fala em criminologia da libertação ou criminologia crítica há uma tendência de esquerda, em considerar os criminosos como vítima da sociedade e o meio como responsável pelo "fato" criminoso.

A prevenção primária orienta-se para as causas mesmas, antes da ocorrência do crime, para neutralizar este antes que o próprio problema se manifeste, atuam a longo prazo, assegurando direitos como moradias, trabalho e outros fundamentais.

A **prevenção secundária,** diferente da primária, atua após a existência do crime, tendo como alvos locais onde os crimes já acontecem e são mais avançados, operam a curto e médio prazo.

A prevenção terciária, atua junto à população carcerária, a população carcerária visando sua recuperação e evitando a reincidência.

Já a política criminal visa estabelecer estratégias, táticas e meios para a execução de medidas que combata o crime, tanto na via legislativa como criando tipos penais, como na administrativa, estabelecendo prioridades para abordagens policiais, por exemplo. E conforme Defende Roxin ainda que o meio jurídico, Promotores e Juízes, podem fazer política pública criminal priorizando processamento e julgamento de casos mais relevantes localmente.

Nessesentido cita-se Luiz Flávio Gomes, o qual faz um comparativo entre o Direito Penal antes e depois de Roxin, vejamos,

> Franz von Liszt (no final do século XIX) afirmou que "o Direito penal é a barreira infranqueável da Política criminal" (ou seja: todas as postulações de política criminal deveriam ser feitas fora do Direito penal, não se admitindo a interferência dela neste último; seriam duas ciências separadas, incomunicáveis). Roxin (a partir de 1970) modificou radicalmente essa premissa: para ele os postulados de política criminal devem ser introduzidos dentro do Direito penal e mesclados com todas as suas mais importantes categorias. Exemplo: quando se estuda a tipicidade, não se pode ignorar o princípio da insignificância (para excluir do Direito penal as ofensas bagatelares, ínfimas). A subtração de um palito de fósforo, formalmente, está descrita no art. 155 do CP. Materialmente falando, entretanto, é um absurdo usar o Direito penal (a pena de prisão) para punir essa subtração. A conduta de subtrair, como se vê, nem sempre constitui um furto.[16]

A questão da segurança pública pode ser tratada como política de Estado ou política de Governo, nesta última visa mais a fins eleitorais enquanto a primeira é mais permanente.

[16] GOMES, Luiz Flávio**. O direito penal antes e depois de Roxin**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12370/o-direito-penal-antes-e-depois-de-roxin>. Acesso em 18 ago. 2016

2.5 Princípio, Regra, Norma ou Mito da Obrigatoriedade

Seguindo a tendência atualmente dominante consideraremos tanto o princípio, como a regra, como normas, pois o primeiro também deve ter força normativa.

Nesse sentido cita-se o conceito exposto pelo Luis Roberto Barroso, atualmente Ministro do STF, na obra o Novo Direito Constitucional Brasileiro:

> **Regras** são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis aum conjunto delimitado de situações. Ocorrendo ahipótese prevista no seu relato, a regra deve indicir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadra-se os fatos na previsão abstrata e prosuz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua intereiza ou ela é descumprida. Na hipótese de conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. **Princípios,** por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especifiam a conduta a ser seguida se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípois frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto[...].[17] (grifo nosso)

Em suma, princípios são como mandados de otimização com carga valorativa e pesos que variam conforme o momento fático na sociedade.

Explicando a teoria de Alexy sobre a diferença entre regras e princípios, Gilmar Mendes esclarece:

> Admitida esta teoria dos princípios, não será exato afirmar que a generalidade seja a nota definitiva para se identificar um princípio. Afinal, há normas com grau de generalidade que não enquadram como princípios. Assim, o preceido diz não haver crime sem prévia lei que o defina, tido como princípio pela sua generalidade, é, de fato, uma regra, segundo a teoria em estudo, pois exige algo que inevitavelmente somente pode ser ou não cumprido.[18]

Importante ressaltar que a Constituiçao Federal no Brasil não se refere expressamente à obrigatoriedade da ação penal, como o faz a italiana no art. 112. No entanto, a nossa Constituição refere-se expressamente à independência funcional do

---

[17]BARROSO. Luiz Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 148

[18]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 75

Membro do Ministério Público, bem como à autonomia do Ministério Público, inclusive como forma de separação de função de poder no sistema jurídico, a partir de 1988.

Apesar desta revolução copernicana os livros de processo penal nada aprofundam sobre esta matéria. Em suma, obras antes de 1988 e depois de 1988 não se atentaram para esta inovação, pois ainda focam na leitura estrita do Código de Processo Penal, ignorando a Constituição Federal.

A respeito da técnica de ponderação, o ilustre Luis Roberto Barroso leciona:

> Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórumla para compeender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma- incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, nãosendo por si só suficiente para ditar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes. Não é difícil demonstrar o argumento. Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobreo mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor-, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado e os direitos à honra, à intimadade e à vida privada, de outro[...] Esse é, de maneria geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de técnica de ponderação.[19]

O Ministério Público no Estado Democrático de Direito deve atuar como mecanismo de fiscalizar o poder punitivo do Estado, o qual é exercido também através do aparato policial. Logo, não deve ser o Ministério Público uma espécie de advogado da Polícia em juízo.

Pode-se considerar a obrigatoriedade da ação penal como mero mito e nesse sentido citamos o conceito de Mircea Eliade,

> O mito conta uma história sagrada; ele relata um acontecimento ocorrido no tempo primordial, o tempo fabuloso do 'princípio'.[20]

O mito tem seu viés ideológico, popularmente diz-seque uma mentira dita milhões de vezes, pode passar a ser uma "verdade". Luiz Alberto Warat assevera:

---

[19]BARROSO. Luiz Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 153

[20]ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 11

> O mito é uma forma específica de manifestção do ideológico no plano do discurso.[21]

Não há nenhum motivo razoável para que a obrigatoriedade da ação penal seja considerada como um princípio constitucional implícito, caso seja alguém que sustente a existência de princípio constitucional implícito.

Ademais, os próprios métodos tradicionais de hermenêutica constitucional permitem uma compreensão através do método jurídico (texto literal permite Município legislar supletivamente sobre assistência jurídica), bem como o teleológico no sentido de atender ao interesse do bem comum de descentralização e acesso ao serviço de assistência jurídica para solução do impasse, o qual demanda uma interpretação sistêmica para se alcançar o objetivo do texto constitucional. Não há neste caso conflitos de princípios ou normas, pois o objetivo é assegurar ao cidadão o direito fundamental de assistência jurídica. Dessa forma, destaca-se que na concepção de Gadamer, compreender é sempre, também, aplicar.

Porém, o valor jurídico dominante deve ser a independência funcional do Promotor ou do Juiz para estabelecer prioridades de política pública criminal na área processual penal, ou seja, o Ministério Público deve ter a arte de litigar racionalmente e com eficácia estabelecendo uma estratégia processual de prioridades, evitando-se o centralismo.

Oportuno destacar o texto elaborado por Edgar Kohn, estabelecendo o que Alexy considera como "diálogo de fontes":

> NORMA, REGRA E PRINCÍPIO
>
> Conforme Alexy, norma é o gênero, do qual Princípio e regra são espécies. Alexy escreve que tanto regras como Princípios são normas, porque ambos prescrevem o que é devido.
>
> Uma diferença entre ambos é que as regras proporcionam o critério das ações, dizendo o que se deve ou não fazer em situações específicas, enquanto os Princípios proporcionam critérios para o posicionamento diante de uma situação concreta. Aos Princípios só se pode dar um sentido operativo, aplicando-os a um caso concreto.

[21] WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 103

> Enquanto duas regras não podem existir juntas, quando são contraditórias, dois Princípios contraditórios podem coexistir, sem se invalidarem. Alexy ensina que, enquanto o conflito de regras só admite a declaração de invalidez de uma das regras ou a inclusão de uma cláusula de exceção que elimina o conflito, a colisão de Princípios não traz consigo uma invalidação de um dos dois Princípios nem a inclusão de uma cláusula de exceção. Este conflito se resolve pela ponderação dos Princípios no caso concreto, ou seja, no caso concreto será ponderado, a qual Princípio deve ser atribuído maior peso.
>
> Portanto, para Alexy, regras não podem conviver, se contraditórias, pois se terá outra norma que prescreve qual regra prevalece. Já os Princípios contraditórios podem conviver e serão ponderados no caso concreto, sem poder-se saber de antemão qual Princípio prevalecerá, ou seja, pode ser que numa colisão entre dois Princípios num caso prevalecerá um Princípio e em outro caso similar, mas um pouco diferente, prevalece, justamente por causa desta diferença, o outro Princípio[22]

Analisando a situação pode-se concluir que ainda que ambos sejam princípios, ainda que normativos, e não meros enunciados, logo podem e devem conviver harmonicamente devendo a hermenêutica buscar a pacífica convivência destes Institutos importantes. Em regra, a obrigatoriedade da ação penal não está prevista na constituição federal, mas há quem assegure que é um princípio implícito. No entanto, um princípio implícito não pode prevalecer sobre um princípio explícito (independência funcional e autonomia do Ministério Público).

Dessa forma Edgar Kohn continua sua lição abordando especificamente a colisão de princípios, vejamos,

> SOLUÇÕES PARA A COLISÃO DE PRINCÍPIOS
>
> Alexy ensina que todos os Princípios a priori têm o mesmo valor e peso. Caso dois ou mais Princípios colidirem, deve ser ponderado no caso concreto qual Princípio deve prevalecer para fazer Justiça. Não se resolve o conflito eliminando um dos Princípios do rol dos Princípios, também não se estabelece uma regra geral, pela qual um Princípio prevalece diante de outro, e tampouco se estabelece uma regra de exceção, pela qual em tese um Princípio prevalece, mas que em certos casos pode prevalecer o outro. Assim, não existe uma

[22] KOHN, Edgar. **A solução da colisão de princípios e conflito de regras**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/solucao-da-colisao-de-principios-e-conflito-de-regras>. Acesso em 18 ago. 2016

> precedência absoluta de um Princípio diante de outro, mas uma precedência condicionada[23]

Logo estamos diante de um aparente conflito de princípios envolvendo dois direitos fundamentais. Em razão disso, imprescindível citar Jane Reis Gonçalves Pereira, em que assevera o uso do método de interpretação de ponderação de interesses:

> O vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer[24]

Ainda que se considere o "princípio da obrigatoriedade da ação penal" se tratade colisão de dois direitos fundamentais fundamentados em princípios (independência funcional/autonomia versus obrigatoriedade da ação penal), a interpretação mais conveniente dá-se no âmbito do **método hermenêutico-concretizador,** sem prejuízo de uso de interpretação como a "tópica" usando fatos concretos como argumentação de apoio, buscando a unidade da Constituição e a proporcionalidade para que se dê efetividade aos preceitos assegurados na Constituição Federal buscando o diálogo das fontes prevalecendo a conclusão que mais beneficia o cidadão que é assegurar ao mesmo o direito de não processar por pequenos delitos, notadamente furtos em que vítimas não desejem o processo penal.

Oportuno destacar a conclusão de Rafael da Silva Santiago no tocante ao **conflito entre regras e princípios** em um trabalho:

> Por fim, em não havendo a possibilidade de perpetuação do conflito real entre reserva do possível (princípios) e direitos fundamentais (regras), está armada a necessidade de harmonizá-los, a partir de uma noção de análise da regra sob outra perspectiva, protagonizada pelos princípios que lhe deram causa. Tudo conduzido pelo processo de reinterpretação da situação fática regulada.[25]

---

[23]KOHN, Edgar. **A solução da colisão de princípios e conflito de regras**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/solucao-da-colisao-de-principios-e-conflito-de-regras>. Acesso em 18 ago. 2016

[24] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 261

[25] SANTIAGO, Rafael da Silva. **O conflito real entre regras e princípios e a reserva do possível no regime jurídico-administrativo: uma reinterpretação do caso concreto**. UNB: Brasília, 2011.

Isto não significa que o princípio sempre irá prevalecer sobre a regra, há necessidade de uma simbiose, afinal no caso de conflitos entre princípio e regra, não se aplica o caso de 'tudo ou nada'. Obviamente, em se tratando de um princípio positivado na Constituição, a regra deverá ser lida e aplicada no sentido de alinhar aos contornos do princípio.

Este trabalho não sustenta ser possível a ponderação entre regras, pois entende que uma anula a outra, ainda que futuramente a jurisprudência possa mudar de posição em caso similares em razão de outra realidade social.

Dessa forma, para elucidar a questão jurídica buscar-se-á aplicar os princípios da força normativa da Constituição e o princípio da unidade da Constituição, os quais respectivamente tem seu significado explicado pelos juristas Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araujo, na obra Curso de Direito Constitucional,

> Na solução dos problemas constitucionais, deve-se pautar a interpretação pela maior otimização possível dos preceitos constitucionais e o segundo no sentido de que a Constituição é um sistema integrado por diversas normas, reciprocamente implicadas, que, dessa feita, devem ser compreendidas na sua harmoniosa globalidade[26]

Isto coaduna nos termos principiológicos do sistema jurídico penal na Constituição Federal, o que segue na linha de no agir comunicativo "do cidadão" e também o que **Haberle** sustenta no sentido de "sociedade de intérpretes", o que consagra a autonomia libertária e funcional do direito processual penal, o que lhe assegura a dignidade humana e a paz social, sem prejuízo de eventual policial, o que não obriga a uma ação penal.

De forma resumida, pode-se afirmar que princípios são deontológicos, enquanto os valores são axiológicos.

Embora a obrigatoriedade da ação penal tenha sido um objetivo do Iluminismo Republicano, o mesmo somente veio a ser firmado durante o período de fascismo na Europa, e atualmente no Brasil é usado como meio de gestão da miséria, o que pode ser constado na obra "Punir os pobres, a onda punitiva", Editora Revan, de Loic Wacquant,

[26]ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 125

o que aumenta em um Estado com monopólio de defesa criminal de pobre atuando de forma direta e sem alternativas e terceirizações, impondo um controle punitivista com discurso retórico de proteção, o que se pode concluir lendo a obra "A cultura do controle", Editora Revan, David Garland.

Citando também a **Teoria Tridimensional do Direito (TTD)** em que trabalha os elementos fato, valor e norma de forma equânime, ressalta-se que há necessidade de que cada promotoria e cada Comarca e cada Vara tenham suas políticas criminais locais de prioridades e foquem nos valores daquela comunidade em relação ao fato e interpretação da norma. A TTD rompe com o positivismo e a atividade mecânica de mera subsunção do fato á norma, mas não se confunde com o direito alternativo, o qual foca muito no valor.

Citando Reale, Angeles Mateos Garcia, na obra A Teoria dos Valores de Miguel Reale, fundamentos de seu tridimensionalismo jurídico, o autor leciona que:

> Para Reale, isso é bem claro: os valores não podem ser limitados à consideração da análse do ser, porque, se assim fora, a úncia coisa qaue pordíamos dizer deles é que eles são. Seu âmbito de estudo, no entanto, éo dever ser, em que são apreendidos na sua atualização, como 'objetos valiosos', enquanto'objetos culturais'. Todavia, isso não significa admitir que os valores sejam identificáveis com os objetos culturais. Reale rejeita energicamente qualquer tipo de ontologismo absoluto no âmbito da axiologia.[27]

Esta questão da necessidade de se ter ao menos conhecimentos sobre filosofia, sociologia, ciência política para se fazer uma política criminal, ou seja, ponderação de normas em matéria penal é ressaltada por Thiago Bottino, onde faz estudo de casos na Alemanha:

> Ao analisar-se a aplicação da ponderação em matéria penal e processual penal verificou-se a importância de que os critérios para a ponderação estejam estabelecidos anteriormente ao exame de um caso concreto. O uso da técnica da ponderação dissociada de uma base filosófica, política e jurídica estabelecida a priori representa enorme risco para o Estado de direito, a democracia e os direitos fundamentais porquanto dá margem ao causismo na decisão judicial.[28]

---

[27]GARCÍA, Angeles Meteos. **A teoria dos valores de Miguel Reale**: fundamentos de seu tridimensionalismo jurídico. Tradução: TaliaBugel. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19

[28]AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação em normas em matéria penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 158

Muito embora, a obrigatoriedade seja costumeiramente tratada como um princípio, a mesma não esteve presente no ordenamento jurídico desde o seu início, sendo adotada bem recente com o advento da República, e sua busca de igualdade, bem como não é um mandamento central do sistema, pois este sobrevive sem a mesma, logo foi uma opção ideológica de um momento específico.

Apesar de o positivismo, em geral, tratar os princípios como meras 'recomendações'. No caso, do que chamam de 'princípio da obrigatoriedade' seguem com rigor típico de regra.

Diferenciando a questão da diferença entre princípios e regras entre Dworkin e Alexy, pode-se afirmar que para o primeiro os princípios têm uma maior dimensão de peso ou importância que as regras. Já para Alexy princípios são mandados de otimização (na medida do possível) e as regras são determinações.

Nesse aspecto pode-se concluir que a obrigatoriedade da ação penal no Brasil, se realmente existir no ordemanento jurídico brasileiro, não é um princípio, mas uma regra, pois específica e concreta, e sem previsão constitucional, podendo ser considerada como prevista implicitamente no art. 24 do CPP, sem prejuízo ser considerada mesmo como mero mito. Afinal, não é princípio porque não constitui noção de mandamento nuclear de um sistema, não sendo nem mesmo um princípio informativo do processo penal, com previsão apenas na lei, conforme muitos o consideram, uma vez que se aproxima mais de uma regra pela objetividade, ainda que possa ter influências no sistema processual penal, mas toda regra tem impacto no mundo real.

No entanto, independente de ser princípio, ou regra, a questão insuperável é quea obrigatoriedade da ação penal não tem previsão constitucional.

Já a independência funcional do Membro do Ministério Público prevista expressamente no art. 127, § 1 da Constituição Federal como princípio institucional, não apenas porque é tratada expressamente como princípio no texto constitucional, pois isto poderia ser questionado pela essência, mas sim porque tem toda a densidade e amplitude principiológica, uma vez que é abstrata, não é absoluta, logo comporta limites, não é uma espécie do tudo ou nada.

2.6 Fatores criminógenos

Em razão do forte lobby da esquerda, decorrente do marxismo cultural, somos levados a crer que o único fator criminógeno, ou ao menos o dominante, é a pobreza ou desigualdade social, pois o criminoso seria fruto do meio e não uma pessoa com autonomia e livre arbítrio.

Não se pode tratar criminosos eventuais e criminosos habituais da mesma forma, nem crimes graves da mesma forma que crimes menos graves, em uma atuação à mercê da ordem cronológica de prioridades imposta pelo Estado Policial que seleciona, sem fundamentação, as prioridades que deseja.

Estudos mais recentes, até mesmo da esquerda, alegam que a pobreza, por si só, não gera mais crimes, mas a desigualdade social. Com este argumento tentam exaltar a luta de classes. No entanto, países com maior desigualdade social que o Brasil, como a India, têm menor índice criminal, exceto para estupros, pois lá são coniventes com este crime. Vejam então a associação entre controle social e punição. Os crimes não punidos tendem a aumentar.

A Venezuela, por exemplo, vive o caos na segurança pública.[29]

Afinal, quando o pensamento de esquerda destrói valores tradicionais como família, educação, religião e ataca sorrateiramente a autoridade, como policiais, servidores públicos, professores, pais e lideres religiosos, acaba provocando o caos social para que possam propor outro modelo.

Com esta visão de esquerda o criminoso vira vítima da sociedade e fomenta a luta de classes, conforme exaltado pelo movimento lumpemsiano. Enquanto isso, as 50 mil vítimas de assassinato e as outras 40 mil mortas no trânsito tornam-se esquecidas, ao passo que o preso vira o objeto da atenção.

Importante transcrever trechos da obra A Vida na Sarjeta, de Theodore Dalrymple, o qual é um psiquiatra em presídio na Inglaterra:

> p.31 “O fato de os criminosos sempre transferirem a responsabilidade de seus atos para outro local é ilustrada por algumas das expressões

[29] SCHARFENBERG, Ewald. **Cresce a violência em Caracas, com mais de 500 homicídios em julho**. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/04/internacional/1470270197_693779.html. Acesso em: 20 out. 2016.

> que utilizam com mais freqüência nas consultas. Ao descrever a perda de equilíbrio que os leva a agredir quem quer que os desagrade suficientemente, dizem, "tenho a cabeça quente", "perdi a cabeça"
>
> [...]
>
> p. 34 "Em primeiro lugar, existe hoje um eleitorado muito ampliado para as visões progressistas: legiões de voluntários e cuidadores, assistentes sociais e terapeutas, cujas rendas e carreiras dependem da suposta incapacidade de um grande número de pessoas de se defender ou de se comportar razoalvemente [...] Eis que vem à tona a influência subliminar da filosofia marxista: a noção de que não é a consciência do homem que determina a existência, mas, ao contrário, a existência social que determina a consciência
>
> [...]
>
> p. 35 "E a noção disseminada de que a desigualdade material é, em si, um simbolo de injustiça institucionalizada também ajuda a fomentar o crime. Se a propriedade é um roubo, logo, o roubo é uma forma de justa redistribuição".[30]

Lado outro, o fato de a legislação processual e o direito penal serem privativos de serem legislados pela União, mas a segurança pública ser responsabilidade dos Estados acaba gerando um hiato de impunidade. Agrava-se ainda a visão distorcida do art. 144 da Constituição Federal no sentido de que Municípios não são obrigados a colaborarem na segurança pública, uma vez que integram o conceito de Estado.

Outro aspecto que demonstra que não é a pobreza o fator preponderante em crimes é o dado de que mais de 6.000 servidores federais foram demitidos entre 2003 e 2016 por corrução, ou seja, não eram pobres vítimas da desigualdade social.[31]

O mito de que desigualdade social, e não a pobreza em si, que produz criminalidade também não subsiste, sendo constatado que a redução da desigualdade no Brasil não diminuiu o número de crimes.[32]

De fato ao retirarem a responsabilidade do criminoso pelo crime e transferirem para a sociedade e para o Estado acabou estimulando a impunidade e a perda do

---

[30]DALRYMPLE, Theodore. **A vida na sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral**. 1ª ed. São Paulo: É realizações, 2014, p. 31, 34 e 35.

[31]Governo Federal demite 6 mil servidores públicos por atividades contrárias à lei. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/governo-federal-demite-6-mil-servidores-publicos-por-atividades-contrarias-lei>. Acesso em: 20 out. 2016.

[32] BAHIA, Andréia. **Aumento da renda não diminui violência no país**. Disponivel em: <http://www.jornalopcao.com.br/posts/reportagens/aumento-da-renda-nao-diminuiu-violencia-no-pais>. Acesso em: 20 out. 2016.

controle social. Bandidos viraram vítimas da sociedade, em um movimento que é estimulado pela Esquerda e que caminha no sentido do interesse do movimento "lumpem", criar um exército de falsos excluídos socialmente para aumentarem o discurso de vitimismo e luta de classes.

Dessa forma os adeptos do determinismo social ignoram fatores criminógenos como os:

1) psicopatas (pessoas geneticamente sem remorso);

2) as pessoas violentas (gene MAOA e/ou cromossomo XYY em homens);

3) as pessoas preguiçosas e com hormônio Dopamina na insula anterior;

4) pedófilos (também sem cura).

Ou seja, estas são causas genéticas e sem cura, mas que não retiram o livre arbítrio, pois têm consciência da ilicitude de suas condutas. Mas, que não são passiveis do mito da ressocialização ou da cura social. Geralmente, os deterministas sociais (Esquerda) cometem de irem aos presídios e constatarem que como há muitos presos pobres e com pouco estudo, então estas são as causas da criminalidade. Isto seria o mesmo que ir aos Hospitais e observando que há muitas pessoas com dengue internadas ali, concluir que a causa da Dengue é o ambiente hospitalar. Em suma, confundem causas com efeitos.

Cita-se trecho da obra dos sociólogos Luis Flavio Sapori e Glaucio Ary Dillon, Por que cresce a violência no Brasil?:

> A sociologia do crime e da violência de ponta, que absorveu conhecimentos recentes, vai além da pobreza e da desigualdade.[33]

Importante também destacar o livro de Rachel Sheherazade, âncora de Jornal do SBT e que também já foi escrevente na Vara da Infância e Juventude da Paraíba, e não se pode negar o seu conhecimento empírico externado na obra "O Brasil tem cura",

> A violência é uma das filhas da impunidade, que por sua vez é outro sintoma da grave doença social de que padece o Brasil [...] O aparente paradoxo tem uma explicação trivial: cadeias lotadas não significam,

[33]SAPORI, Luís Flávio. SOARES, Gláucio Ary Dillon. **Por que cresce a violência no Brasil?** Belo Horizonte: Autêntica Editora: Editora PUC Minas, 2014, p. 129

> necessariamente, punição justa ou suficiente [...] É a percepção de que os culpados não serão punidos gera revola nos inocentes. Para os criminosos, a certeza da impunidade é o que os encoraja a não só perseverarem no submundo do crime, mas também a agirem com mais audácia e truculência.[34]

Ora, pessoas com poucos estudos cometem crimes menos inteligentes, logo são presas em flagrante. Enquanto as mais estudadas ficam na fase intelectual do crime ou em crimes mais intelectuais, logo são menos flagradas. Além, de haver mais pessoas com poucos estudos do que com mais estudos.

Apenas a título de exemplo, destaca-se que enquanto a porcentagem de psicopatas na sociedade gira em torno de 5%, isto aumenta para mais de 20% nos presídios. Sendo importante dizer que psicopata não tem cura, nem ressocialização.

Nessa tentativa de justificar o ato do criminoso, e como durante o período de 2004 e 2010 houve um boom na oferta de empregos, em razão de uma política governamental eleitoreira de estimular o endividamento de população, mas o que propiciou um elevado número de vagas de emprego não preenchidas, então não se podia mais dizer que se cometia crime por falta de trabalho. Então, mudaram o discurso, para falta de qualificação. Isto é, os bandidos cometiam crime, não por preguiça e comodismo, mas por não ter qualificação para um emprego e não aceitar ser servente.

Geralmente, usam o discurso equivocado de que criminoso comete crime para dar comida para seus familiares. Este é o discurso mais falacioso de todos. Os bandidos não se preocupam com seus familiares, não dão comidas para seus filhos. Eles apenas querem curtir a vida trabalhando pouco, preferem um assalto a terem que trabalhar todo o mês.

A única coisa que realmente compram os criminosos são coisas para si próprios como carros, motos, viagens e drogas. Muito raro comprar leite para filhos, como divulga-se no imaginário popular, geralmente nem cuidam da família.

Também é ingênuo o discurso de que Presídios são escolas para bandidos. Ora, pessoas sem tendência a serem bandidos, não se tornam bandidos por terem ficado em presídios, apenas se tiverem tendências a serem bandidos é que verá nesta estadia uma oportunidade, a qual poderia ocorrer até mesmo fora dos muros prisionais.

---

[34]SHEHERAZADE, Rachel. **O Brasil tem cura**. 1 ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2015, p. 54 e 55

O criminoso eventual, sem tendência criminosa, não se tornará mais criminoso por estar em um presídio, isto é discurso de Esquerda que tenta aterrorizar o meio social como a acuar determinante.

Visitando mensalmente presídio com mais de 300 presos foi possível constatar que muitos optaram por serem bandidos habituais, em vez de trabalharem. Fizeram do uso livre-arbítrio e falam abertamente que não desejam trabalhar, pois lucram mais com o crime e o pouco que ficam presos é um período de férias.

Por fim, o maior fator criminógeno é impunidade e a visão de vitimismo do bandido, o qual aproveita-se do fato de afirmarem que os culpados pelos seus crimes é a sociedade e não a preguiça, oportunismo e mau-caráter dos bandidos. A pena deve ser cumprida de forma digna, sem tortura e desumanidades, mas deve ser cumprida rigorasamente e o criminoso ter ciência de que o único responsável pelo seu crime é ele em outros.

Roxin, no livro Estudos de Direito Penal, descata formas de prevenir e curar criminosos visando a redução da criminalidade, vejamos:

> **p. 05: Prevenir, ao invés de Punir [...]** Outro caminho através do qual se poderia tentar a eliminação ou uma extensa redução da criminalidade, com ela, do direito penal, seria não a redução do controle estatal, mas, inversamente, seu fortalecimento através de uma abrangente vigilância de todos os cidadãos.De fato, pode-se verificar que sociedades liberais e democráticas possuem uma criminalidade maior que ditaduras. Mas também um país livre e em que existe um Estado de Direito, como o Japão, apresenta uma criminalidade sensivelmente menor que a dos Estados industriais do Ocidente. Isto costuma ser explicado com o fato de a estrutura social japonesa ser bem menos individualista que a ocidental. O indivíduo está submetido, portanto, a um controle social (através da família, dos vizinhos e de uma polícia que aparece como assistente), considerando mais intenso, o que lhe dificulta o comportamento desviante.
>
> **p. 09: Curar, ao invés de Punir [...]** Uma exigência que já tem uma longa tradição na Europa procura substituir no futuro a pena por medidas de segurança. Esta concepção baseia-se predominantemente na idéia de que o criminoso seja um doente psíquico ou social, que deveria ser tratado ao invés de punido (grifo nosso).[35]

[35]ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 05 e 09

Os fatores em questão englobam o fato de que, com o tempo as pessoas tendem a cometer crimes mais elaborados ou diminuem o cometimento de crimes quando diminui a dopamina (hormônio do risco e do prazer). Portanto, com a idade é natural que o cidadão deixe de cometer crimes e não por causa de eventual política assistencialista prisional. Em suma, depois dos 40 anos é natural que o criminoso deixe de cometer crimes com maiores riscos, exceto se for psicopata ou um golpista inveterado.

Simplesmente ser aprovado em Enem (Exame Nacional do Ensino Médio) também não é ressocialização, nem sinal de que não irái cometer crime, pois se fosse assim não existiriam médicos, advogados, promotores, juízes, delegados, fiscais, empresários e até banqueiros cometendo crime.

Direito Penal não é terapia coletiva para criminoso. Direito Penal não é ramos do direito de saúde, nem do direito de assistência social. Caso contrário, perde-se o controle social e acaba estimulando a criminalidade pela sensação de impunidade social, o que é mais grave que a impunidade jurídica.

Dizer que a pobreza, por si só, gera crime, é o mesmo que dizer que pobre é bandido e rico não comete crimes!

Outro aspecto importante é que estudos da psiquiatria confirmam que entre 3 a 5% da população é psicopata, mas nos presídios isto chega a 30%.

No Canadá há presídio destinado apenas para psicopatas, estes não são sempre violentos, apenas não sentem remorso.[36]

Mas, o que é um psicopata? Este é uma pessoa que não sente remorso (não é necessariamente violento, como se imagina na crença popular). O cérebro do psicopata não consegue sentir remorso, embora possa fingir. Nem todo psicopata comete crimes, mas todos dão problemas e manipulam as pessoas. É fácil identificar um psicopata

[36] GARCIA, Carolina. **Sem avaliação psiquiátrica, "psicopatas anônimos" dividem cela com criminosos.** Disponível em: <ultimosegundo.ig.com.br/Brasil/2013-09-10/sem-avaliacao-psiquiatrica-psicopatas-anonimos-dividem-cela-com-criminosos.html>. Acesso em: 17 out. 2016

através do Exame de Ressonância Magnética (scanner cerebral), pois a zona do remorso não manifesta no exame. Psicopatia não tem cura, logo não tem “ressocialização”. Psicopata não é um doente, mas transtorno de personalidade, o que permite ter plena noção da ilicitude de sua conduta, mas apenas não se arrepende da mesma, nem mensura as consequências.

Temos psicopatas muito inteligentes e pouco inteligentes, bem como psicopatas dissimulados, calmos e psicopatas violentos. Uma pesquisa da Psiquiatria da USP constatou que nos presídios a quantidade de psicopatas é de 30%, ou seja, de seis a dez vezes mais que na população solta.

Há ainda o fato de pesquisa genética constatou que homens com os genes XXY (uma deformação genética) tendem a ser mais violentos que homens com cromossomos XY. E não adianta fazer tricô no presídio, pois não irão ficar mais calmos, mas apenas dissimulados. O que pode controlá-los é a certeza de uma punição rápida.

Também é comprovado que pessoas com danos neurológicos no lobo frontal decorrentes de acidentes, por exemplo, podem ficar violentas e sem autocontrole. Essas ocorrências foram detectadas notadamente quando há lesões no córtex pré-frontal direito.

Além disso, na Universidade de Cingapura identificaram o gene DRD4 como um fator que define o autocontrole social. A questão é que sem auto controle social as pessoas tendem a descumprir as regras impostas, o que inclui cometer crimes, e isso é potencializado pela impunidade.

Afinal, sabendo que serão multados no trânsito quantos pobres ou ricos avançam o sinal, com sensor eletrônico para multar por avanço ? Ou seja, o autocontrole social, o controle social e a certeza da punição funcionam como prevenção aos delitos. Mas, se estes fatores falham ao colocar o “errado” como “regra”, então gera o colapso no

sistema penal e prisional. Se perdermos o controle social (vergonha) de andarmos nus, não há sistema judicial ou policial que seja suficiente. As pessoas perderam a vergonha de serem criminosos, muitos até sentem orgulho e outros sentem-se beneficiados por serem equivocadamente tratados como vítimas da sociedade.

Sem dúvida alguns ressocializarão, porém muito mais pela assistência religiosa ou pela vontade própria do apenado, do que pelos demais serviços sustentados pelos adeptos da ideologia da ressocialização (correicionalismo).

2.7 Escolas Penais e Teoria da Pena

Importante fazer uma breve análise das escolas penais mais recentes do período moderno para se compreender o atual momento do direito penal no Brasil, bem como a influência da filosofia e sociologia no nosso cotidiano de direito penal, para refletirmos sobre o papel do direito penal e sua função constitucional em um Estado Democrático de Direito.

A Escola Clássica surgiu no final do século XVIII, consistia na concepção de que a pena é um mal imposto ao indivíduo merecedor de um castigo por motivo de uma falta considerada crime, cometida voluntária e conscientemente. A finalidade da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade, considerando que o criminoso tem livre-arbítrio. Foram seus expoentes Jeremy Bhentam Carrara, Beccaria e Enrico Pessima. Não focava muito na figura da ação do criminoso, embora direcionasse para a pessoa da proteção do criminoso. A função do direito penal é limitar o poder punitivo do Estado e a pena tem como função evitar novos delitos. Sua base filosófica é Kant e Hegel. O nosso Código Criminal de 1830 filiava à mesma.

A Escola Positivista desenvolveu-se no final do século XIX e teve como precursor o Augusto Comte, após 1789**.** O crime começou a ser examinado sob o ângulo sociológico, e o criminoso passou também a ser estudado, tornando-se o centro das investigações biopsicológicas, tendo Lombroso filiado à mesma no período (1870), na fase antropológica, bem como Enrico Ferri na segunda fase, a sociológica. A pena era vista como um fim para a defesa social e a tutela jurídica e acusado não tinha livre-arbítrio. O crime é visto como um fenômeno social e natural oriundo de causas biológicas físicas e sociais, foco também na figura do criminoso e causas criminais.

Finalidade da pena é punir e regenerar o criminoso. Em suma, usa-se o método indultivo, trabalhando com determinismo e periculosidade.

A Escola Crítica ou Terza scuola, também denominada de Escola Eclética, ou de Positivismo Crítico, a terceira escola penal procurava conciliar as posições extremadas da escola Clássica e do Positivismo Naturalista, temperando os debates sobre determinismo e livre arbítrio. Embora foque na ausência de livre-arbítiro, pois admitia a responsabilidade moral.

A Escola Correcionalista aparece na Alemanha, em 1839, com a dissertação de Karl Roder. Alguns dos doutrinadores que se dedicam ao estudo das escolas penais apontam como uma das principais características da Escola Penal Correcionalista é fixar a correção ou emenda do delinqüente com fim único de pena Na Escola Penal Correcionalista, começa-se a pensar, mesmo que forma indireta, na ressocialização do delinqüente através da pena, no momento em que se busca a cura do delinquente. Trata-se aqui a pena como meio de controle social, não mais como uma mera retribuição ao crime praticado.

Cezar Roberto Bitencourt explica de forma clara como os correcionalistas encaram um infrator e sua pena,

> Para os correcionalistas, a pena não se dirige ao homem real, vivo e concreto, que se tornou responsável por um determinado crime, revelador de uma determinação defeituosa de vontade. Na verdade, a sua finalidade é trabalhar sobre a causa do delito, isto é, a vontade defeituosa, procurando convertê-la segundo os ditames do direito. O correcionalismo, de fundo ético-panteísta, apresentou-se como uma doutrina cristã, tendo em conta a moral e o Direito natural". Pena é a correção da vontade do indivíduo e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada[37]

Escola Moderna Alemã (sociológica) surgiu principalmente dos estudos do político-criminólogo alemão Franz Von Liszt, extrai-se deste caráter intimidativo uma inovação frente às escolas penais precedentes que atribuíam a pena única função de afastar o delinquente do meio social. A pena com a função de desestimular a pratica de

[37] BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63

crimes por meio da intimidação, sem dúvidas faz parte da política penal moderna, da prevenção geral.

As características da Escola Moderna Alemã são: a) distinção entre o direito penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método lógico abstrato para o direito penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais;

A Escola Técnico-Jurídicainiciou-se em 1905 e é uma reação à corrente positivista. Procura restaurar o critério propriamente jurídico da ciência do Direito Penal. O seu primeiro expoente é Arturo Rocco, o qual propõe desenvolver a idéia que a ciência penal é autônoma, com objeto e métodos próprios, ou seja, ela é única, não se misturando com outras ciências (antropologia, sociologia, filosofia, estatística, psicologia e política) numa verdadeira desorganização. O Direito Penal continha de tudo, menos Direito. Rocco propõe uma reorganização onde o estudo do Direito Criminal se restringiria apenas ao Direito Positivo vigente Nesta o criminoso tem o livre arbítrio. Inspira em Kelsen.

A Escola Humanista encaraa pena como uma forma de educação.

A Escola da Defesa Social surgiu na década de 40 na Itália, para Felipe Gramatica, o Direito Penal deve ser substituído por um Direito de Defesa Social, com o objetivo de adaptar o indivíduo à ordem social.

A Escola da Nova Defesa Social surgiu na década de 50, com Marc Ancel, e nesta escola definem-se como uma postura humanista de proteção social contra o crime. Mas, na prática protegem apenas os interesses do criminoso em detrimento da sociedade e segurança pública.*A ressocialização é o ponto forte deste teoria*, a qual valoriza conceitos preventivos e por intervenções educativas e reeducativas, ou seja, substituição da pena por medidas sociais, uma espécie, de cura social através da pena. Presídios viram quase que mosteiros e spas, com massagens, terapias, cursos de flores, de beleza, etc.

Em suma, na fase de processo penal de conhecimento defendem um direito penal do fato, sem analisar o criminoso e aplicar reincidência, por exemplo. Já na fase da execução penal sustenta um direito penal do autor, e que deve ser de acordo com as condições de vida do condenado, o qual chama de “reeducando”. Movimento

influenciado pela ideologia de esquerda que sustenta o determinismo social e que busca a cura social. O termo ‘defesa social’ permite uma versão ideológica do Direito Penal, tanto que as Escola Clássica e a Escola Positivista usaram estes termos, com fins diversos. Um dos seus ícones é o Marc Ancel. Por isto Secretarias de Segurança Pública estão tendo os seus nomes alterados para Secretarias de Defesa Social, ou seja, uma espécie de Direito Penal com Assistência Social. Uma medida que pode desmoralizar o direito penal com penas diminutas, com muitos processados e pouco sentido na pena de prisão.

No início do século XX, as ciências penais se separaram, cada uma seguiu um curso epistemológico: **o direito penal**, como ciência normativa e dogmática; **a criminologia,** como ciência das causas do crime, estudo do delinquente, da sociedade criminógena e, já no final do século XX, como estudo do sistema punitivo; e **a política criminal,** como pesquisa das melhores opções científicas ou políticas que devem orientar a elaboração da legislação.

Neste sistema é importante verificar as teorias da pena, ou seja, uma versão que foca mais na pena do que no crime em si, São três as principais teorias sobre a finalidade da pena:

- **teorias retributivas, absolutas ou repressivas**: para estas a pena tem finalidade de castigar o delinqüente, ou seja, pena é castigo, fundamentam sua base filosófica em Kant e Hegel. Todo delito deve ser sancionado, para se retribuir o mal do crime.

- **teorias relativas, preventivas ou utilitárias:** a pena tem a finalidade de prevenir o delito. Dividem-se em teorias da prevenção especial e prevenção geral.

Estas subdividem-se em t**eoria** da **prevenção geral negativa**, na qual a pena tem a finalidade de intimidação de todos os potenciais delinqüentes, ou seja, a pena é uma ameaça, e tem como base filosófica o Feuerbach. E também tem a **teoria da prevenção geral positiva** em que a pena tem a finalidade de reforçar a norma violada, de mostrar que a norma é relevante.

Já na prevenção geral temos a **teoria da prevenção especial positiva**, na qual a pena tem a finalidade de reintegrar o condenado, ou seja, sua ressocialização. E também a **teoria da prevenção especial negativa,** em que a pena tem por finalidade eliminar o condenado do convívio social, isto é, segregação.

- teorias mistas,de união ou ecléticas: a pena seria retributiva e preventiva ao mesmo tempo. A parte Geral do Código Penal adotou esta linha no art. 59, em 1984, embora não tenha minuciado qual das teorias, conforme texto a seguir:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente **para reprovação e prevenção do crime (grifo nosso)**

Existe também a posição minoritária de Roxin de que a previsão abstrata da ação da pena tem o fim de prevenção geral negativa, no momento da aplicação tem o objetivo de prevenção geral positiva e prevenção geral negativa; e durante a execução penal a finalidade de prevenção especial positiva. (Teoria dialética Unificadora)

Importante ressaltar a relação entre escolas penais e as teorias sobre a pena. Neste ponto destaca-se a questão da Defesa Social e Nova Defesa Social, pois atualmente prevalecem e são responsáveis pelo aumento do número de prisões em razão da visão do direito penal como cura social, logo desmoralizam a força do direito penal e provocam a perda do controle social. Assim, criminosos passam a ser vítimas da sociedade e não responsáveis pelos seus atos e não têm vergonha de irem para a prisão, a qual torna-se uma espécie de "campo de férias", com visitas íntimas, desnecessidade de manter bom comportamento efetivo, visitas de familiares como se fosse um dia de piquenique, fingindo que trabalham e que estudam (não podem ser reprovados) para que a pena possa diminuída, de dois dias a cada três dias.

Em uma condenação de 06 anos raramente cumpre-se 06 meses, no máximo um ano (um sexto da pena), com estes artifícios na execução penal, o que corrobora o mito do dever de punir. O preso que deveria ser chamado de "apenado", sem alteração alguma na lei, mas apenas lobby de setores de esquerda na cúpula de poder, passou a ser chamado por todos de "reeducando" (no gerúndio).

Na prática, em quase 100% dos casos, a pena aplicada fica próxima do mínimo legal. Em pesquisa, em 2013, em lista de discussão no grupo GNMP (Grupo Nacional de Membros do Ministério Público, endereço de email *gnmp@yahoogrupos.com.br*, www.gnmp.com.br, com aproximadamente mil Membros cadastrados, apenas dois haviam visto aplicação de pena máxima em único caso cada um, e mesmo assim, em primeira instância e os casos não tinham chegado ao fim.

Este objetivo da esquerda é o direito penal simbólico e a cura social, o que se comprova com a edição recente da Lei 13.330/2016, a qual trata do crime de abigeato (furto de gado), cuja pena mínima foi dobrada, de um ano para dois anos, mas continua como sendo regime aberto e domiciliar na prática. Logo, não mudará em nada no cenário processual e prisional. Contudo, nada se discutiu sobre o crime de furto privilegiado, de pequenos objetos de valor inferior a 01 salário mínimo, e a lei poderia prever expressamente que seria uma ação penal pública condicionada à representação da vítima, mas nada se discute sobre esta forma de triagem.

Nessa visão de dominação ideológica pela esquerda observa-se que no Programa Ciência Sem Fronteiras, foram excluídas as ciências das áreas de humanas, como o Direito. Afinal, não há interesse para um governo de propaganda ideológica que se conheça outras ideologias atuais em outros países, pois o objetivo é manter os mantras contra princípios como liberdade de escolha, livre-arbítrio, meritocracia, responsabilização individual com punições e recompensas, e outros fatores.

Ora, o atual Governo propõe combater violência e promover segurança pública, sem que estudantes possam ver como funciona em outros países. Isto decorre do fato que a Esquerda domina o Ministério da Educação e faz sua política gramiscista de dominação através daquele Ministério e suas ideologias são sutilmente impostas, como controle estatal e inchaço estatal.

Por outro lado, a defesa almeja um processo penal longo e lento e que dê prescrição ou diminuta pena alternativa, com vários recursos, pois isto aumenta o seu lucro com mais honorários e o risco é pequeno caso o cliente seja condenado, pois é possível que esteja prescrito ou que seja uma diminuta pena alternativa.

Infelizmente, se for réu preso o processo tramita rapidamente, mas se for réu solto não. Logo, advogados lutam apenas para conseguir soltar o cliente, e depois não têm mais efetivo interesse na celeridade processual, alguns até abandonam o processo, pois cobraram “apenas para soltar o cliente”.

Notem ainda que o meio jurídico fala apenas em “excesso de presos” e querem mais ampla defesa com mais e mais recursos, mas nada fala sobre as prescrições, pautas demoradas para réus soltos, cifra negra, excesso de processos por questões de pequenas

montas, afinal quanto mais processos penais, melhor para o meio jurídico, ainda que sem efetividade, pois faz movimentar o trabalho jurídico.

Neste diapasão, cita-se a recente Escola de Frankfurt, para a qual a função penal é restrita aos direitos individuais, o Direito Penal não deve se preocupar com os bens jurídicos supra-individuais. Assim, defendem a necessidade de se resgatar e fazer prevalecer os princípios de um Direito Penal garantidor, como necessidade mesmo de preservação de um Estado de Direito, rompendo-se com a irracionalidade da reação punitiva, e que se constitua em um passo no sentido do rompimento com a cruel fantasia que sustenta o sistema penal. Com efeito, sugerem a criação de outro ramo do direito para proteger a sociedade dos riscos, como sugere a Escola de Frankfurt, a exemplo do direito de intervenção e do direito sancionatório, ambos seriam administrativizados, é uma escola de teoria social interdisciplinar neomarxista.

Não faz sentido do ponto de vista da Teoria dos Jogos obrigar o Estado a acusar e depois obrigar o Estado a defender, e buscar a prescrição. Ainda que se conforme com o mito clássico de que ao Estado-Judiciário caberia conter os abusos do próprio Estado, não faz sentido obrigar o Estado a litigar.

No plano ideológico penal atualmente há três correntes ideológicas em vigor no Brasil, e que serão abordadas em outro capítulo (garantismo, finalismo e funcionalismo).

Temos também a classificação em direito penal de primeira velocidade, de segunda velocidade e terceira velocidade, as quais têm ligação íntima com a ideologia penal do segmento a que se filia o leitor.

No Direito penal de primeira velocidade é considerado o foco na privação da liberdade e nos princípios clássicos processuais e penais. **No direito penal de segunda velocidade** o foco muda para restrição de direitos e flexibilização de princípios clássicos, como a transação penal na Lei 9099/95. **Já o direito penal de terceira velocidade t**eria um foco na prisão e redução de garantias para casos mais graves e que colocassem a sociedade em risco, como o Terrorismo.

E conforme defende Roxin o meio jurídico, Promotores e Juízes, podem fazer política pública criminal priorizando processamento e julgamento de casos mais relevantes localmente.

3. Desenvolvimento

3.1 Aspectos históricos da obrigatoriedade/oportunidade da ação penal

A obrigatoriedade da ação penal começou a ser discutida na fase de implantação da República no Brasil sendo baseada em uma visão de igualdade republicana em que todos deveriam ser processados igualmente. Contudo, demonstraremos a inviabilidade desta concepção a seguir.

Na verdade, o princípio da legalidade desenvolvido para embasar o tipo penal, o qual era uma garantia dos acusados de que haveria previsibilidade para punir suas condutas, com o tempo foi mudando no sentido de que haveria obrigatoriedade de punir neste caso de cometer conduta tipificada. Ora, na verdade, se a legalidade do tipo penalé um limite e não um ponto de partida, nada impede que seja avaliada a tipificação em razão das prioridades atuais da sociedade.

Contudo, prevalece a concepção que apenas o Legislativo pode estabelecer as prioridades de bens jurídicos protegidos por lei penal e o Executivo cumprir através do policiamento, mas este estabelece suas prioridades, pois não se consegue apurar todos os delitos na ordem que são cometidos e conforme o número do artigo na Lei Penal. Enquanto isso, caberia ao sistema jurídico processar todos os que cometeram crimes, ainda que não haja pauta de audiências, nem vagas nos presídios ao argumento de que “este problema não é meu” ou “faço a minha parte`. Mas, o problema é que o problema é de todos e precisa ser racionalizado.

Além disso, Secretários de Segurança e policiais também não eleitos e estes acabam decidindo grande parte da política criminal.

Considerando a espeficidade do tema sobre direito penal, faz-se muito improvável que um Legislativo composto pelos mais variáveis segmentos da sociedade e no generalismo da lei consiga abranger toda a intregalidade do processo penal e do direito penal.

Não é muito lógico afirmar que toda a discussão sobre o processo penal e penal deve estar prevista em lei, ou seja, elaborada apenas pelos Legisladores, afinal muitos nem são da área jurídica ou penal. Isto seria similar à área de saúde afirmar que apenas poderia adotar procedimentos previstos em uma norma legal processual. No entanto,

muitas questões na área de saúde são regulamentadas por normas administrativas. O processo penal deve ser um meio de fluxo e não um meio de travar o andamento.

Esta dicotomia entre Legislativo e Jurídico acaba por estabelecendo uma situação hipotética em que Legislativo escreve algo, mas o meio jurídico reescreve com novas intepretações, e não há um diálogo efetivo. Isto sem falar nos próprios conflitos entre as carreiras jurídicas, pois alguns setores desejam um processo penal perfeito, com recursos infinitos sempre na busca de uma suposta justiça plena e de acerto, o que contrasta com o fato de termos até vários tipos ritos para cada tipo de crime em vez de uma simplificação processual com redução de ritos.

Ora, prevalecendo este argumento de que todos os delitos devem ser processados não poderia haver direito de silêncio no interrogatório, nem prova ilícita, pois o que valeria é a "verdade real" (um mito inquisitivo) e também não poderia haver sigilos, como o Estado deve processar todos os crimes, logo todas as conversas seriam monitoradas, todas as casas vigiadas por dentro e fora, nem haveria sigilo bancário ou tributário, e todos seriam processados, ao menos em tese e também não poderia haver perdão judicial, nem indulto, nem prescrição.

Para os que sustentam o dever estatal de punir sempre e por tudo, também não poderia haver crimes de natureza privada, nem de representação para ação penal pública condicionada, afinal se o Estado tem que punir por tudo, não faz o menor sentido que o Estado tenha menos poder que as vítimas, as quais podem renunciar ao poder punitivo, mas o Estado não. Imaginar que esta divisão é politicamente possível em razão da função legislativa, e negar ao sistema judicial, é uma visão muito restrita. Afinal, o poder punitivo é do Estado e não do Legislativo, logo a divisão de funções de poder é justamente para fortalecer os direitos individuais e não o contrário, para se criar ilhas de poder estatal que podem agir sozinhas, pois o objetivo é a ação em modelo compartilhado.

Portanto, o Estado tem o direito de declarar guerra se houver risco para a nação, mas nem por isto tem o dever de guerrear sempre, pois pode optar por outros caminhos como ignorar a agressão, exigir desculpas, acionar a diplomacia, impor sanções comerciais, buscar sanções morais em organismos internacionais como a ONU, e várias outras formas menos traumáticas.

No tocante à obrigatoriedade da ação penal, mesmo na década de 80 e com o atual CPP, embora antes da CF em vigor e apesar da doutrina dominante sustentar a obrigatoriedade da ação penal, os seguintes autores já defendiam a oportunidade da ação penal com base no art. 28 do CPP, *sendo elesPaulo Pinto de Carvalho, Tael Silvestre, Frederico Marques, Euclides Custodio, Jose Antonio Paganella Boschi, dentre outros.*

A Constituição Republicana de 1891 permitiu que cada Estado tivesse o seu próprio Código de Processo, o que perdurou até o advento da Constituição de 1934. Nem todos os Estados tiveram o seu próprio Código e preferiram adotarem o Código Nacional.

Contudo, alguns Códigos Estaduais de Processo Penal, de fato, previam expressamente a obrigatoriedade da ação penal, pode-se citar o do Distrito Federal (Arts. 3º e 22, do Decreto-Lei nº 16.751/1924); de Minas Gerais (Arts. 26 e 29, do Decreto nº 9.640/1930); do Rio Grande do Sul (Art.100, da Lei nº 24/1898); e da Bahia (Arts. 1.779 e 1.787, da Lei nº 1.121/ 1915), conforme leciona Afrânio Jardim,na obra Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade[38]. Certamente os Códigos Estaduais foram influenciados pela doutrina do Iluminismo que fortaleceu o debate da República e fim do Império no Brasil. A maioria dos Estados optou por usar o Código de Processo da União em vez de editarem seus próprios Códigos Processuais.

O nosso Código de Processo Penal brasileiro foi inspirado na codificação processual penal italiana da década de 30, quando a Itália estava em pleno regime fascista, sendo um texto aprovado no Governo Getúlio Vargas, sem votação e discussão.

O Mestre Afrânio Jardim efetuou brilhante trabalho sobre a obrigatoriedade da ação penal na década de 80, anterior à atual Constituição Federal, inclusive usou de pesquisa ao Direito Comparado Até hoje o Insigne Jurista mantém sua posição ideológica a favor da obrigatoriedade da ação penal. A sua obra já está na 5ª Edição, em 2011. Porém, a legislação estrangeira citada pelo insigne autor não contém as atualizações ocorridas nos ordenamentos jurídicos na década de 90, conforme demonstro no capítulo sobre América Latina, pesquisando a legislação de todos os

[38]JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade: revista atualizada segundo a Lei nº 9.099/95 (Lei dos juizados especiais criminais). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95-99

países da América Latina, aproximadamente 25 nações**, e com exceção do Brasil, todos** passaram a adotar a oportunidade da ação penal, prevendo expressamente ao Ministério Público a possibilidade de não processar em casos de menor ofensividade, nem mesmo é obrigado a fazer acordos penais. O mesmo ocorrendo em vários países da Europa. Sem falar na questão de que os pequenos furtos passaram a ser ação penal privada ou penal pública condicionada à representação da vítima.

Importante registrar que o trabalho do Dr. Afranio Jardim, na obra Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade, do Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2011 pesquisou na década de 80, sobre os sistemas penais nos países da America Latina e concluiu que prevalecia o principio da obrigatoriedade. Contudo, a partir da década de 90, praticamente todos (menos o Brasil) passaram a adotar o principio da oportunidade permitindo ao Ministério Público ate mesmo arquivar, conforme demonstrado no capitulo próprio. A obra do Prof. Afrânio Silva Jardim, foi reeditada, mas usou a legislação da década de 80 e não a de 90.

O autor Roberto Lyra, **na década de 30**, registra que as prerrogativas funcionais devem estar acima do princípio da obrigatoriedade,

> O Código de Processo local (Paraíba) realmente dispõe que os Promotores Públicos são obrigados a apresentar denúncia e promover a ação criminal (art. 22 do DEc. 4824, de 1871). Mas, este texto esta em conflito com as normas fundamentais da instituição e não podia prevalecer, no seu liberalismo anacrônico, sobre os princípios gerais que fixam as prerrogativas e as diretrizes funcionais.[39]

Maria Stella Villela Souto, na obra ABC do Processo Penal, tentou justificar a obrigatoriedade da ação penal com o seguinte argumento,

> Obrigatoriedade e Oficialidade – são princípios constitucionais consagrados pela Constituição em seu art. 141, §27. Este se traduz pela determinação de que só ao Estado incumbe a imposição da pena por infração ao preceito penal, pelo que se firma no preceito constitucional quando diz:Ninguém será processado senão pela autoridade e na forma da lei anterior, o que resulta na obrigatoriedade, segundo a qual o cidadão somente deve ser processado e julgado por pessoa a quem a lei já determinou expressamente.[40]

[39] LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. São Paulo: SAFE, 2001, p. 145

[40] SOUTO, Maria Stella Villela. **ABC do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1959, p. 19

Antonio Luiz da Câmara Leal ressalta que o artigo 24 do CPP, refere-se à questão da atribuição do Ministério Público para ajuizar a ação penal pública, a qual é direcionada à sociedade,

> O artigo 24 do Código de Processo Penal refere-se, em particular, à Ação Penal Pública. Essa ação que compete à sociedade, interessada na repressão da infração, é exercida pelo Ministério Público.[41]

O mesmo autor acima ao analisar o artigo 42 do CPP, o qual trata da impossibilidade do Ministério Público desistir da ação penal, sustenta o seguinte argumento,

> Não havia na legislação anterior um dispositivo expresso declarando que o Ministério Público não poderia desistir da Ação Penal intentada. Mas, assim se entendia,sendo essa uma doutrina corrente [...] A ação Penal não é simplesmente um direito que a sociedade exerce por intermédio de seu representante, que é órgão da justiça pública; ela constitui também um dever do Estado, na tutela da ordem jurídica, de modo que o Ministério Público tem obrigação funcional de oferecer denúncia contra os infratores da lei penal, desde que o crime seja de Ação Pública independente de representação do ofendido.Há quem entenda que a acusação seja um dever do Ministério Público e lhe negue,por isso,o direito de opinar em sentido favorável ao acusado. Não merece adesão semelhante doutrina extremamente criminalista.[42]

Segundo Pimenta Bueno, dois grandes princípios regem asatividades almejadas pelo Ministério Público, no entanto, com a evolução do direito, vários países adotaram somente um deles,

> Dois são os princípios políticos que informam, neste assunto, a atividade persecutória do Ministério Público; o princípio da legalidade (“legalitätsprinzip”) e o princípio da oportunidade (“opportunitätsprinzip”). Pelo princípio da legalidade. Na França vigora o princípio da oportunidade; Na Alemanha, a reforma processual de1924, aboliu o princípio da legalidade, apoiando-se na regra – mínima noncurat praetor; O Direito norueguês adotou o princípio da oportunidade; Na Itália, vigora o princípio da legalidade (o qual na época era o mais difundido, mas hoje não); No Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nelevigora o chamado “dogma da ação penal obrigatória”.[43]

---

[41] LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, v. 1, 1942, p. 134

[42]LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, v. 1, 1942, p. 193

[43] BUENO, José Antônio Pimenta. **Processo criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 298

Bento de Faria, na obra Código de Processo Penal, leciona o direito à ação originada por um ato infracional,

> Se toda violação à lei penal, por ato material ou por omissão, corresponde a uma ação, daí resulta que a infração, consumada ou simplesmente tentada, é a origem do direito a mesma ação.[44]

Em outro momento, o autor Rogério Laura Tucci cita alguns autores para exemplificar o entendimento das regras da legalidade e da oportunidade, em que há pensamentos que se alinham a cada princípio em separado,

> Confronto entre a regra da obrigatoriedade e o critério da oportunidade: Visualizando sob outro aspecto o tema ora versado, acentua James Goldschmidt que enquanto o Estado não tinha a incumbência do jus puniendi, inexistiu base para um contraste entre as regras da legalidade e da oportunidade [...]Entrementes, surgiu e vigora, como exceção,o critério da oportunidade, como anota Jorge Alberto Romeiro, argumentam que,sendo o exercício da ação penal um ato administrativo, não se lhe pode infundir um caráter obrigatório, pois a atividade administrativa não comporta vínculos. Todavia, como adverte Florian (citado pelo ilustre autor derradeiramente apontado), ao refutar o argumento, este apesar de corresponder às exigências da lógica abstrata, revela-se contrário à realidade da vivência comunitária. Razão assiste, sem dúvida, ao Mestre de Turim, pois as condutas que o legislador erige à categoria de tipos penais são, justamente, aquelas cuja violação atinge mais fundamente a estrutura social. Daí, o inegável acerto de sua doutrinação, ao afiançar, em seguida,que o critério da oportunidade deve ser preferido apenas por aqueles que lobrigam no jus puniendi uma razão de utilidade social, condicionada a aplicação da lei penal a uma valoração de conveniência pública. Até por que, para os juristas que, pelo contrário, vêem nele um sentimento de justiça, só há lugar para a regra da obrigatoriedade, calcada no cânone da legalidade, a fim de que o culpado sofra o merecido castigo.[45]

Ao defender o dever de punir do Estado, Joaquim Canutocitao italiano Vincenzo Manzini e fundamenta seu entendimento no princípio da obrigatoriedade,

> Do fundamento do processo penal é, ao revés,o princípio da obrigatoriedade, porque o Estado não tem apenas o direito de punir, mas, sobretudo o dever de punir.[46]

---

[44] FARIA, Bento. **Código de processo penal** (dec. – Lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941). 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, v. 1, 1960, p. 116

[45] TUCCI, Rogério Laura. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 183

[46] ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.86

Registra-se que Manzini auxiliou Rocco na confecção do Código de Processo Penal em 1930 durante o Facismo na Itália. Outro aspecto é que a Constituição Italiana de 1948 tem expressamente a obrigatoriedade da ação penalde em seu texto no art. 112, esta Constituição foi a primeira da República em 1948, logo após a queda da Monarquia, logo a Constituição italiana estava na fase do Iluminismo e Republicanismo acreditando que processar tudo e todos era o princípio da igualdade republicana, o que vem se mostrando impossível de cumprir na área penal. Paradoxalmente, o texto constitucional da Itália não fala em "obrigatoriedade da investigação criminal", e de fato poucos falam na obrigatoriedade neste ponto.

No V Congresso Nacional do Ministério Público em 1977, na cidade de Recife, o Professor Pedro Uchoa Albuquerque,defendeu a inexistência da obrigatoriedade da ação penal, durante debates, apesar de não apresentar teses. No texto "Ministério Público, opinio delicti, consequência vinculatória", por Geraldo Batista Siqueira, este leciona que,

> O Prof. Pedro Uchoa Albuquerque chegou mesmo, a enfatizar a negativa do princípio da obrigatoriedade no impulso da ação penal.[47]

Por fim, Jorge Alberto Romeiro,registra sua mudança de opinião, afirmando ser insustentável defender o princípio da legalidade, e com ela a obrigatoriedade da ação penal, vejamos

> Os alicerces dos argumentos acima com que impugnamos na 1ª edição deste livro, a opinião dos que admitiam estar, praticamente consagrado no Brasil, diante do art.28 do Código de Processo Penal, o princípio da oportunidade, foram muito abalados com o correr do tempo [...] Na verdade, já não é mais possível sustentar no Brasil em toda a sua pureza, o princípio da legalidade.[48]

Foi criado um Projeto de Lei nº 633, de 1975 por Frederico Marques, o qual previa maior discricionariedade ao Ministério Público. No entanto, este projeto foi retirado pelo Executivo da pauta do Legislativo depois de 08 anos de tramitação.

O PL acima citado tinha a seguinte redação com relação ao oferecimento da denúncia e arquivamentos de inquéritos policiais,

---

[47] SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Ministério Público: "opinio delicti", consequência vinculatória.Justitia**. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/d257zb.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

[48] ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 97/99

> **Do oferecimento da denúncia**
>
> Art. 257. Recebidos os autos do inquérito policial, e verificando o Ministério Público que há fundamenta para a acusação, apresentará denúncia no prazo de quinze dias, se o réu estiver solto, e no de cinco dias, se preso.
>
> **Do arquivamento do inquérito**
>
> Art. 259. Se o órgão do Ministério Público entender que não há fundamento razoável para propor a ação penal, determinará o arquivamento do inquérito policial.
>
> §19 O arquivamento será sucintamente fundamentado, com remessa de cópia ao C**onselho Superior do Ministério Público.**
>
> §29 Se o Conselho entender que deva ser proposta a ação penal, será designado outro órgão do Ministério Público para oferecer a denúncia.
>
> §39 Até vinte dias após o arquivamento, o ofendido ou seu representante legal poderá recorrer ao Conselho Superior do Ministério Público, em petição fundamentada dirigida ao órgão recorrido, o qual, depois de mandar Juntar-lhe os autos, determinará que sejam enviados ao Conselho.

Em 1992, o projeto Salvio Figueiredo chegou ao Congresso para reforma do CPP, mas também não foi adiante. De acordo com a proposta, o arquivamento do inquérito policial competiria ao Ministério Público, quando insuficientes os elementos de convicção o**u por outras razões de direito,** ou ainda com fundamento **na provável superveniência de prescrição (**art. 37). Além disso, previa remessa ao Conselho Superior do MP, apenas se a vítima não concordasse com o arquivamento, podendo recorrer, no prazo de 30 dias, à instância superior do Ministério Público (art. 38, § 1º). Não haveria mais controle judicial.

Já a comissão presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover, em 1999, optou por não reformar todo o CPP, mas fazer ajustes por partes. A aprovação mais importante dessa comissão, segundo ela, foi em 2008, com a mudança dos ritos processuais e alterações na parte de sentenças, provas e ritos do tribunal do júri. No entanto, nada conseguiu acerca da questão da ação penal e investigação criminal, em razão de fortes disputas corporativas.

Lado outro, o art. 30 do Código de ProcessoPenal Militar consta título referente à "obrigatoriedade", mas foi editado como Decreto Lei em 1969 e sem votação pelo Legislativo, baseando no Projeto de Helio Tornaghi, o qual era um ferrenho defensor da obrigatoriedade da ação penal.

Em 1963 foi designada Comissão para apresentação dos anteprojetos de Código Penal, de Código de Processo Penal e de Código das Execuções Penais, constituiu o governo uma comissão revisora, composta pelos três autores (Nelson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi), a qual começou a funcionar em janeiro de 1964, iniciando os seus trabalhos com o anteprojeto do Código Penal. Contudo, com o Regime Militar iniciado em 1964, ocorreram alguns percalços.

Pretendia-se que a mesma comissão revisse os três projetos, que seriam posteriormente enviados ao Congresso. Contudo, em 09 de fevereiro de 1965, o Ministro Milton Campos dissolveu a anterior e designou outra, composta por Nelson Hungria e pelos juristas Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso.

O Código de Processo Penal Militar foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, em 21 de outubro de 1969 (Decreto-Lei n.° 1.004). Vários foram os adiamentos para a sua entrada em vigor, sendo que inicialmente foi estabelecida pelo art. 407 a sua vigência para 1° de janeiro de 1970, posteriormente, a Lei n.° 5.573, de 1° de dezembro de 1969, fixou para 1° de agosto, enquanto que a Lei n.° 5.597, de 31 de julho de 1970, alterava para 1° de janeiro de 1972. Todavia, a Lei n.° 5.749, de 1° de dezembro de 1971, estabelecia novo adiamento para 1° de janeiro de 1974. Finalmente surgiu a Lei n.° 6.063, de 27 de junho de 1974, que determinou que o novo diploma entraria em vigor simultaneamente com o novo Código de Processo Penal.

Observa-se assim que o tema obrigatoriedade X oportunidade da ação penal sempre foi polêmico e não tão simples como os atuais resumos de Direito Penal o colocam.

3.2 Furto e Roubo nos Códigos Criminais de 1830 e 1890 e Código Processo Criminal de 1832

O Brasil teve apenas dois Códigos Penais (Criminais) além do atual, e um Código de Processo Criminal além do que temos em vigor, afinal antes da Independência em 1822 vigoravam Códigos de Portugal. Além disso, entre 1889 (república) e 1940 foi permitida a edição de Códigos de Processo pelos Estados, sendo que alguns elaboraram os seus próprios. Contudo, a maioria continuou adotando o Código de Processo Federal, pois era permitido.

Na fase imperial havia divisão em crimes particulares, crimes públicos e crimes policiais. E o roubo incluía também violência contra a coisa, embora atualmente seja apenas violência contra pessoa no Brasil. Na maioria dos países violência contra coisa é roubo. Isto é importante para questões como explosões de caixas eletrônicos, pois como a violência foi contra coisa, no Brasil atualmente será apenas furto e não roubo, como seria anteriormente no início da República Brasileira.

Segue comparação entre os códigos existentes no Brasil.

Código Penal de 1830

FURTO

Art. 257. Tirar a cousa alheia contra a vontade de seu dono, para si, ou para outro.

Penas - de prisão com trabalho por dois mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor furtado.

ROUBO

Art. 269. Roubar, isto é, furtar, fazendo violência á pessoa, ou ás cousas (grifo nosso)

Penas - galés por um a oito annos.

Importante observar que furto e roubo estavam na parte dos crimes particulares (a partir do artigo 179-275, integravam a terceira parte, crimes particulares), logo Ministério Público não poderia denunciar por furto, mas com relação ao roubo tinha atribuição expressa no artigo 37 do Código de Processo.

Uma curiosidade interessante é que o homicídio doloso previa pena de morte, apesar de estar inserido na parte dos crimes particulares o Ministério Público devia denunciar, pois era inafiançável.

Código de Processo Criminal de 1832 (vigorou até o surgimento do Código de Processo Penal de 1941, exceto nos casos em que Estado-Membro tenha aprovado seu próprio Código Estadual de Processo)

Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:

1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras (grifo nosso).

2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciaes.

3º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo (grifo nosso):

§ 1º Nos crimes, que não admittem fiança.

§ 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade.

§ 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Principes, ou Princezas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia.

§ 4º Em todos os crimes publicos.

§ 5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funcções.

§ 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.

Art. 75. Não serão admittidas denuncias:

§ 1º Do pai contra o filho; do marido contra a mulher, ou vice-versa; do irmão contra o irmão.

§ 2º Do escravo contra o senhor.

§ 3º Do Advogado contra o cliente.

§ 4º Do impubere, mentecapto, ou furioso.

§ 5º Do filho famílias sem autoridade de seu pai.

§ 6º Do inimigo capital.

DA FIANÇA

Art. 100. Nos crimes, que não tiverem maior pena do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o réo livrar-se solto.

Também poderá livrar-se solto, nem mesmo será conservado na prisão, se nella já estiver, prestando fiança idonea nos crimes não exceptuados no artigo seguinte.

Art. 101. A fiança não terá lugar nos crimes, cujo maximo da pena fôr: 1º morte natural: 2º galés: 3º seis annos de prisão com trabalho: 4º oito annos de prisão simples: 5º vinte annos de degredo.

Art. 104. Aos fiadores serão dados todos os auxilios necessarios para a prisão do réo.

Código Penal de 1890

FURTO

Art. 330. Subtrahir para si, ou para outrem, cousa alheia movel, contra a vontade do seu dono:

§ 1º Si o objecto furtado for de valor inferior a 50$000:

Penas de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 5 a 20 % do valor do objecto furtado.

ROUBO

Art. *356. Subtrahir, para si ou para outrem, cousa alheia movel, fazendo violencia á pessoa* ***ou empregando força contra a cousa: (violência contra a coisa também, e o grifo é nosso)***

Pena: de prisão cellular por dous a oito annos.

AÇÂO PENAL:

Art. *407. Haverá logar a acção penal:*

§ 1º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para representa-la.

§ 2º Por denuncia do ministerio publico, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se*:*

1º os crimes de furto e damno, <u>não tendo havido prisão em flagrante</u> (grifo nosso);

2º, os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calumnia e injuria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274.

§ 3º Mediante procedimento ex-officio nos crimes inafiançaveis, quando não for apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Em se tratando de furto e dano na Républica, Eduardo Araujo da Silva esclarece a aplicação da oportunidade,

> Dessa orientação compulsória também não se afastou o Código Penal da República (Decreto 847, de 11-10-1890) [...] com referência aos crimes de furto e dano, **não tendo havido prisão em flagrante,** configurou inovação na legislação processual, **retratando a adoção da oportunidade na propositura da ação penal,** em razão do interesse do particular, a quem era facultado propor queixa. (grifo nosso)[49]

Em suma, antes do Código Penal de 1940 era considerado roubo a violência contra a coisa, ou seja, as atuais explosões de caixas eletrônicos seriam consideradas

[49]SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 16

como crime de roubo, conforme já dito acima. Em países com Itália, Alemanha e Espanha a violência contra a coisa é considerada como roubo.

4.Aspectos filosóficos e sociólogicos acerca da obrigatoriedade/oportunidade da ação penal

Importante registrar a base filosófica e sociológica do pensamento penal, ressaltando que apesar de haver um forte enfoque no estudo da filosofia na área penal, ressalta-se que a filosofia foca mais no mundo das idéias (idealismo), enquanto a sociologia trabalha mais empiricamente com dados e análises reais.

Iniciando pela filosofia, constata-se que o funcionalismo retoma valores da própria filosofia ao estabelecer prioridades, sendo uma forma comunicacional como destaca sobre as regras sociais mais relevantes para deterninada comunidade, ou então, como leciona **Gadame**r, pois uma das principais funções do Direito é a prestação jurisdicional e esta só é possível através da hermenêutica filosófica, pois inexiste imediata subsunção do fato à norma, e destacamos ainda que no arquivamento de inquérito policial há também o controle judicial.

No aspecto sociológico importante citar os apontamentos de Ana Lucia Sabadell, in Manual de Sociologia Jurídica:

> Hobbes, Rousseau e Kelsen elaboraram teorias positivistas centradas na legislação. A vontade do legislador é considerada como a espinha dorsal do sistema jurídico.[50]

A mesma autora cita a jurisprudência de interesses (de origem alemã) e o realismo jurídico (de origem norte-americana):

No tocante à primeira, relativa à jurisprudência de interesses, afirma que:

> [...] a decisão a ser tomada deve basear-se em uma poonderação dos interesses em questão. A particularidade do sistema jurídico é que tal

[50]SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 34 e 35

> ponderação deve ser feita levando em consideração o conteúdo da lei.[51]

Já em relação á segunda leciona que:

> O realismo jurídico escandinavo elabora pribipalmente análises metolológicas e filosóficas sobre o que é o direito (pesquisa teórica). O realismo norte-americano dedica-se ao estudo da prática jurídic, isto é, fatores que influenciam as decisões dos tribunais. Ambos interessam-se, porém, pela dimensão humana do efnômeno jurídico, considerandoo direito como um fato social e não como um conjunto de normas abstratas.[52]

O positivismo reinante no Direito brasileiro entende que a sociologia jurídica deve ficar afastada do mesmo, para que se possa manter a imparcialidade nos julgamentos, logo fenômenos sociais tendem a ser ignorados na atuação cotidiana do Direito. Oportuno destacar que Alf Ross era adepto do realismo escandinavo.

De forma mais resumida que no Direito temos três dimensões (justiça, validade e eficácia) e resumidamente pode-se afirmar:

1) A questão referente à justiça insere-se mais no campo da filosofia
2) A da validade da norma no campo jurídica
3) E a eficácia da norma, aplicação prática, na seara sociológica com pesquisas empíricas.

Nesse diapasão, podemos afirmar que o conceito de criminoso para a sociedade é muito diferente do que o visto pela lei e pelo meio jurídico. Por exemplo, uma pessoa que furta pequenos objetos é visto como criminoso, enquanto alguém que desvia dinheiro público, como alguém com desvio de caráter, mas a tendência é excluir o primeiro da sociedade e incluírem o segundo, incluindo reelegendo para cargos públicos.

Contudo, esta concepção não deveria ser a dominante no meio jurídico, mas é comum que os processos penais foquem nos pequenos furtos e deixam os crimes contra o erário prescreverem ou não serem apurados.

---

[51]SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 34 e 35

[52]SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 34 e 35

No tocante ao conceito de justiça varia conforme sua concepção, pois para a ***Direita,*** *Justiça é dar a cada* ***um segundo sua capacidade****, enquanto para a* ***Esquerda,****é dar para um* ***segundo a sua necessidade.***

Ação Comunicativa lecionada por Habermas consiste em legitimar um direito a partir da participação geral da comunidade em um processo de argumentação e comunicação e racional, visando-se o consenso dentro da coletividade, de modo a respeitar a dignidade humana de cada cidadão e em prol desse direito fundamental. Lado outro, temos a Hermenêutica filosófica de Gadamer, a qual alerta para os nossos preconceitos (juízos previamente formados) quando analisamos determinados eventos. Logo, a oportunidade da ação penal é um fenômeno que deve ser comunicado, objeto de ação e também visto com novos olhos em face da realidade atual e não no passado, logo não se pode justificar a obrigatoriedade da ação penal com base em discursos pretéritos, sem validar e confrontos com a atualidade.

Nesse sentido cita-se Cristina Ternes Dieter,

> Jürgen Habermas, apesar de considerar a hermenêutica gadameriana superior à análise da linguagem feita por Wittgenstein e à fenomenologia, tece uma crítica à pretensão de universalidade da hermenêutica desenvolvida por Gadamer (HEKMAN, 1986). Para este autor, existe algo que está além do diálogo e da consciência hermenêutica. "O argumento de Habermas contra Gadamer pode resumir-se na afirmação de que, apesar de a compreensão hermenêutica ser um primeiro passo necessário na compreensão, não pode ser o último.
>
> Nessa perspectiva, o primeiro ponto deste artigo vai analisar a Hermenêutica Filosófica, onde Gadamer, trabalhando a questão da pré- compreensão, sustenta que antes de compreendermos algo, já possuímos um pré-juízo ou uma pré-compreensão sobre esse algo, sendo que esta pré-compreensão é oriunda do legado da tradição, onde a linguagem aparece não como um mero instrumento, mas como condição de possibilidade para se ter acesso ao mundo, e nesse sentido, relaciona a compreensão com o Dasein de Heidegger. Já o segundo subtítulo irá abordar a Teoria do Discurso de Habermas, apresentando um paralelo entre a teoria habermasiana e a Hermenêutica Filosófica, apontando principalmente os pontos conflitantes, para que então no último ponto possa demonstrar como ocorre esse confronto no campo da efetividade da Constituição, bem como a resposta a esse conflito através do constitucionalismo adequado, visando um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde o Direito, a procura do justo, é obtido através da interpretação à luz dos princípios constitucionais.
>
> [...] a Hermenêutica Filosófica vem a superar a metafísica, através do circulo hermenêutico que se dá através da pré- compreensão, isto é, os

> pré-juízos que trazemos conosco desde sempre e que nos auxiliam no conhecimento das coisas, a chamada antecipação de sentido.[53]

Nesse momento também é oportuno destacar o ensinamento de Willis Santiago Guerra Filho, na obra Autopoiese do Direito na Sociedade Pós Moderna, sobre a relação entre o Direito e os fenômenosexternos:

> O Direito, então, desenvolve-se reagindo apenas aos seus próprios impulsos, embora estimulado por 'irritações', provindas do ambiente social. Também o Direito não seria absolutamente imutável, já que para realizar sua função social adequadamente tem que, ao mesmo tempo, preservar a integridade do sistema social, evitando mudanças excessivas, e viabilizar as transformações necessárias pra evitar sua estagnação e,consequentemente o seu fim. [...]O sistema jurídico, enquanto autopoiético, é fechado, logo, demarca seu próprio limite.[54]

A rigor, a obrigatoriedade da ação penal somente faz sentido em delitos mais graves, com base na proporcionalidade em que há um real interesse público de coibição em razão dos valores sociais mais relevantes que foram violados como assassinatos, pois haveria uma regra de otimização em relação ao princípio constitucional da independência funcional do Membro do Ministério Público e autonomia administrativa do Ministério Público. Logo, depreende-se que o problema da obrigatoriedade da ação penal não é ontológico, mas metodológico, pois se tem pregado a sua existência sem avaliar os seus limites e suas consequências, o que implica na necessidade de uma zetética empírica aplicada para o problema e respostas.

Ao se confundir no artigo 24 do CPP *o' ser' com o 'ente'* na expressão "esta será *promovida por denúncia do Ministério Públic*o", ignora-se a fase do giro hermenêutico desenvolvida por Heidegger, e que revolucionou e rompeu com a tradição filosófica.Neste artigo 24 do CPP, então o ser previsto no termo 'esta será' é o desvelamento, o que revelaria o que é a atribuição integrante do ente (Ministério Público), mas não uma obrigação, um dever, uma vontade. Logo a denúncia é um ato, a descrição da natureza da atribuição do Ministério Público, e não uma obrigação de

---

[53] DIETER, Cristina Ternes. **O confronto entre a hermenêutica filosófica e a teoria do discurso de Habermas na efetividade da Constituição e o advento do constitucionalismo adequado**. Disponível em: <file:///C:/Users/Camila/Downloads/7441-26865-1-PB.pdf>. Acesso em 24 nov. 2016.

[54] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 64, 65 e 66

processar baseada, em uma visão equivocada, de que deve ser ajuizada como "dever", ou seja, uma separação com a situação fática.

Mesmo antes de Heidegger, havia os ensinamentos de Scheleiemacher, o qual não separava entre ser e dever, mas sustentava que a interpretação deveria buscar a intenção do autor, mas não da maneira por ele pensa, porém atualizando-o, pelo que deveríamos entendê-lo melhor do que o próprio autor da proposição. E nesse sentido, chega-se ao filósofo Diltlhey, o qual inspirou o Trabalho de Miguel Reale, no tocante aos valores, pois Dilthey propõe a compreensão para se entender os fatos das ciências humanas, inclusive nos seus aspectos históricos e outros fatores elementares e valorativos como os culturais.

Portanto, a interpretação do art. 24 do CPP como obrigatoriedade da ação penal pode ter sua justificativa baseada em um período histórico, mas hoje não subsiste mais em face do atual desenvolvimento da política criminal, bem como da criminologia e das próprias Instituições Jurídicas.

Aproveitando também os ensinamentos de Kelsen pode-se afirmar que o termo será promovido por denúncia do Ministério Público, seria um aspecto normativo que visa uma descrição da atribuição como garantia processual e não na prescrição de uma obrigação ou um dever do Ministério Público de processar.

Kelsen, o autor da Teoria Pura do Direito, a que prevalece no Brasil, em que elementos valorativos, não jurídicos, não são apreciados, ao menos expressamente, nas manifestações jurídicas, e nesse ponto citamos Fábio Ulhoa Coelho, no artigo Kelsen e a Ciência do Direito:

> Para Kelsen, o objetivo do conhecimento científico do direito é o de simplesmente apresentar aos órgãos aplicadoes do direito as alternativas de sentidos que, sob o ponto de vita do método científico, são oferecidas por uma norma jurídica em particular.[55]

Logo, nem pela forma exposta por Kelsen podemos afirmar que o art. 24 do CPP afirma a obrigatoriedade da ação penal.

O art. 24 do CPP ao estabelecer que *'esta será promovida por denúncia do Ministério Público' visa a essência do ato como atribuição do Ministério Público, mas*

[55] COELHO, Fábio Ulhoa. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUC-SP: Max Limonad, 1995, p. 35

não a existência de uma obrigação de ação penal pública em todo e qualquer caso penal.

Nesse ponto também citamos Gadamer, autor da Filosofia Hermenêutica, focando na historicidade da linguagem e na pré-compreensão, promovendo uma virada hermenêutica, ao defender que uma coisa é estabelecer uma prática de interpretação frágil como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser, em que interpretar permitiria ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, por outro lado, a hermenêutica filosófica ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo haver uma pretensão de totalidade da interpretação.

Logo, deve ser a tradição apenas ponto de partida e não ponto de chegada, embora Habermas discorde do uso da tradição na hermenêutica por entender que estreita nossa compreensão, a tradição não pode ser negada na compreensão como sustenta Gadamer, e talvez a melhor solução seja através do agir comunicativo proposto por Habermas para mudar a compreensão tradicional, o que propomos a ser aplicado na releitura do art. 24 do CPP, sem que isso implique necessariamente na adoção dos princípios da Escola de Frankurt (de Esquerda), à qual se filia Habermas, porém sem ruptura, uma vez que a Direita não é contra a evolução natural da sociedade, mas o que evita são as rupturas, e no caso deste trabalho, em uma evolução da interpretação do art. 24 do CPP.

Podemos concluir que a diferença entre a hermenêutica de Gadamer e a Teoria Crítica de Habermas consiste na oposição entre conservação e revolução, tradição e razão, imanência e transcendência, bem como substância e forma., o que pode ser aplicado na evolução da obrigatoriedade para a oportunidade, ou apenas, o retorno à oportunidade, a qual vigorava antes da obrigatoriedade.

Nesse aspecto, citamos Luis Alberto Warat, na obra O Direito e sua Linguagem:

> Assim, os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas,os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas) forjam uma realidade imaginária (colocada na

> perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer como naturalismo.[56]

Portanto, como demonstrado em outro capítulo, a obrigatoriedade da ação penal não é tema tão pacífico como se leciona nos Manuais e Resumos para Concursos, nem mesmo o art. 24 do CPP tem necessariamente aquela interpretação comumente lecionada como imutável, logo relembremos ainda que "consenso não é necessariamente verdade". Lado outro não se propõe o casuísmo da decisão conforme a consciência, e nesse ponto citamos Streck, na obra O que é isto, decido conforme minha consciência?

> Consequentemente, torna-se necessário entender –e, fundamentalmente, reconhecer – essa circularidade entre uma situação prática em todos os agentes do direito estão previamente envolvidos e a prática simplesmente instrumental de interpretação/aplicação das normas: a primeira é aquela na qual fazemos parte de um a priori compartilhado, como é a pré-compreensão em Heidegger ou o jogo da linguagem em Wittgenstein. A segunda é simplesmente produto da poeração instrumental dos intérpretes e operadores do direito. Pensar que a segunda prática pode substituir a primeira é o grande equívocoo da teoria do direito na contemporaneidade.[57]

Em suma, a epistemologia zetética deve refutar o dogmatismo e questionar mitos que são tratados como verdades absolutas, como é o caso da obrigatoriedade da ação penal (ou da denúncia apenas) em face da possibilidade da oportunidade da ação penal pública em razão da ausência de justa causa processual para se iniciar uma ação penal em face da política criminal e das prioridades.

Cita-se ainda **Dworki**n que defende que se poderia melhorar a compreensão do Direito mediante instrumentos que possibilitassem comparações entre interpretações jurídicas e interpretações de outros campos do conhecimento e da experiência humanas, aproximando-se de princípios, mas analisando aspectos políticos, ou seja, política criminal, ou, uma filosofia política e defende ainda a igualdade como virtude soberana. Contudo, e não podemos crer em uma igualdade de processar todos que apenas foram flagrados, pois seria tratar com desigualdade. O ideal é tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, como prevalece no conceito de igualdade, o que consiste no estabelecimento de políticas públicas de prioridade.

---

[56]WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 120

[57] STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 126

Este tratamento desigual para assegurar a desigualdade fundamenta-se até mesmo no segundo princípio de **Rawls** que objetiva a equidade promovendo a liberdade e eventual diferença apenas justifica se posições sociais acessíveis a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades, e, segundo, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade, logo a oportunidade da ação penal pode assegurar esta medida através de políticas públicas criminais não prisionais ou até mesmo de não processar ao analisar a razoabilidade e equidade, redundando em maior beneficio para a sociedade,tanto econômico, como social.

A dogmática penal alienista foca na atividade irracional de mera subsunção do fato ao tipo penal, sem prioridades exceto se prevista em lei, fruto de uma interpretação equivocada do positivismo-normativista, ignorando todos os fenômenos criminógenos, e gerando a impunidade, embora o objetivo fosse outro, ao ignorar temas como "cifra negra", justa causa para a ação penal, insignificância processual, participação da vítima e outros aspectos.

O Funcionalismo preocupa-se com o sistema, com a funcionalidade, com a proporcionalidade, não objetiva "cura social" através de pena, mas que a pena seja meio de prevenção e punição para evitar novos delitos. O funcionalismo é defendido por Roxin (moderada) e Jakobs (extremada, e incompreendido por muitos).

5 . Autores e entidadesque defendem a oportunidade da ação penal

João Porto Silvério Junior cita Elio Fazzalari como o autor que reformulou o conceito de "direito de ação", o qual é usual nos dias atuais e superou o entendimento de outros grandes autores,

> A noção de 'direito de ação penal publica obrigatória' e de processo como relação jurídica tem origem na compreensão de um processo penal persecutório como atividade inquisitória e paternalista. Esse modelo de controle é fruto das experiências de regimes totalitários e decorre de uma concepção de Estado social, sob o qual se inspirou o Büllow (1885) para construir uma elegante e engenhosa teoria de dominação e resgate do orgulho alemão no século XIX, tão envolvedora que é aplicada dogmaticamente quase que de forma inconsciente nos dias atuais.
> Contudo, conforme já se teve oportunidade de discorrer no segundo capitulo, os inconvenientes dessa teoria foram superados pela abordagem de Fazzalari (1994), exatamente porque vislumbrou o processo como procedimento em contraditório destinado a preparar a construção de provimentos. A partir de uma revisão de conceitos, como norma, direito subjetivo, ação legitimação e provimento,

> Fazzalari concebeu o processo como uma estrutura que viabiliza a participação dos afetados na construção dos provimentos e, portanto, em sintonia com o paradigma democrático.
> Ao definir a legitimação para agir a partir do provimento, ou seja, a partir de quem possa ser afetado pelo ato final do processo, Fazzalari reformula o conceito de 'direito de ação', superando as noções de Chiovanda e Liebman.[58]

Outro autor que apóia o princípio da oportunidade é José Antônio Paganella Boschi, o qual defende a priorização de fatos que causam maior lesividade, havendo ainda otimização na 'máquina judiciária',

> A flexibilização do principio da obrigatoriedade, ou, ainda mais radicalmente, a instituição do princípio da oportunidade da ação penal pública entre nós, desde que, observada a recomendação de Roxin, o Ministério Público estabelecesse uma política de persecução penal, daria melhores condições para a Instituição priorizar a atividade na punição dos fatos que causam maior lesividade social e ao mesmo tempo propiciaria o alívio das pautas judiciárias em favor da otimização orçamentária, como propõe conhecido princípio de direito administrativo. Enfim, está aberta a discussão e, para que ela seja fecundada, parece-nos que é preciso nos desapegarmos das fórmulas legais que a doutrina transformou em dogmas repassados aos alunos de direito desde os primeiros anos da faculdade, em nosso país.[59]

Valter Foleto Santindefende a incorporação da discricionariedade na atuação do *parquet* como forma de atribuir qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade na iniciativa penal,

> É indispensável a introdução do critério da discricionariedade no exercício da ação penal por parte do Ministério Público.[60]

É adotado pelo autor Paulo Pinto de Carvalho o entendimento de que o Ministério Público deve se preocupar com a violação de valores pertencentes à sociedade,

> Um Ministério Público que não esteja preocupado apenas com a criminalidade miúda, de bagatela, mas, em particular, com a criminalidade que vive da violação dos valores e das esperanças melhores da comunidade, como ocorre com o valoroso Ministério Público do Rio Grande do Sul, através da Coordenadoria das

---

[58] SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Processo penal fraterno**: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014, p. 188

[59] BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 134

[60] SANTIN, Valter Foleto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 221

> Promotorias Criminais na defesa dos interesses difusos ou direitos coletivos.[61]

O mesmo autor citado acima faz referência à nossa evolução e aumento da criminalidade,

> Diante da avalanche da criminalidade não cabe hoje ao Ministério Público apenas uma posição funcionalmente purista, à luz das leis, às quais de v era estar servilmente chumbado, mas uma linha visceralmente pragmática, pois evoluímos para a absorção do direito penal pela criminologia ou para o direito penal criminológico.[62]

O autor Bruno Ferolla faz referência em sua obra à oportunidade na ação penal, vejamos,

> Reproduzindo imagem criada pelo ilustre colega Marcelo Pedroso Goulart, o Ministério Público deve caminhar, urgentemente, no sentido de ser Ministério Público Resolutivo em contraponto ao modelo hoje praticado como regra de Ministério Público Demandista.[63]

Nem todos os crimes são dotados de lesividade social, por essa razão o autor Enzo Bello entende que somente fatos relevantes devem ser deflagrados e punidos,

> Conforme exaustivamente salientado, propomos uma atuação pragmática do Ministério Público focalizada nos crimes dotados de repercussão substancial em termos de danosidade social e de influencia direta dos rumos da ordem jurídica e política. Destarte, para um engajamento efetivo nessa empreitada, cumpre a seus membros essencialmente realizar um filtro nos inquéritos policiais (e investigações criminais), a fim de aferir se realmente ensejam a deflagração de novos processos judiciais criminais, bem como nos que já estejam em curso. Assim, cumpre ter em mente, mais do que nunca, os princípios da lesividade, ofensividade e insignificância, de modo que a atividade ministerial esteja fulcrada na persecução das condutas realmente dignas de mobilização de todo o maquinário do Parquet para acionar o Judiciário e movimentar o aparato punitivo do Estado.[64]

Embora focando na transação penal e juizados especiais, Eduardo Araujo da Silva aborda a forma radical que é tratada a obrigatoriedade da ação penal,

---

[61] MORAES, Voltaire de Lima (org.). **Ministério Público, direito e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 116

[62]MORAES, Voltaire de Lima (org.). **Ministério Público, direito e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 118

[63] FEROLLA, Bruno. **Globalização, hegemonia e periferismo e o novo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 118

[64] BELLO, Enzo. **Perspectivas para o direito penal e para um Ministério Público republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 341

> O enfoque da tradicional polêmica (oportunidade/obrigatoriedade da ação penal) abandonou o ângulo da confrontação e passou para a área da convivência mútua das idéias, de modo a buscar a aplicação do direito da forma mais justa e célere, preservando a imagem do infrator e privilegiando a apuração dos crimes mais graves. Não há mais, portanto, espaço para polêmicas eivadas de radicalismos distanciados da realidade.[65]

Claudio José Pereira diz que, sendo adotada a posição de não intervenção, o Direito Penal passará a intervir somente em casos realmente necessários,

> Uma posição de não intervenção, ou seja, de renúncia à intervenção jurídico–penal em setores amplos de criminalidade de menor potencialidade ofensiva, com adoção das alternativas negociadas, evitando o formalismo processual e impondo sanções alternativas, não proposta isolada ou nova no âmbito da justiça [...] O Direito Penal como última resposta, ou ultima ratio, não deixará de intervir, mas somente nas hipóteses necessárias.[66]

A mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública é tratada por Guilherme Berto Nascimento Fachinelli,

> Portanto, diante da concreta constatação da existência da mitigação do principio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico pátrio, infere-se que esta atende perfeitamente ao princípio da reserva legal, consubstanciando-se em um efetivo procedimento a permitir que o órgão acusatório concentre suas forças no combate à macrocriminalidade, o que, por corolário resultará em uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva na seara criminal e uma repressão à grande criminalidade.[67]

Nesse diapasão começamos por **Portugal** e citamos Carlos Adérito Teixeira, Magistrado do Ministério Público Português, sustenta a viabilidade da oportunidade da ação para delitos de menor potencial ofensivo em convivência com o da obrigatoriedade para os de maior gravidade,

> A conformação da estratégia processual de exercício da oportunidad por "guide-lines", numa articulação de sua direccionalidade para o "órgão" que detêm detém o "output" da perseguição criminal e para o "tipo de crime" (v.g) furto em hipermercado, consumo de estupefacientes), permite um tratamento uniforme de franjas da

---

[65] SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 58

[66] PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 177

[67] FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. **A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. Uberaba: UNIJUS, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 227

> criminalidade de massa e seus agentes que integrem o mesmo circunstancialismo (art. 13º e 219º, nº 1 da CRP).[68]

De acordo com Patrick Salgado Martins, não há necessidade de o *Parquet* dar prosseguimento a qualquer fato que entenda não ser relevante socialmente, ou seja, não há na lei qualquer norma que o obrigue a isto,

> A regra da obrigatoriedade é implícita no ordenamento jurídico brasileiro e significa apenas que o Ministério Público deverá promover a persecução penal do fato, no prazo legal, submetendo a questão ao Poder Judiciário, mediante a promoção da ação penal pública, da transação penal ou do arquivamento, conforme o caso, não havendo qualquer norma que conduza à conclusão de que o Ministério Público esteja obrigado a acusar sempre.[69]

Gabriel Antinolfi Divan entende que no Brasil a noção de obrigatoriedade do exercício da ação está ultrapassada e deve ser revista, vejamos

> Uma série de fatores que dizem tanto para com a própria – e falida- noção de 'obrigatoriedade' do exercício da ação (um conceito errôneo e mal explorado na prática processual brasileira), como também fatores que vão às raias de uma própria e imperiosa decisão judicial de mérito envolvendo a conclusão de que a causa não era justa em sua existência.[70]

Ao defender a oportunidade na ação penal pública, o autor Romeu de Almeida Salles Júnior sugere que há diminuição no princípio da obrigatoriedade,

> [...] por outro lado, o próprio artigo 28 traduz uma diminuição do rigor do princípio da obrigatoriedade. É que, segundo Euclides Custódio da Silveira, menciona o texto (artigo 28 do CPP) as 'razões invocadas' pelo Ministério Público e nessas poderão estar contidos motivos de oportunidade.[71]

Márcio Luis Chila Freyesleben, em 1993, disse em sua obra,

---

[68] TEXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**: manifestações e sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. reimp. Coimbra: Almedina, 2000, p. 84

[69] MARTINS, Patrick Salgado. **Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 124

[70] DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015, p. 535

[71] SALLES Jr., Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência e prática. 1. ed. Bauru: Jalovi, 1978, p. 150

> [...] pela ótica do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, não mais o são. A disponibilidade da ação penal é mero reflexo da transformação havida.[72]

Para Marcelo Cunha de Araújo, o princípio da obrigatoriedade está preso a um formalismo ultrapassado que vem ao longo dos anos desgastando o judiciário,

> Um dos casos mais claros de apego ao formalismo do passado e a um ideal de essência de perfeição abstrata em detrimento do real funcionamento sistemático é o princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade. Tal princípio, oriundo da segunda metade do século XIX, (ou seja, data de aproximadamente 150 anos atrás), implica que as autoridades públicas sempre devem agir quando tomam conhecimento de todo e qualquer delito ocorrido, não sendo possível a utilização de critérios políticos ou de utilidade social para decidirem se atuarão. É patente que tal princípio tem sua importância e não deve ser simplesmente descartado. Entretanto, como já pode notar o leitor, nos dias de hoje não há a menor possibilidade de o Estado atuar na totalidade das infrações penais ocorridas.[73]

José Laurindo de Souza Netto faz uma comparação entre a forma como era vista a função do Estado, e atualmente como é encarada a necessidade de adequação desta mesma função,

> Os partidários da vigência absoluta do princípio da obrigatoriedade obedecem a uma concepção Kantiana do Direito Penal, hoje superada, que tende a considerar a função do Estado, na obtenção da justiça, por meio da persecução e de castigo de todo fato delituoso (Teoria Absoluta do Direito Penal) [...] Com as novas tendências da política criminal e as atuais posições concernentes à finalidade da pena (Teoria da Defesa Social), surge a necessidade de adequar o princípio da obrigatoriedade a uma nova concepção [...] Com a perda de força das teorias retributivas da pena, o princípio da obrigatoriedade perde sua sustentação ideológica, na medida em que ganha relevo o princípio oposto da oportunidade, impulsionado pelo ingresso das teorias utilitárias para legitimar a pena.[74]

A condição para por fim a um processo é analisada por Luciano Feldens,

---

[72] FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O Ministério Público e a polícia judiciária**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 159

[73] ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer!**: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasport, 2010, p. 52

[74] SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. 1. ed. 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 50

> De fato, se o processo não tem um fim em si mesmo, parece razoável admitir que o prognóstico de êxito do pedido deve figurar como sua condição.[75]

Décio Alonso Gomes sugere em sua obra a união de forças entre sociedade e Estado no intuito de se obter uma prevenção criminal,

> É imprescindível a assunção de uma política de prevenção criminal (mais econômica e mais eficaz como instrumento de combate à criminalidade e à reincidência do que qualquer política repressiva) baseada em duas premissas: a seleção dos campos de intervenção, uma vez que os meios do Estado são escassos, e a necessidade de colaboração da sociedade civil na tarefa da prevenção criminal.[76]

O Ministério Público não deve agir visando apenas ter grandes quantidades de ações presididas, mas sim a qualidade e eficiência das mesmas, conforme defende Joana Amaral Rodrigues,

> Porque ao Ministério Público, órgão de administração da justiça, e ao processo penal, não pode interessar uma acusação a qualquer custo, presidida por idéias de eficiência numérica, de mera produtividade, sentimentos de dever cumprido ou uma burocrática lógica de despacho de processos.[77]

Em outro momento, a autora citada acima acredita que perseguir todos os fatos criminosos visando sua condenação não é eficiente, vejamos

> Numa palavra, assume-se um 'princípio da legalidade aberta' [...] Defender a absolutização do princípio da legalidade, e a conseqüente perseguição penal de absolutamente todas as condutas puníveis, será erguer um baluarte tórico sem trazer à análise os dados da realidade prática.[78]

No mesmo sentido, sobre o princípio da legalidade, José da Costa Pimenta diz,

> Como dissemos, o princípio da legalidade continua a ser, mesmo no domínio do novo Código, o ponto de partida teórico de todo o sistema processual penal. Do ponto de vista prático, todavia, pareceria vigorar o oposto princípio da oportunidade ou conveniência, uma vez que o processo penal por crimes semipublicos – a grande maioria- depende

---

[75] PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas(org.). **Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e desafios**. 01. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 336.

[76] SOUZA, Alexander Araujo de (org.). **Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público**. 01. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 27

[77] RODRIGUES, Joana Amaral Cabouco. **Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência?**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 214

[78]RODRIGUES, Joana Amaral Cabouco. **Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência?**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 235 e 236

> de um impulso inicial do titular do direito de queixa, e por crimes particulares, depende de um impulso inicial e outro sucessivo do titular do direito de acusação particular.[79]

Além disso, Pimenta dispõe acerca do assistente de acusação,

> Também o assistente fiscaliza a oportunidade do Ministério Público no arquivamento provisório, podendo negar a sua concordância para o efeito.[80]

Em artigos publicados via internet foi possível localizar diversos autores que apóiam a oportunidade da ação penal, como é o caso de Clisia Eline Campos, que apresenta a idéia de que o Ministério Público pode optar pelo inicio ou não de uma ação, em razão da capacidade que possui para tanto,

> O Ministério Público, por disposição constitucional, tem a titularidade exclusiva da ação penal, por tal razão, deve realizar uma filtragem nas ações a serem propostas, devendo somente propor as ações que venham a produzir resultados efetivos. E, neste contexto, obrigar o membro do parquet ao oferecimento da denúncia, nos casos em que verificar que deve o inquérito ser arquivado, implica em violação ao princípio constitucional da independência funcional, bem como ao princípio da eficiência o qual também rege a instituição ministerial.[81]

Arthur Trindade Costa entende que, no Brasil, não há comunicação entre os órgãos que atuam no combate à criminalidade, não sendo possível um só pensamento em relação a cada fato, sobrecarregando assim o sistema jurídico,

> No Distrito Federal, as interações entre Delegados, promotores e juízes são pouco frequentes e marcadas pelo formalismo. Essa constatação confirma a tese de que o Sistema de Justiça Criminal Brasileiro é pouco articulado. Neste artigo, buscamos analisar o que está por trás dessa desarticulação. Em parte, essa desarticulação assenta-se no não reconhecimento da discricionariedade que, de fato, gozam os operadores do sistema, especialmente os policiais. Dessa forma, as escolhas que delegados, promotores e juízes fazem cotidianamente são orientadas por critérios diferentes. Pior ainda, priorizam crimes e situações distintas. Embora não existam, no Distrito Federal, iniciativas para articular as ações no interior do Sistema de Justiça Criminal, a análise das delegacias e promotorias especializadas nos permite pensar que, sim, é possível uma Política Criminal. Para isso, entretanto, é necessário melhorar a comunicação

[79] PIMENTA, José da Costa. **Introdução ao processo penal**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 123

[80] PIMENTA, José da Costa. **Introdução ao processo penal**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 136

[81] CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. **Obrigatoriedade da ação penal e ministério público** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627> Acesso em: 16 jan 2016

> entre os atores do sistema, bem como reconhecer que todos fazem escolhas que são inerentes ao exercício das suas profissões.[82]

Atualmente, a obrigatoriedade da ação penal de deve ser encarado como algo que está trazendo prejuízos ao judiciário em razão dos altos custos de uma ação penal a qual poderá não obter o resultado esperado, como por exemplo, com a ocorrência da prescrição. Neste sentido o autor Gabriel Antinolfi Divan descreve em seu artigo a necessidade de se expor os custos do ajuizamento de uma ação penal,

> O que parece urgente é possibilitar ao órgão ministerial uma análise dos custos (em sentido amplo) de se ajuizar uma ação – análise que pressupõe a responsabilidade de se estar trabalhando com uma realidade que existe e que é tributária de um sistema imperfeito e que acarreta muitas vezes prejuízos em si, mesmo frente ao seu funcionamento dito normal.[83]

José Raimundo apresenta em seu artigo os benefícios que o princípio da oportunidade da ação penal traz ao judiciário,

> O perfil do princípio da oportunidade no direito brasileiro sugere aparente eficácia, de lege lata, para o desencargo das funcionalidades políticocriminais a ele atribuídas. Uma maior amplitude nos pressupostos certamente replicaria, no Brasil, o sério debate constitucional observado na Alemanha. Eventual deficit no reflexo dessa instrumentalidade na prática forense não decorre da lei. Os benefícios que o princípio da oportunidade, tal como regulado, pode trazer não somente à Administração da Justiça, mas também à Administração Penitenciária, estão ainda no aguardo de uma melhor compreensão dos pressupostos da transação penal e do sursis processual, intelecção que deve pôr em relevo, ainda que como ponto de partida, a válvula de escape político-criminal conferida na lei ao Ministério Público para avaliar a necessidade e suficiência do arquivamento para a solução do caso concreto, e de controlar esse juízo no âmbito da própria instituição.[84]

---

[82]COSTA, Arthur Trindade M. **É possível uma Política Criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100006>. Acesso em 05ago.2016

[83]DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Do 'princípio da obrigatoriedade' enquanto (mera)opção: necessidade de avaliação político-criminal do exercício da ação penal pública.** Edipucrs, Porto Alegre, v. 4, 2013. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/15.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

[84]FILHO LEITE, José Raimundo. **A deformalização do processo penal (principio da oportunidade: §153 a StPO e arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95). Comparação Alemanha e Brasi**l. Disponível em: <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/documentacion/Boletin/Boletin3.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2016

A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal seria conveniente se conciliado com o instituto da delação premiada, segundo aponta Leandro Sarcedo,

> Grande passo na compatibilização da aplicação do instituto da delação premiada com os preceitos constitucionais seria dado com a normatização do referido instituto de modo a estipular regras claras a respeito do conteúdo da transação feita entre delator e Ministério Público, possibilitando-se a mitigação do chamado princípio da obrigatoriedade da ação penal, inclusive com a previsão de reconhecimento imediato da extinção da punibilidade do delator pelos fatos sob investigação.[85]

Ada Pellegrini, sustenta que há uma severa utilização da obrigatoriedade, o que consequentemente deságua na legalidade acentuada,

> Obrigatoriedade e discricionariedade regulada - O modelo processual clássico da América Latina atém-se rigorosamente ao princípio estrito da legalidade (obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, sem exceções). Também a doutrina sempre defendeu intransigentemente o princípio da obrigatoriedade, acima de qualquer demonstração especulativa (fim das teorias absolutas para justificar a pena e acolhimento das teorias utilitárias), ou empírica (impossibilidade de perseguir todos os delitos e métodos ocultos de seleção que a prática emprega).Sem embargo, o novo processo penal latino-americano deu-se conta da falácia e da hipocrisia na adoção rigorosa do princípio da obrigatoriedade. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e caóticos [...] O Código-Modelo paraIbero-América prevê o arquivamento do processo,pelo juiz, a pedido do Ministério Público, nos casos de oportunidade previstos na lei penal. E a nota ao artigo 230 fornece exemplos de hipóteses legais, que poderão ser seguidos pelos países interessados.[86]

De forma simples, Guilherme Madeira demonstra que em outros países há adaptação ao princípio da oportunidade e que, no Brasil, tal princípio vem tomando espaço,

> A experiência internacional mostra, contudo, crescente mitigação do princípio da obrigatoriedade [...] Isto porque vivemos de fato,o princípio da oportunidade no processo penal brasileiro. Milhares de Inquéritos são arquivados em nosso país porque a investigação não pode ser desenvolvida a contento.[87]

---

[85]SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal**. Disponível em: <http://www.massud-sarcedo.adv.br/site/artigos.php?id=39>. Acesso em 18 jan. 2016

[86]GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 215

[87] DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**; coordenação Darlan Barroso e Marco AntonioAraujo Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 185

Visando a eficiência da administração da justiça, Adrián Marchisio conclui que,

> La incorporación Del principio de oportunidad em la legislación argentina es um medio adecuado para aumentar los niveles de eficiencia del sistema de administración de justicia, evitar a actual selectividad informal, y reducir La priorización inversa de recursos.[88]

Diaulas Costa Ribeiro sugere que antes mesmo de se iniciar um processo, seja avaliada qual pena máxima seria possível o acusado obter, realizando assim uma triagem lógica que diminuiria de forma considerável a quantidade de ações,

> Por outro lado, na ausência de um princípio da oportunidade pura, a delimitação da pena máxima em concreto pelo Ministério Público, antes da ação penal, permitiria uma solução para que aqueles 40% dos processos em curso na Justiça não fossem sequer iniciados.[89]

Adotar o princípio da oportunidade não significa dizer que condutas realmente criminosas ficarão impunes, pelo contrário, cada caso será analisado de forma individual sendo a punição dada de forma proporcional ao fato. Desta mesma maneira,Marcelo Batlouni Mendroni descreve em seu artigo,

> Examinados todos os pontos, poderá o Promotor de Justiça fazer o correto uso do Princípio Acusatório nas bases do Princípio da Oportunidade. Importante é ressaltar que, absolutamente, não se quer dizer com isso que se deva "evitar" o Processamento de alguém, invocando o Princípio da Oportunidade - de forma a deixar impunes condutas evidentemente criminosas, mas sim, saber utilizá-lo para que seja providenciada pelo Estado a punição cabível e na justa medida, para cada caso considerado de "per si".[90]

Gabriel Antinolfi Divan entende que os custos de uma ação devem ser levados em consideração, de forma a serem expostos aos membros ministeriais para que os mesmo tenham conhecimento antes de iniciar um processo,

> E se assumido isso, se está igualmente perdendo o medo de também assumir que é possível tranquilamente adotar um critério que prima pela conveniência quanto ao exercício da ação penal – uma vez que conveniência não necessariamente precisa significar pura e simples vontade ou critério meramente subjetivo. O que parece urgente é

---

[88] MARCHISIO, Adrián. **Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal**. 1. ed. Buenos Aires: AD-HOC, 2008, p. 639

[89] RIBEIRO, Diaulas Costa. Dimensão Constitucional e repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 410

[90]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Correlação – Princípio da Oportunidade e Política Criminal** Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/4220-correlacao--principio-da-oportunidade-e-politica-criminal>. Acesso em 30 jul.2016.

> possibilitar ao órgão ministerial uma análise dos custos (em sentido amplo) de se ajuizar uma ação – análise que pressupõe a responsabilidade de se estar trabalhando com uma realidade que existe e que é tributária de um sistema imperfeito e que acarreta muitas vezes prejuízos em si, mesmo frente ao seu funcionamento dito normal.[91]

A respeito da política criminal estatal, Cândido Furtado Maia Neto, aduz que a Constituição Federal trouxe a obrigatoriedade em seu bojo para todos os processos administrativos e criminais,

> Abre o princípio da oportunidade um campo programático de política criminal estatal, para a melhor e mais eficiente atuação do Ministério Público na qualidade de dominus litis da ação penal, para dar andamento as supostas ilicitudes que devam ser demandadas pelo Poder Judiciário. Na prática a política criminal estatal encontra-se sob o manto e a guarda do Ministério Público, está sob sua incumbência a tutela dos direitos e interesse indisponíveis individuais e coletivos (art. 127 caput CF). Os fatos de "escassa relevância social", de "insignificante culpabilidade", que não "comprometam gravemente o interesse público", o sistema legal prevê outras vias para a resolução ou reparação das condutas anti-sociais, especialmente porque reserva-se as instâncias judiciais penais, a última via ou ultima ratio para o exercício do ius persequendi e do ius puniendi.
> O princípio da oportunidade foi incorporado em nosso sistema penal – na ação pública – no instante da entrada em vigor da Carta Magna, quando institui o Estado Democrático de Direito, e o sistema acusatório, com a obrigatoriedade de respeito a ampla defesa e ao contraditório em todos os processos administrativos e judiciais (inc. lv do art. 5º CF), a titularidade da ação penal pública ficou exclusiva ao Ministério Público (art. 129, inc. I CF). Ao se flexibilizar os mecanismos da ação penal se retira desta, a obrigatoriedade absoluta, e se impõe a relativização da demanda criminal, baixo alguns critérios e princípios de justiça, dentre eles a oportunidade da ação ou da acusação.[92]

Diferentemente do que ocorre atualmente, a utilização do princípio da oportunidade daria ao Ministério Público maiores responsabilidades, como a de verificar a conveniência de apresentar uma denúncia, e não como ocorre corriqueiramente, em que o magistrado verifica e fiscaliza a obrigatoriedade da ação penal, conforme é apresentado porVladimir Aras,

> Abrindo-se maior espaço de discricionariedade ao Parquet, este órgão poderia verificar a oportunidade, a conveniência, a utilidade, a

[91]DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Do "*princípio da obrigatoriedade*' enquanto (mera) *opção*: necessidade de avaliação *político-criminal* do exercício da *ação penal pública*.** Edipucrs, Porto Alegre, v. 4, 2013. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/15.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016

[92]MAIA NETO, Cândido Furtado. **Princípio da oportunidade no exercício da ação penal pública.** Disponível em: <www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-80.docx> . Acesso em: 01 jul. 2016.

> nocividade ou a economicidade da sua atuação processual, ou mesmo a sua razoabilidade, sem prejuízo de continuar existindo o controle dessa manifestação pela instância superior da Instituição, nos moldes do inquérito civil, ou mesmo na forma hoje prevista, pela aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, que posiciona o juiz como fiscal do princípio da obrigatoriedade.[93]

Carlos Eduardo Vasconcelos ressalta os princípios que regem a administração pública e a forma que a inteligência humana e os meios disponíveis de se fazer justiça estão sendo desperdiçados com o uso do princípio da obrigatoriedade, vejamos

> Definir prioridades é próprio de qualquer organização que precise apresentar resultados, e no Ministério Público não deveria ser diferente. Existe um *mercado do crime* a que as instituições do estado devem reagir com presteza e eficiência. O artigo 37 da Constituição da República informa que a administração pública reger-se-á pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência.*Eficiência, entendida como a capacidade de atender demandas ilimitadas com recursos limitados, compreende efetividade, competência, racionalização e economicidade. Uma vinculação obtusa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal (visto que já sabemos que *sempre* haverá seleção) não permite o uso racional dos meios humanos e materiais disponíveis, e podemos dizer até que fomenta seu desperdício, se empregamos as mesmas rotinas para processar o ladrão pé-de-chinelo e o crime organizado, por exemplo.[94]

De forma cristalina, Marco Aurélio Nunes da Silveira propõe uma fiscalização livre da obrigatoriedade, ou seja, deve haver discricionariedade supervisionada,

> Para o caso brasileiro, onde os problemas estruturais são muito mais significativos, sugere-se queo princípio da obrigatoriedade deve ceder espaço a uma discricionariedade, controlada hierarquicamente e, quando possível, com intervenção da vítima.[95]

Eugenio Pacelli afirma que a obrigatoriedade é a regra, mas esclarece que a política criminal não deve estar acima do processo penal e direito penal,

> É que o processo penal não pode se afastar de uma perspectiva minimamente funcional do Direito Penal, no sentido de dever obediência à eventuais determinações reitoras da política criminal. É o caso, por exemplo, do reconhecimento, desde logo, da insignificância da lesão ou do não atendimento das exigências de determinados e fundamentais princípios do Direito Penal, tais as

---

[93] ARAS, Vladimir. **Princípios do processo penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/2>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

[94] VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Seletividade na persecução penal.** Disponível em: <http://jota.info/seletividade-na-persecucao-penal>. Acesso em: 16 jan. 2016.

[95] SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e constituição**: outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 189

> hipóteses da intervenção mínima, da lesividade concreta e outros, que caso a caso, recomendem a não intervenção do sistema penal.[96]

Paulo Rangel acredita na discricionariedade do Ministério Público em deixar de propor ação penal pública nos casos em que houver atipicidade, nos casos em que mesmo existindo esta, não haja justa causae em outros casos descritos abaixo,

> Não podemos confundir liberdade de agir que tem o Ministério Público em verificar a existência do fato –infração e seus demais elementos autorizadores da propositura da ação -, com a obrigação de promover ação de qualquer maneira...Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de promover a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico, ou, embora típico, não haja a justa causa (cf. item4.9.4,infra), ou ainda,em nosso entender, nos seguintes casos:
>
> a) Quando o fato for insignificante para o direito penal...;
> b) Quando não houver interesse público da intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo (caso do cônjuge que agride o outro e, posteriormente voltam a viver bem no seio do lar, significando um momento ruim do casal, mas não uma contínua violência doméstica);
> c) Quando o gasto do Estado com o processo for, visivelmente, superior à resposta estatal que se quer alcançar,acarretando despesas para os cofres públicos;
> d) Quando pela demora excessiva do estado em dar andamento à investigação criminal, for prejudicial à sociedade a sanção que possa, eventualmente, ser proferida em desfavor do investigado;
> e) Quando nos crimes sem violência ou grave ameaça,for reparado o dano integralmente à pessoa lesada.[97]

Outro autor que acredita na não obrigatoriedade da ação penal pública é Aury Lopes Júnior, o qual se baseia no princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público,

> Diante do princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, pensamos que esse novo promotor não está 'obrigado' a oferecer denúncia, como parece indicar o art. 28 do CPP.[98]

A utilização do princípio da insignificância está vinculada à oportunidade, pois, conforme entende João Paulo Orsini Martinelli, tal princípio possui duas vertentes que deságuam na prática,

> O princípio da insignificância possui duas dimensões teóricas que se refletem no plano prático: um material e outra processual. A

[96] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128

[97] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 232

[98] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2010, p. 371

> existência ou não de um delito,configurado pela lesão relevante do bem tutelado, apresenta reflexos no processo penal, mais especificamente na justa causa. Ausente a justa causa, a ação penal mostra-se ilegítima e não pode prosperar.[99]

Para Elmir Duclerc, não existe impedimentos legais para o não exercício da ação penal quando o órgão acusador entender conveniente e eficiente em cada caso,

> Nada obsta, ademais,que a própria Lei preveja a possibilidade de não exercer a ação penal por razões de conveniência que considerem as prioridades político-criminais do Estado, em cada caso.[100]

Em entrevista ao CONJUR, Lênio Streck considera o atual Código Penal ultrapassado, sendo ilógico que proteja mais a propriedade do que a vida, e entende que a obrigatoriedade não deve mais vigorar,

> O procurador de Justiça no Rio Grande do Sul Lenio Streck concorda que a ação penal não deve ser obrigatória. Segundo ele, a ação penal pública incondicionada para crimes contra a propriedade é algo muito "arcaico", do tempo em que o Código Penal foi feito — "e feito para proteger mais a propriedade do que a vida. Não é à toa que o crime mais grave do código é contra a propriedade", afirmou.[101]

André Luis Tabosa de Oliveira acredita que em nosso país a oportunidade está inserida basicamente em delitos específicos e que deveria ser utilizada na criminalidade média, que é a razão do ‘congestionamento’ em varas criminais,

> Conclui-se que no Brasil a idéia de oportunidade ou está direcionada para uma criminalidade organizada, envolvendo delitos tributários ou contra o sistema financeiro nacional, ou a delitos insignificantes, estando a faltar uma cultura jurídica e previsão legal de sua maior ampliação quanto à negociação de sanções penais quanto a uma média criminalidade.[102]

Conforme entende os autores Edmar Carmo da Silva e Marcelo Fernandez Urani, a obrigatoriedade se adéqua ao regime ditatorial onde é imprescindível a persecução penal,

---

[99] LOBATO, Danilo; GRECO, Luís (coords.). **Temas de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35

[100] DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 130

[101] SCOCUGLIA, Lívia. **Obrigatoriedade da ação penal atrasa decisões relevantes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-21/obrigatoriedade-acao-penal-furtos-atrasa-decisoes-crimes-graves>. Acesso em 16 ago. 2016

[102] OLIVEIRA, André Luis Tabosa de. **A acusação responsável como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 104

> p. 94 O Critério da Obrigatoriedade (não recepção constitucional) - A obrigatoriedade da promoção da ação penal é própria e adequada ao modelo de Estado afinado ao regime ditatorial, no qual a regra, se faz presente o princípio (ou mesmo método) inquisitivo de persecução penal... Contudo, como assente, a atual Constituição Federal adotou, na regência da persecução penal, o princípio acusatório.[103]

Nesse sentido, cita trecho da obra do Procurador da República Luis Wanderley Gazoto, in Princípio da Não Obrigatoriedade da Ação Penal Pública,

> De nada adianta à sociedade o Ministério Público oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo as ações terminadas em reconhecimento de prescrição.[104]

O inquérito policial pode ser arquivado por vários motivos, desde que haja fundamentação expressa para o arquivamento, isso conforme também os ensinamentos de Luiz Wanderley Gazoto,

> Dessarte, entendo que as razões de pedido de arquivamento de inquérito policial podem ser diversas da falta de indícios criminais para a promoção da ação penal pública, podendo constituir qualquer fundamento de ordem pública, de natureza objetiva, que não implique o mero diletantismo do promotor de justiça.Obviamente, as razões que motivaram tal seleção de prioridades devem ser expressas, fundamentadas e submetidas ao crivo do Judiciário, que, se não concordar com elas, deve submeter o caso à apreciação do procurador geral ou da câmara de revisão ministerial, na forma do art. 28 do CPP, que dará a palavra final.[105]

O direito penal e o processo penal devem ser utilizados juntamente para a análise de uma infração, pois um será utilizado como base para a finalização de um processo e o outro para orientar acerca das consequências da decisão tomada, o autor Winfried Hassemer demonstra claramente isso,

> Os motivos para o princípio da oportunidade (ou seja, a autorização para finalizar previamente o processo penal, mesmo quando da existência de suspeita do delito), tornam-se mais fortes na medida em que o direito penal se conceba como de orientação pelas

---

[103] SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. **Manual de direito processual penal acusatório doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 94

[104] GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003, p. 118

[105] GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003, p. 120

> consequências. E elas residem na esfera da efetividade da administração da justiça penal.[106]

Conforme é possível verificar em um trecho do livro de Luis Gustavo Grandinetti, a Constituição Federal traz a interpretação do princípio da obrigatoriedade, onde, em síntese, o mesmo deverá observar outros princípios como o da dignidade e o da proporcionalidade, devendo assim respeitar o que a Carta Magna ordena,

> O princípio da obrigatoriedade não é expresso no direito brasileiro. Ele é deduzido especialmente do art. 24 do Código de Processo Penal. Mas, toda a doutrina presta-lhe verdadeiro tributo, considerando um dever do Ministério Público promover a ação penal. Contudo, com a reafirmação da Constituição como fonte de legitimação de todas as normas jurídicas, o princípio da obrigatoriedade deve conformar-se à interpretação constitucional que ordena que, para qualquer atividade estatal e para qualquer restrição de direitos, deva-se observar os princípios da dignidade e da proporcionalidade, impondo-se, como limites constitucionais, o exame dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito para legitimação da demanda.[107]

Geraldo Pradoacredita que, para vivermos harmonicamente, o *Parquet* deve ganhar espaço para agir utilizando o princípio da oportunidade e consequentemente o da eficiência,

> Em um modelo acusatório, que historicamente se funda no protagonismo das partes, há de se conceder espaço para uma atuação mais flexível do Ministério Público, porquanto a noção de persecução penal em todas as circunstancias, referida a todas as infrações penais (ainda que consideremos somente as noticiadas), rende louvor ao fim de defesa social, perseguido no processo inquisitório, acima e além dos limites de humanidade necessários a harmônica convivência social.[108]

Além dos autores citados acima, Paulo César Busato defende uma alteração e adequação do Ministério Público no que diz respeito à política institucional e suas atribuições, devendo seus membros priorizarem a função de guardião do regime democrático,

---

[106] HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 53

[107] CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 198

[108] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 127

> A necessidade de uma opção político criminal institucional dentro do Ministério Publico – É possível e necessária uma revisão da política institucional do Ministério Público no que se refere a atuação no processo penal. Mais que isso, é urgente para se adequar a função primordial de guardião do regime democrático. Não é aceitável que a complexidade do atual perfil de atribuições converta os agentes de execução do Ministério Público em simples "despachantes criminais", ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena.[109]

O autor Germano Marques da Silva entende que há outras formas para a ressocialização e a proteção do bem jurídico que não seja apenas as sanções impostas pelo Código Penal,

> O princípio da legalidade não significa, porém, que a realização da justiça penal no caso passe necessariamente pela submissão a julgamento de todos quantos sejam indiciados pela prática de um crime; não o impõe a constituição e as mais modernas correntes doutrinárias aceitam que a tutela dos bens jurídicos penalmente protegidos e a ressocialização dos delinquentes pode ser alcançada, em certos casos, por outros meios que não apenas as penas criminais [...]também entendemos que, se o ponto d partida deve ser a legalidade, o princípio deve ser entendido como uma legalidade aberta a algumas soluções de oportunidade.[110]

Outro autor que defende a ideia de que o Processo Penal necessita de mudanças é Marco Antonio Marques da Silva, o qual acredita que o princípio da oportunidade substituirá o princípio da oportunidade,

> [...] Nesse mesmo movimento o processo penal necessariamente deve sofrer mudanças. Aí o princípio da obrigatoriedade vai sendo substituído em um número cada vez maior de legislações pelo princípio da oportunidade, como uma forma inicial de seleção dos comportamentos que necessariamente deverão ser submetidos aos rigores de uma persecução penal.[111]

---

[109]BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67

[110] SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal I**. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Verbo, 2010, p. 74

[111] SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 25

A discricionariedade do Ministério Público é proposta por Hugo Nigro Mazzilli, de forma abrangente em que o Parquet decidiria se iria investigar ou não a infração de acordo a possibilidade do resultado que poderia ser obtido,

> A nosso ver, o desejável seria que a lei desse ampla discricionariedade ao Ministério Público investigar e acionar na área penal ou civil, de forma que ele pudesse atender às prioridades surgidas nos casos concretos. Mas, ao lado dessa maior liberdade, propomos que todo arquivamento de inquérito policial, promovido pelo Ministério Público, deveria ser revisto de ofício por órgão colegiado da Instituição.[112]

Em entrevista ao site Conjur, a doutrinadora italiana Ana Pintore faz uma crítica a um artigo da Constituição Italiana, o qual estipula o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública ao membro do Ministério Público, vejamos,

> Na Itália, o artigo 112 da Constituição estabelece a obrigatoriedade de ação penal pelo Ministério Público. Alguns juristas afirmam, com razão, que esse artigo é um véu que esconde a plena discricionariedade que, especialmente quando se trata de crimes cometidos por titulares de cargo público, é invadida por preconceitos ideológicos. O promotor processa o político adversário e se abstém de questionar aquele com o qual simpatiza. Pode parecer controverso, mas para eliminar esse juízo invadido de preconceitos ideológicos, seria necessário, no mínimo, acabar com a obrigatoriedade da ação penal e deixar que o promotor decida quando mover uma ação, cabendo a ele justificar a sua decisão publicamente. Uma Magistratura fortemente politizada como a italiana não é precisamente um baluarte contra as violações dos direitos individuais pelos poderes públicos. Muitas intervenções são necessárias para mudar essa situação, mas a mudança do artigo 112 da Constituição italiana me parece imprescindível.[113]

Apesar de questionar a seletividade penal em suas obras, Eugênio Zaffaroni é citado por Cândido Furtado Maia Neto, como favorável à oportunidade da ação penal,

> Um ponto basilar ou linha mestra de garantia à cidadania, no direito processual penal, como exceção ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, Zaffaroni assevera:
>
> "Cuando a título de previsón abstracta o, en el caso concreto y por circunstancias particulares del mismo, la pena repugne a elementales

[112]MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 6. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 549

[113] PINHEIRO, Aline. **Os direitos nem sempre são uma coisa boa e ampliá-los nem sempre é uma boa idéia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/entrevista-anna-pintore-professora-universidade-cagliari>. Acesso em 19 ago. 2016.

> sentimientos de humanidad, implique una lesión gravísima para la persona en razón de su circunstancia o agregue un sufrimiento al que ya padeció del sujeto en razón de hecho, la agencia judicial, en función del; principio republicano de gobierno, tiene que ejercer el poder de prescindir de la pena o de imponerla por debajo de su mínimo legal, lo que es juridicamente admisible, puesto que puede ser supralegal, pero intra-constitucional" ("En Busca das Penas Perdidas", ed. Temis, Bogotá, página 197, da obra publicada em 1990 (item 4. Princípio de Respeto Mínimo a la Humanidad)".[114]

Esta em outras palavras é a aplicação do princípio da oportunidade em conjunto com os princípios da proporcionalidade e de humanidade, para o não ajuizamento da ação penal por carência de racionalidade, utilidade e lógica.

Embora Zaffaroni critique a seletividade, registra que é inevitável. Neste artigo a autora Bruna Peluffo Maglionitambém faz o mesmo registro,

> Como bem coloca Zaffaroni:
>
> "[...] O discurso jurídico penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o 'dever ser', o sistema penal intervém repressivamente de modo 'natural' (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planificado. [...] Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse por diversas vezes, criminalizado (2001, pág. 26). "
>
> Destarte, resta clara a imprescindibilidade do modo de agir seletivo do Sistema Penal.
>
> "Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente aos setores vulneráveis. Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mãos dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal 'formal' a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima".[115]

---

[114] MAIA NETO, Cândido Furtado. **Princípio da oportunidade no exercício da ação penal pública: exceção permitida à luz da legalidade, da obrigatoriedade e dos direitos humanos**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/principio-da-oportunidade/principio-da-oportunidade.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

[115] MAGLIONI, Bruna Peluffo. **A seletividade do sistema penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10909>. Acesso em 17 ago. 2016

Isaac Sabbá Guimaraes defende que as margens da oportunidade devem estar previstas na lei,

> O rigor do princípio da legalidade só foi atenuado pela própria renovação legal, ao absorvermos da cultura jurídica portuguesa (e já em boa hora) a necessidade de se aplicar um tratamento diferenciado aos crimes de menor potencial ofensivo, no qual propicia um certo grau de oportunidade ao promotor de justiça. Mas a situação já não é a mesma para outras modalidades delituosas.[116]

O autor Airton Zanatta acredita que o princípio da oportunidade acaba sendo um complemento ao princípio da obrigatoriedade, o primeiro reger-se-á em delitos de pequena e média gravidade e o segundo em delitos graves,

> Entretanto, o que interessa no âmbito deste trabalho é o princípio da oportunidade, como orientador da ação penal pública. Porque a tendência mundial da atual Política Criminal para o enfrentamento da criminalidade de pequena e até média gravidade é a adoção desse princípio, o qual não deixa de ser, ao mesmo tempo, uma exceção e um complemento ao princípio da obrigatoriedade. Este continua a reger a ação penal pública para os delitos de maior gravidade.[117]

Importante registrar que, guardadas as peculiaridades de cada legislação, adotam o princípio da oportunidade os seguintes países: Estados Unidos, Grã-Bretanha, Bélgica, Suécia, Noruega, Áustria, Grécia, Rússia, Egito, Israel, Japão e França.

Foi emitida uma recomendação que incentivava a utilização do princípio da oportunidade na Europa, simplificando a justiça penal nesta localidade, conforme dispõeCunha Rodrigues,

> Recorde-se, a este propósito, que o Comité de Ministros do Conselho da Europa emitiu uma Recomendação R(87) 18 – relativa à simplificação da justiça penal, cujos objectivos são fundamentalmente incentivar uma maior utilização do princípio da oportunidade e um mais amplo recurso à transação penal e aos processos simplificados acelerados.
>
> [...]
>
> Para os países em que a legalidade tem foro constitucional ou raízes históricas, a Recomendação preconiza o recurso a métodos que possam atingir os mesmos objetivos. O recente Código de Processo Penal italiano (país em que o princípio da obrigatoriedade está

[116] GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**: novos rumos e redefinições em busca de um direito penal eficaz. 2. ed. rev. e atual. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008, p. 91/92

[117] ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 95 e 96

> expresso na Constituição) é um dos exemplos da criação de institutos que, com outro nome, procuram realizar as mesmas finalidades.[118]

Já Antonio Scarance Fernandes entende que o aumento populacional tem ligação direta com o crescimento da criminalidade, e para sustentar a obrigatoriedade, o número de servidores dentro dos órgãos judiciais deve ser maior no intuito de conseguir uma condenação para todas as infrações praticadas,

> Com o aumento populacional e consequente incremento da criminalidade há que se admitir no plano legal certa discricionariedade de atuação ao órgão acusatório, principalmente em infrações mais leves ou em determinadas situações concretas onde não há maior interesse em punir. A adoção integral do princípio da obrigatoriedade exigiria do Estado, mormente nas grandes cidades, um número infindável de juízes e promotores para que fossem julgadas todas as infrações.[119]

Antonio Scarance informa ainda que em vários países a tendência tem sido abrir espaço para a oportunidade do Ministério Público na ação penal pública,

> Em interessante obra, a Revista Latinoamericana de Política Criminal conseguiu, no ano de 1997, reunir textos de autores de diversos países sobre o Ministério Público, percebendo-se claramente que há forte tendência em se atenuar a rigidez do princípio da obrigatoriedade, sem excluí-lo.[120]

Conforme segue abaixo, o autor Walter Perron destaca várias das faculdades dadas ao Ministério Público Alemão para a deflagração da ação penal,

> Embora o sistema alemão tenha tradicionalmente se baseado no princípio da legalidade na persecução das infrações penais, depois de sucessivas reformas, têm-se introduzido exceções fundadas na aplicação do princípio da oportunidade.
>
> Desta maneira, o Ministério Público ostenta hoje importantes faculdades para a disponibilidade da ação penal. As principais manifestações do princípio da oportunidade são as seguintes:
>
> 1. Não persecução de assuntos de escassa importância (§ 153 StPO)
> 2. O arquivamento provisório (com aprovação do Tribunal competente, para delitos com pena privativa de liberdade inferior a um

---

[118] RODRIGUES, Cunha. **Em nome do povo**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 164/165

[119] FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 186

[120] ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (orgs.). **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156

ano, sempre que o inculpado **cumpra com uma das regras de conduta fixadas pelo procurad**or (§ 153 a StPO)
3. Abstenção e arquivamento, caso ocorram os pressupostos em virtude dos quais o Tribunal poderá deixar de aplicar a pena (§ 153 b StPO)
4. A não persecução de atos cometidos por estrangeiros (§ 153 c StPO)
5. A não persecução por motivos políticos, sempre que a manutenção do processo provoque um grave prejuízo para a Alemanha, ou se outros interesses públicos superiores se opuserem a ela (§ 153 d StPO)
6. O procurador também poderá abster-se de exercer a ação penal nos casos de arrependimento ativo.. (§ 153 e StPO)
7. O procurador também pode abster-se de perseguir fatos dentre os tipificados nos artigos 7º a 15 Internacional, [...] nas hipóteses previstas no (§ 153 f StPO, segundo a Lei de Introdução ao Código Penal Internacional, de 26/02/2002
8. A procuradoria pode prescindir da persecução de um delito se, primeiro, a pena ou medida de segurança suscetível de ser aplicada não for considerável em comparação com uma pena ou medida que já tenha sido imposta ao acusado por outro fato e, segundo, depois de verificado o pressuposto anterior, não seja de esperar que o processo transcorra em um prazo apropriado, e a pena já imposta resulte suficiente para influir sobre o autor do delito e a defesa do ordenamento jurídico. (§ 154 a StPO)

As tabelas adiante inseridas salientam os dados empíricos no ano de 2003. Entre outros aspectos, indicam que mais da metade dos processos em casos de suspeita suficiente se arquivam em virtude do princípio da oportunidade:[121]

Disposições finais do Ministério Público em casos de suspeita suficiente em 2003:

Total de casos	2.442.094	100,0%
Acusação normal	573.345	23,4%
Solicitação de ordem penal	603.999	24,7%
Princípio da oportunidade total	1.264.754	51,7%
Arquivamentocom condições	265.909	10,8 %
Arquivamento sem condições	998.845	40,9%

A idéia trazida pela autora Danielle Souza é a de que a polícia é a extensão do poder do Ministério Público, vejamos,

[121] AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 77/80

> A norma, com equivalência a muitas outras encontradas na mesma matriz, é decorrência lógica do figurino acusatório, em que o Ministério Público, titular da ação penal pública, exerce o juízo de oportunidade e conveniência da produção indiciária, tendo na Polícia investigativa sua longa manus.[122]

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Junior também partilham da mesma idéia demonstrada acima, a de que o Parquet depende da atuação da polícia judiciária, no entanto, esta também deve utilizar o princípio da oportunidade para se obter resultados,

> O Ministério Público vê assim sua atuação judicial dependendo, em grande parte, do trabalho da polícia judiciária, o qual é deficiente, traduzindo-se na apuração de apenas 10 a 20% das ocorrências criminais (as restantes simplesmente não são investigadas, sem que haja o menor controle quanto às razões) [...] A partir de um diagnóstico concreto, mister o estabelecimento de uma política institucional de atuação na área penal, que indique metas, prioridades e formas de agir.[123]

Existe certa incompatibilidade entre o agente político, Ministério Público, e sua obrigatoriedade em ingressar com a ação penal pública, segundo Denise Neves Abade defede,

> Contudo, a partir das idéias, dessa corrente doutrinária, a questão do "poder-dever" de o Ministério Público ingressar com a ação penal (princípio da obrigatoriedade estrita da ação penal) mostra-se incompatível com a sua posição de agente político, já abordada neste livro.Com efeito, não há operacionalidade técnica no uso desse conceito. Isso porque, por exemplo, o magistrado também possui o poder-dever de condenar ou absolver, a depender do caso concreto.Diante deste quadro, resta concluir que não há para o Ministério Público um "poder-dever" de ingressar com ação pública. O Ministério Público é destinatário sim, do direito de acessar o Poder Judiciário e obter a prestação jurisdicional.[124]

Jorge Figueiredo Dias defende o princípio da legalidade, mas acredita que em crimes particulares deveria haver mais discricionaridade para investigar,

> Pág. 121 Em vez de obviar a esta situação através da consagração, para certas hipóteses rigorisamente especificadas, do princípio da

---

[122] SILVA, Danielle Souza de Andrade Silva e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 86

[123] FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (coord.).**Ministério Público**: instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997, p. 29/30

[124] ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 184 e 185

> oportunidade, o legislador português terá preferido, seguir o caminho de alargar as hipóteses de crimes particulares.
>
> Pág. 130 […] O princípio da legalidade deve continuar a constituir o ponto de partida na modelação do sistema. Só o ponto de partida, porém: bem se compreende que relativamente a certos casos concretos, a promoção e a prossecução obrigatórias do processo penal causem à comunidade jurídica maior dano que vantagem, máxime, atento o pequeno significado da questão para o interesse público, ou conexionado este com dificuldades de prova, inflação do número de processos, pequena probabilidade de executar a condenação, etc. (v.g., relativamente a fatos cometidos no estrangeiro ou por pessoa que não se encontre no país) – e que, em tais casos, se deixe ao MP uma certa margem de discricionariedade no procedimento.[125]

Vários países já vem utilizando a oportunidade em crimes de bagatela, sendo completamente proveitoso para o ordenamento jurídico, conforme entende Rosimeire Ventura Leite,

> É preciso observar, porém, que a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal já vem ocorrendo há várias décadas, mediante a introdução, nos países civil Law, de mecanismos alternativos que concretizam a ideia de oportunidade na persecução penal. Tal iniciativa encontra-se profundamente vinculada à exposição dos crimes de bagatela, para os quais o processo penal tradicional se revela instrumento muito pesado e pouco proveitoso. Ademais, o processamento de todas essas pequenas infrações seria inviável para os ordenamentos jurídicos.[126]

Guinter Jackobs, in Curso de Direito Penal em Goettingen-Alemanha, organizado pelo CEDPAL, no dia 22/09/14, em resposta à pergunta deste pesquisador:

> "Nenhum promotor na Alemanha, em sã consciência, processaria alguém pelo furto de uma bicicleta de 80 dólares. A violação da norma para gerar a necessidade do processo judicial deve ter relevância para o sistema social. O que falta aqui é maior transparência nos critérios para arquivamento e para acordos".

Em outro momento, Roxin no Curso de Direito Penal em Goettingen-Alemanha, organizado pelo CEDPAL, no dia 26/09/14, em resposta à pergunta deste pesquisador:

> "Nem todo fato formalmente típico deve gerar processo penal".

No curso acima mencionado, Sousa Mendes, organizado pelo CEDPAL, no dia 24/09/14, em resposta à pergunta deste pesquisador:

---

[125] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Clássicos jurídicos**. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 121 e 130

[126] LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p 40

> "Na Europa o Promotor apenas inicia uma ação penal se o tema for socialmente relevante e o réu tiver mais de 60% de chance de ser condenado, este cálculo é subjetivo, mas é mentalmente feito pelos Membros do Ministério Público, pois não basta indício razoável, tem que ser indício suficiente para uma condenação futura".

Outro palestrante a ser questionado neste curso foi Kai Ambos, no dia 25/09/14, que proferiu a seguinte resposta à pergunta deste pesquisador:

> "Pequenos furtos não são processados aqui, exceto se tiver algum valor jurídico relevante, uma bicicleta de maior valor, ou se o autor for criminoso habitual. A vítima tem também que demonstrar que cuidou de seu pertence, ou seja, que não a deixou largada, sem cadeado, no pátio da escola, por exemplo".

Klaus Tiedemann defende a imparcialidade do Ministério Público em desejar tanto uma condenação, como uma absolvição, dependendo da relevância do caso concreto,

> Com essa presunção de inocência, relevante também para os órgãos de persecução penal em relação ao público e à imprensa, o Direito Processual Penal segue o princípio liberal de que é melhor deixar impunes cem culpados do que punir um inocente. O fato de cerca de 60% de todos os processos penais serem arquivados pelo Ministério Público já no estágio de investigação mostra bem que a prática da persecução penal realmente leva em conta esse princípio. O Ministério Público demonstra, assim, ser um órgão imparcial que, por força de prescrição legal, deve averiguar as circunstâncias úteis não só à acusação, mas também á absolvição (§160, 2º, do CPP alemão).[127]

Observa-se que Ferrajoli, considerando a posição constitucional na Itália da obrigatoriedade da ação penal, manifesta por um conceito de obrigatoriedade diferente, dispensando a ação penal nos delitos de menor monta, pois nestes casos a doutrina italiana entende que não existe crime,

> Por outro lado, por obrigatoriedade da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da 'não derrogação' do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime 'leve' ou 'oculto', mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda a notitia criminis que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade.[128]

---

[127] ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. TraduçãoGercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 154

[128] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev.eampl. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

Em um Curso em Roma, no mês de outubro de 2016, na Universidade de Tor Vergata, o doutrinador Ferrajoli asseverou novamente que é a favor da obrigatoriedade da ação penal, e do cumprimento total da pena, e que sua doutrina foca nas garantias processuais, ainda que gerem prescrições (o que é comum na Itália). Mas, que em casos legais entende haver atipicidade criminal.

O autor alemão Peter Alexis-Albrecht, na obra Criminologia, uma Fundamentação para o Direito Penal, questiona a oportunidade da ação penal, nos seguintes termos:

> Com este modelo processual produtor de desigualdade correspondem situações problemáticas de tipo jurídico-constitucional porque, em razão dos pressupostos indeterminados do arquivamento, é violado o mandamento da determinação (art. 103, seção 2, Constituição). Além disso, o poder fático de decisão do Ministério Público prejudica o princípio da separação dos poderes (art. 20, seção 3, Constituição).[129]

Com a posição do autor acima importante lembrar que a questão da desigualdade das decisões é um problema que também ocorre nas decisões judiciais, notadamente acerca da dosimetria da pena, logo não é um problema apenas na decisão ministerial. Lado outro, alguns advogados reclamam de arquivamentos pelo Ministério Público, pois isto reduz o mercado de trabalho, uma vez que entendem por 'ampla defesa' uma oportunidade para que o processo seja instaurado e demore bastante, uma vez que aumenta o lucro no mercado jurídico.

Ressalta-se que há muitos autores defendendo a oportunidade da ação penal, embora não sejam os mais vendidos, pois focam em dicas e macetes para concursos públicos.

No Seminário da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, realizado em Brasília foi discutida a eficácia da persecução penal em face da obrigatoriedade da ação penal:

> O coordenador da Câmara de Combate à Corrupção do MPF, subprocurador-geral da República Marcelo Muscogliati, representou a instituição no primeiro painel do seminário, que debateu os paradigmas do princípio da obrigatoriedade. Ele afirmou que a regra da obrigatoriedade impõe um excesso de demandas criminais que não

[129] ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313

> deveriam ser formuladas, fecha as portas de transação, negociação, acordo e uma série de outros instrumentos mais eficazes no direito criminal. "Não existem recursos pra reprimir todos os crimes e o Brasil é uma prova disso, e o maior registro que a gente tem dessa falha é o número de processos prescritos em 75 anos de respeito a essa regra", completou.[130]

A ENCCLA realizou nos dias 15 e 16 de setembro de 2016, no Auditório do Conselho da Justiça Federal, um Seminário específico para discutir sobre oportunidade da ação penal em face da oportunidade da ação penal e eficiência através da AÇÃO 7 - Eficácia da persecução penal em face do princípio da obrigatoriedade, discutindo os seguintes temas:

> 1) Paradigmas para mitigação do princípio da obrigatoriedade – Marcos normativos e efetividade;
> 2) Critérios, propostas e experiências para eficiência e utilidade da persecução penal;
> 3) Transparência na fixação e aplicação dos paradigmas para mitigação do princípio da obrigatoriedade;
> 4) Controles do exercício de mitigação do princípio da obrigatoriedade.[131]

A ENCCLA, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiroinstituída em 2003, consiste na articulação de mais de 60 órgãos e entidades das três esferas federais, a maioria deles ligados a um dos três poderes da República ou a Ministério Público, em um esforço conjunto voltado à prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, produto da Ação 7/2016 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

Inclusive neste Seminário, a ENCCLA discutiu também a questão da ineficiência da obrigatoriedade da ação penal,

> **AÇÃO 7:** Elaborar estudos sobre a eficácia da persecução penal em face do princípio da obrigatoriedade.
> **Eixo:** Detecção e Punição
> **Objetivo Estratégico:** Aumentar a efetividade do sistema de justiça
> **Coordenadores:** DPF e MPF

---

[130] Ministério Público Federal. **Enccla: definição de prioridades garante transparência e efetividade à persecuão penal.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/enccla-seminario-discute-estrategias-para-tornar-atuacao-criminal-mais-eficiente>. Acesso em: 04 out. 2016.

[131] ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem e Dinheiro. Seminário ENCCLA – Ação 7. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/reunioes/seminario-principio-da-obrigatoriedade/programacao-eficacia-da-persecucao-penal-em-face-do-principio-da-obrigatoriedade>. Acesso em: 30 nov. 2016.

> **Colaboradores:** ADPF, Ajufe, Amaerj, AMB, ANPR, CNMP, CNPG, MPRJ, MTPS, PC/SC e PC/SP.[132]

Segundo Antônio Araldo, o Parquet deve perceber, que atualmente, algo não esta funcionando bem, primeiro pela quantidade de inquéritos para invetigar, depois pelo poder que o mesmo deve ter em decidir quando investigar, não o fazendo,

> O Ministério Público antigo sempre se circunscreveu a reagir: recebendo os inquéritos policiais ou os processos em sua mesa, os Promotores e os Procuradres de Justiça neles atuavam como que oferecendo uma resposta a um estímulo que deles recebiam, numa reação de causa e efeito meramente burocrática. Nessa concepção ministerial, o processo e o inquérito são um fim em si mesmo – o objeto e a finalidade de sua atuação. Todavia, o novo Ministério Público deveria ver no processo e no inquérito não um fim em si mesmo, mas um sintoma: a revelação de que alguma coisa não está funcionanda bem no seio da coletividade.
>
> No caso do Ministério Público, diante da ciência de fatos que, eventualmente, poderiam determinar a propositura de uma ação civil pública, não está o agente obrigado a propor tal ação. Ao contrário, no exercício de sua competência dicricionária, cabe a ele ponderar todas as circunstâncias do caso para, ao final, decidir pela apresentação, ou não, do feito perante o judiciário.
>
> Pág. 314 Porém, o pode discricionário institucional se manifesta exatamente na sua atuação extrajudicial. Tenho para mim que sem essa face discricionária o Ministério Público deixa de ser Instituição e passa a ser mero órgão do Estado, com atribuições apenas vinculadas.[133]

Necessário citar também Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto, in Exceção permitida à luz da legalidade e da obrigatoriedade de respeito aos Direitos Humanos, Princípio da oportunidade no exercício da ação penal publica,

> O princípio da obrigatoriedade origina-se da teoria absoluta da pena de Kant e Hegel, posto que todo fato ilícito deve traduzir-se em uma ação penal e por conseqüência em uma pena a ser aplicada, obrigatoriamente. Tal assertiva, nos dias atuais é bastante absurda, inútil e inviável, para não dizer impossível e irrealizável. Nenhum sistema penal na modernidade está capacitado a dar respostas a todas as espécies de crimes, a polícia não possui os recursos materiais, o Ministério Público e o Poder Judiciário também tem dificuldades diversas para fazer com que todos os processos tramitassem em tempo razoável, de outro lado, se este fato fosse realidade, indubitavelmente maiores problemas terá o sistema penitenciário, pois as prisões

[132] ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Ações 2016. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes>. Acesso em 25 nov. 2016.
[133] RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 310

> estariam mais lotadas do que já se encontram. Em todo sistema penal existe uma margem para a atuação no terreno da persecução, como regra a obrigatoriedade e como exceção os critérios de oportunidade, vinculado ao interesse público e estatal, permitindo prescindir da acusação penal, trata-se de uma concepção utilitarista e realista sobre a legalidade e a obrigatoriedade, onde se passa a reconhecer os interesses jurídicos superiores, e não todos, para não tornar o processo penal e a pena um verdadeiro absurdo. É uma opção de política criminal em base a sentimentos e valores sociais (ver Gonzalez Alvarez, Daniel in "El Princípio de Oportunidad en el Ejercicio de la Accion Penal" - Justicia Penal y Sociedad – Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Ano II, nº 34, nov./1993, publicación del Instituto de Estúdios Comprados em Ciências Penales de Guatemala IECCPG, Republica de Guatemala).[134]

A pesquisa de Gabriel Antinolfi Divan sugere que o Parquet tenha acesso aos custos do ajuizamento de uma ação penal,

> Não é a partir de uma obrigatoriedade (que a rigor, sequer existe) que se deve fazer a leitura dos outros institutos. E se assumido isso, se está igualmente perdendo o medo de também assumir que é possível tranquilamente adotar um critério que prima pela conveniência quanto ao exercício da ação penal – uma vez que conveniência não necessariamente precisa significar pura e simples vontade ou critério meramente subjetivo. O que parece urgente é possibilitar ao órgão ministerial uma análise dos custos (em sentido amplo) de se ajuizar uma ação – análise que pressupõe a responsabilidade de se estar trabalhando com uma realidade que existe e que é tributária de um sistema imperfeito e que acarreta muitas vezes prejuízos em si, mesmo frente ao seu funcionamento dito normal.[135]

Apesar de o neo-constitucionalismo tratar os princípios como norma, ainda que sejam implícitos, o fato é que princípios implícitos devem ser avaliados com acurada cautela, principalmente quando violam direitos humanos, dignidade humana, o Estado Democrático de Direito ou princípio constitucional expresso e positivado como é a independência funcional e autonomia do Ministério Público, logo se existiu obrigatoriedade da ação penal, atualmente é inconstitucional ou não recepcionada pela atual Constituição Federal. Imprescindível citar o art. 5º, inciso II, da CF/88.

> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

---

[134]MAIA NETO, Cândido Furtado. **Princípio da oportunidade no exercício da ação penal pública: exceção permitida à luz da legalidade, da obrigatoriedade e dos Direito Humanos.** Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.12667> . Acesso em: 16 jan. 2016.

[135]DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Do "*princípio da obrigatoriedade*' enquanto (mera) *opção*: necessidade de avaliação *político-criminal* do exercício da *ação penal pública*.** Edipucrs, Porto Alegre, v. 4, 2013. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/15.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

Ainda que se entenda que o Ministério Público, como agente público, depende de lei para agir ou deixar de agir, esta "previsão legal" já existe e está prevista na Constituição Federal que é a independência funcional (art. 129 da Constituição Federal) e o art. 28 do CPP prevê arquivamento por "razões invocadas", mas não define quais seriam estas razões, logo a discricionariedade regrada ou fundamentada tem respaldo legal.

Outro doutrinador que defende a oportunidade fundamentada da ação penal é Marcelo Medroni,

> Assim, resumidamente, o processamento criminal de forma indiscriminada, sem método e sem análise, pode, já por si só, gerar uma instabilidade da ordem social ainda maior e mais grave do que o processamento. A "contrario senso", e enfatizando ser o Estado o titular do garantidor da Ordem social, deverá cuidar de promover a análise dos mais diversos aspectos, sociais, morais e criminais - tendo em conta todo um leque de fatores inerentes à comunidade, destinatária final da justiça a ser aplicada, correlacionando-os a ponto de concluir pela necessidade/finalidade a ser alcançada. Em termos técnicos emprestados das ciências econômicas, pelo "custo/benefício" do processamento, muitas vezes com o peso da "estigmatização" do suspeito ou acusado, ocasionado pelos atos de investigação e de processamento criminal.[136]

Também sustenta Clisia Eline Campos, em pesquisa empírica que analisa arquivamentos de IPs no MPF, a necessidade de filtragem nas ações penais públicas,

> Apesar de encontrar-se vigente, como já mencionado, considera-se que o princípio da obrigatoriedade não deve ser aplicado de forma absoluta, uma vez que observa-se que há várias hipóteses que justificam a não atuação ministerial, pois existem casos em que o oferecimento da denúncia não produzirá nenhum resultado efetivo, devendo nessas hipóteses ser requerido o arquivamento do inquérito.
>
> O Ministério Público, por disposição constitucional, tem a titularidade exclusiva da ação penal, por tal razão, deve realizar uma filtragem nas ações a serem propostas, devendo somente propor as ações que venham a produzir resultados efetivos. E, neste contexto, obrigar o membro do parquet ao oferecimento da denúncia, nos casos em que verificar que deve o inquérito ser arquivado, implica em violação ao princípio constitucional da independência funcional, bem como ao princípio da eficiência o qual também rege a instituição ministerial
>
> Ressalta ainda a pesquisadora acima que:

[136]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Correlação – Princípio da Oportunidade e Política Criminal** Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/4220-correlacao--principio-da-oportunidade-e-politica-criminal>. Acesso em 30 jul.2016.

> Feitas tais considerações, para demonstrar a relevância do tema abordado ao longo deste trabalho na tabela abaixo será exposto o número referente à movimentação dos inquéritos policiais, tanto no âmbito do Ministério Público Federal, quanto no Estadual.[137]

Movimentação 2011

Movimentação	MPF	MP's Estaduais
Recebidos ou requisitados pelo MP/MPF	399.546	4.515.564
Denúncia	12.024	693.295
Arquivamento	48.539	565.661
Novas Diligências	203.971	2.052.650

Fonte: Conselho Nacional do Ministério Público

É de se verificar, da análise dos dados acima, que praticamente a metade dos inquéritos são devolvidos para novas diligências, o que o demonstra a não convicção dos membros do parquet para o oferecimento da denúncia. Observa-se, ainda, que o número de denúncias oferecidas pelos órgãos ministeriais, no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, não é muito superior ao número de processos arquivados, enquanto que no âmbito do Ministério Público Federal, o número de arquivamento é quatro vezes maior que o número de denúncias oferecidas.

Neste contexto, destaca-se, o número de pedidos de arquivamento revistos pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, órgão responsável pela revisão pertinente à matéria criminal no âmbito do Ministério Público Federal.

Inquéritos - MPF

Movimentação	**2008**	**2009**
Prosseguimento da persecução criminal	812	913
Homologação[iv]	2780	3028
Outras deliberações[v]	733	365
Total de Deliberações	**4325**	**4306**

Fonte: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão

[137] CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. **Obrigatoriedade da ação penal e ministério público**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627 Acesso em: 16 jan 2016.

Apesar da obrigatoriedade da ação penal, e do controle judicial da atuação ministerial a cerca do arquivamento do inquérito, analisando os números apresentados na tabela acima, observa-se que nos casos em que o juiz discorda da promoção de arquivamento do membro do parquet, nos casos pertinentes à matéria criminal, na esfera federal, o índice de discordância em relação ao prosseguimento da ação penal em 2008 ficou em 18,77% e em 2009 em 21,20%. Observa-se, que somando os dados dos dois anos, contata-se que, após o reexame, a Câmara Revisional determinou o oferecimento da denúncia em 5.808 dos 8.631 pedidos de arquivamentos, ou seja, o número de pedidos de arquivamento reexaminados são em sua maior parte homologados.

Consta no trabalho do acadêmico Israel Ventura Mendes, orientado pelo Jurista Vladimir Aras algumas considereções acerca do princípio da obrigatoriedade,

> Diante do que até aqui foi exposto, algumas consideração hão de ser feitas. Levando-se em consideração a dúplice função do direito processual penal, qual seja, a de instrumentalizar o direito material e assegurar ao acusado seus direitos e garantias, há que se defender a urgente necessidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade frente às situações fáticas que justificam o não oferecimento da denúncia, sob pena de incorrermos em decisões descabidas e irracionais, em virtude do "engessamento" provocado por um formalismo exagerado e desconexo. Seria lógica e faria muito mais sentido a atuação do parquet somente quando conveniente para o bem público, baseando-se tal raciocínio no tão conhecido princípio da eficiência. Ao defender-se o Direito Penal como ultima ratio e a idéia da ação penal pública como instrumento apto á obtenção de segurança pública, esta deve destinar-se, necessariamente, à busca da harmonia e integridade do Estado Democrático de Direito. Ao aplicar-se o princípio da indisponibilidade e da Obrigatoriedade , de forma rígida e intolerante, no que diz respeito á ação penal pública incondicionada, estar-se-á de qualquer modo, incentivando a atuação dos membros do Ministério Público de forma alijada de racionalidade e acrítica, violando de forma nítida e incontestável o princípio da independência funcional do MP de modo a ser obrigado a oferecer denúncia, nesses casos, e assim o fazendo, estará proibido de desistir da ação penal já instaurada.[138]

Também consta ainda o relevante trabalho das pesquisadoras Danielle Dutervil Mubarake e Bruna Khede Rodrigues da Costa,

---

[138] MENDES. Israel Ventura. **Os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, em face do processo democrático.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11389&revista_caderno=22>. Acesso em: 22 ago. 2016.

> Embora seja comum a afirmação de que o princípio da oportunidade apenas poderia ser aplicado às ações penais de iniciativa privada e às ações penais de iniciativa pública condicionadas à representação, parece correto que tal princípio seja estendido aos casos em que, em tese, caberia ação penal de iniciativa pública incondicionada. O princípio da obrigatoriedade não pode ser óbice a esta extensão, pois, como afirmam alguns autores, a obrigatoriedade não mais se coaduna com a ideia de um processo penal democrático.
>
> O fato de tal princípio abrir um espaço maior de atuação discricionária ao Ministério Público não acarreta nenhum tipo de estímulo ao subjetivismo como se poderia supor. É que o parquet poderia verificar a oportunidade, a conveniência, a utilidade, a nocividade ou a economicidade da sua atuação processual, ou mesmo a sua razoabilidade, sem prejuízo de continuar existindo o controle desta manifestação pela instância superior da Instituição, nos moldes do inquérito civil, ou mesmo na forma hoje prevista, pela aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.
>
> Defende-se que a eventual propositura de uma denúncia com base na rígida aplicação do princípio da obrigatoriedade apenas acarretaria mais males do que benefícios. Por certo, que um delito é, por si só, uma conduta socialmente relevante e há interesse da sociedade em vê-la contida. Entretanto, parece que seria muito pior em termos sociais aumentar a população carcerária de um sistema prisional que, nem ao menos tangencialmente, consegue alcançar seus objetivos teóricos (funções preventivas geral e especial da pena, e as chamadas "ideologias re": ressocialização, reinserção, reeducação, etc.). Ora, há outras maneiras menos drásticas e socialmente menos custosas de reprimir a conduta daquele que comete ou tenta cometer um delito cuja repercussão social não seja tão grande como foi no caso em exame.
>
> Aliás, parece que esta medida intolerante, além de ir na contramão dos valores lançados pela Constituição da República de 1988, apenas contribuiria para gerar o efeito reverso: ao botar alguém que nunca antes cometera um crime em contato com pessoas já desgastadas pelo sistema carcerário, cria-se o (forte) risco de que a pessoa que antes não tivera contado com esta realidade se transforme, em virtude das humilhações e dos tratamentos degradantes a que são informalmente submetidos os detentos, em um potencial criminoso. E isto, ao que tudo indica, é ainda menos desejado pela sociedade.[139]

O festejado Eugênio Pacelli de Oliveira, entende que a ação penal em seu início já deve ter uma possível efetividade futura e também ressalta que,

> No processo penal, o interesse de agir se refere à preocupação com a efetividade do processo, o que significa dizer, que a ação penal desde sua propositura deve mostrar um mínimo de viabilidade de satisfação

[139]MUBARAK, Danielle Dutervil. COSTA, Bruna Khede Rodrigues da**. O princípio da oportunidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19466/o-principio-da-oportunidade#ixzz32g9EmgLi>. Acesso em: 22 ago. 2016.

> da pretensão autoral, ou seja, deve mostrar-se útil. Razão pela qual, fala-se em interesse-utilidade. Neste contexto, atenta para as hipóteses de prescrição retroativa constatadas no procedimento investigatório. Defende, que nesses casos, desde logo, deve-se concluir pelo não oferecimento da denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito por falta de interesse-utilidade de agir. Isto, devido à inutilidade da atividade processual que será instaurada.
>
> Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal.[140]

Há ainda o trabalho brilhante de João Porto Silvério Júnior, in "opinio Delicti", o qual extraímos trecho:

> [...] após a promulgação da Constituição de 1988, a qual prevê expressamente o princípio da independência funcional, não há como considerar que os membros do órgão ministerial encontram-se obrigados à propositura da ação penal. Assevera este autor, que o Ministério Público é obrigado a formar a opinio delicti, não podendo furtar-se da análise de um fato previamente definido como crime, e, não obrigado a promover a ação penal, uma vez que seus membros são agentes políticos livres para manifestarem sua atuação, desde que de forma fundamentada.[141]

Também se registra o trabalho de pesquisa de Kédyma Cristiane Almeida Silva, com o título realizado mediante pesquisa na Europa,

> Nesse contexto e convencidos da relevância dos argumentos favoráveis à adoção mitigada do princípio da oportunidade, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, durante reunião celebrada em 17 de setembro de 1987, aprovou a Recomendação n. R(87)18.
> Esta sugere, como solução para a pouca eficácia do procedimento penal, a definição de prioridades na gestão da política criminal, mediante a aplicação do princípio da oportunidade.
> Além disso, enfatizamos que a adoção desses mecanismos tem como escopo atender– por meio do juízo de ponderação – aos objetivos destacados pela Rec. n. R(87)18, sem que disso decorra a restrição, por um lado, do princípio constitucional de igualdade – concebida na sua acepção material – e, por outro, da exigência de individualização da pena. Soma-se a essa exigência a necessidade de definição de objetivos claros e a rigorosa delimitação dos seus pressupostos de aplicação, bem como a criação de mecanismos processuais que viabilizem o seu efetivo controle, **seja por meio da previsão do**

[140]OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114 e 115

[141] SILVÉRIO JUNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013, p. 153/170

> **duplo exame das decisões que determinam o arquivamento do inquérito ou a suspensão do procedimento, p**ela previsão de recurso de iniciativa da vítima, como também mediante a intervenção, nas hipóteses de restrição de direitos, do denominado juiz de garantias. A combinação dessas vias seguramente coadunasse melhor com o elenco de princípios adotados pelas democracias contemporâneas.[142]

A Dissertação de Mestrado de Edimar Carmo da Silva, na PUC-RS, apresentada em 2010, e orientado pelo jurista Luciano Feldens, sob o título de "Perfil Material do Princípio Acusatório", constata que:

> Nessa direção, de modo semelhante ao vivenciado na realidade pretérita chilena parece ser o quadro jurídico brasileiro, como bem sopesado por Diaulas Ribeiro, ao retratar a inadequação prática com o novo horizonte delineado constitucionalmente, no Brasil, a partir de 1988. Assim, deixa assente:
>
> "Hoje, mesmo com outro status constitucional, sua intervenção é quase a mesma que fazia no Império, na implantação da República, nas ditaduras do Estado Novo e do Regime Militar de 1964 a 1985. Continua propondo ações penais ou submetendo ao Poder Judiciário o arquivamento dos inquéritos policiais; interpõe recursos e mantém uma participação tímida no denominado controle externo da atividade policial e por conseqüência na investigação criminal preparatória da ação penal. No mais, visita presídios e emite pareceres pro forma primitivo comum na América Latina. (...). No processo penal, o Ministério Público é o mesmo de antes: o que fazia no começo do século XX, continuou fazendo no fim.
> Aliás, é de bom alvitre consignar que, mesmo diante da nova realidade jurídico-constitucional, é comum se ouvir dizer acerca da manutenção de um ―princípio da obrigatoriedade da ação penal‖ dirigido ao Ministério Público brasileiro."
>
> Acerca desse particular, registre-se, em primeiro ponto, conforme preconizado por Kedyma Almeida Silva, a referida norma da obrigatoriedade da ação penal não se trata de princípio, mas, sim, de uma regra que não encontra fundamento constitucional sequer no princípio da legalidade, senão apenas no princípio da oficialidade para fins de evitar um pretenso desmando do poder político do Estado na consolidação do positivismo jurídico científico do Estado liberal de direito. Em segundo, conforme a referida autora, a obrigatoriedade da ação penal diz respeito a um instrumento político no processo penal afinado com o consequente fortalecimento da política criminal simbólica, pouco ou nada comprometida com os fins a que visa informar. Para além, procura conferir um fundamento constitucional à

[142]SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. **As políticas criminais contemporâneas – Ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus.** Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/as-politicas-criminais-contemporaneas-enfase-nas-reformas-dos-sistemas-processuais-europeus>. Acesso em 22 ago. 2016.

> obrigatoriedade da ação penal com pretensão de evitar uma atuação discricionária dos órgãos do Estado e, com isso, engendrando uma ideia de segurança jurídica.[143]

Como por várias décadas prevaleceu a doutrina processual italiana na área penal, copiamos textos italianos sem uma análise profunda, sendo que na Itália a obrigatoriedade da ação penal é expressa na Constituição Federal. Mas, no Brasil não. E atualmente os juristas que dominam nesta área penal e processual são de origem alemã e não mais italiana, logo devemos mudar os paradigmas.

Lado outro, a gestão da secretaria judicial também precisa colaborar, pois gastam uma enorme energia com um**a** preocupação excessiva com intimação em processos já baixados (processos mortos) e alegam que não têm tempo para as citação e intimações nos processos ativos. Ou seja, seria como comprar remédios para quem já faleceu e alegar que falta verba e tempo para atender os vivos.

O Jurista Vladimir Aras, in Principios do Processo Penal, in na revista virtual Mundo Jurídico, esclarece que:

> Abrindo-se maior espaço de discricionariedade ao *Parquet*, este órgão poderia verificar a oportunidade, a conveniência, a utilidade, a nocividade ou a economicidade da sua atuação processual, ou mesmo a sua razoabilidade, sem prejuízo de continuar existindo o controle dessa manifestação pela instância superior da Instituição, nos moldes do inquérito civil, ou mesmo na forma hoje prevista, pela aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, que posiciona o juiz como fiscal do princípio da obrigatoriedade.
>
> Um dos dispositivos úteis é o próprio artigo 28 do Código de Processo Penal, pois este cânon não diz quais devem ser as "razões invocadas" pelo Ministério Público para a promoção do arquivamento do inquérito policial. O promotor ou o procurador poderia, perfeitamente, invocar razões de política criminal ou de utilidade para não promover a demanda penal, tendo em vista, por exemplo, a aproximação do termo final do prazo prescricional máximo previsto para aquele delito. Poderia, ainda, alegar o membro do Parquet a insignificância penal da conduta apurada no inquérito, ou a inconveniência da ação.[144]

Outro autor que defende o princípio da oportunidade fundamentada é Marco Antonio Marques da Silva,

---

[143]SILVA, Edimar Carmo da. **Perfil material do princípio acusatório e ministério público: implicações jurídico-processuais**. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1880>. Acesso em: 22 ago. 2016.

[144] ARAS, Vladimir. **Princípios do Processo Penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/2>. Acesso em: 30 nov. 2016.

> O direito penal é deixado para atuar somente naquelas áreas onde comprovadamente haja fracassado sua regulação por outras instâncias do controle social [...] Aí o princípio da obrigatoriedade vai sendo substituído um número cada vez maior de legislações pelo princípio da oportunidade, como uma forma inicial de seleção dos comportamentos que necessariamente deverão ser submetidos aos rigores de uma persecução penal.[145]

Temos também José Antonio Paganella Boschi defendendo o princípio da oportunidade:

> Para o insigne professor germânico, (ROXIN) a resposta a esse problema jurídico processual não pode ser outra: o Ministério Público tem o direito de julgara punibilidade de uma conduta "de acuerdo com sua própria convicción jurídica", inclusive para acusar quando a jurisprudência considera como não punível uma conduta qualquer para "producir eventualmente um cambio de posición em la jurisprudência". [...] A flexibilização do princípio da obrigatoriedade ou, ainda mais radicalmente, a instituição do princípio da oportunidade da ação penal pública entre nós, dês que, observada a recomendação de Roxin, o Ministério Público estabelecesse uma política de persecução penal, daria melhores condições para a Instituição priorizar a sua atividade na punição dos fatos que causam maior lesividade social e ao mesmo tempo propiciaria o alívio das pautas judiciárias em favor da otimização orçamentária, como propõe conhecido principio de direito administrativo.[146]

José Antonio Paganella Boschi, em um artigo define quando a obrigatoriedade e a opotunidade devem ser utilizadas,

> Como acentuou PIERANGELI, após reproduzir ensinamentos de GOLDSCHMIDT, FLORIAN e DE MARSICO, a regra da obrigatoriedade foi adotada aos poucos, e na atualidade a sua aceitação se apresenta em quase todos os estados modernos. E, mais adiante concluiu: "Para aqueles que estimam ser o direito de castigar um sentimento de justiça, outro critério que não o da legalidade deve ser o aceito, enquanto para aqueles que vêem no direito de castigar uma mera razão de utilidade social, devem preferir a regra da oportunidade, pois que está condiciona tal aplicação a uma valoração de conveniência pública.[147]

---

[145] SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 25

[146] BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 134

[147]BOSCHI, José Antônio Paganella. **Princípios informatios da Ação Penal**. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2c133/2c1a4/2c6b7?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 17 ago. 2016.

Eduardo Araújo da Silva, Promotor Paulista, cita em sua obra que o sistema português prevê a possibilidade de arquivamento nos seguintes termos previstos no art. 280 do CPP em conjunto com art. 75 o CP:

> O arquivamento, portanto, é admitido em relação aos crimes para os quais a lei penal admite a hipótese de dispensa ou isenção de pena. Nesse sentido, dispõe o art. 75 do Código Penal português que a dispensa de pena poderá ocorrer quando a culpa do agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e a tal se não opuserem as exigências de recuperação do delinqüente e da prevenção geral. Antes de promovida a acusação, a iniciativa ministerial carece de concordância do juiz.[148]

Além disso, Carlos Eduardo cita ainda outras possibilidades previstas em lei esparsa como no caso de usuário de entorpecente e o caso para crimes aduaneiros, respectivamente Lei 430/83 e Lei 187/83, ressaltando o trabalho de Mario Torres, in O princípio da oportunidade, no exercício da ação penal, Revista do Ministério Público – Jornadas de Processo Penal, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

Já na **Espanha** a doutrinadora Teresa Armenta Deu, na obra Princypio Acusatório Y Derecho Penal, sustenta a disponibilidade do processo penal como instrumento para concretizar um processo acusatório real,

> La ausência de poder de disposición sobre el 'jus puniendi', tema em el que existe practica unanimidad em la doctrina, impone junto a otros aspectos fundamentales, como La finalidad de proceso penal olos principios de política criminal,uma serie de limitaciones a objetivos que quizá pudieran alcanzarse de situarse em outro sistema procesal penal.[149]

Na **Alemanha** o princípio da proporcionalidade, embora não expresso na Constituição Federal, tem forte aplicação no ordenamento jurídico em face da atuação concentrada da Corte Constitucional e acaba flexibilizando a obrigatoriedade da ação penal quando desproporcional.

Dessa forma seguem as lições do Prof. Fernando Fernandes:

> Em conclusão, uma forma ampla para expressar todos esses fenômenos alternativos ao processo tradicional parece ser a de atenuações ao princípio da legalidade, verificando-se uma certa

[148] SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação Penal Pública: princípio da oportunidade regrada**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 27

[149] DEU, Teresa Armenta. **Principio acusatório y derecho penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 29

> discricionariedade por parte do ministério público no exercício da ação penal [...] a discricionariedade reconhecida ao Ministério Público Alemão o permite dedicar a maior parte dos seus recursos ao problema da criminalidade grave.[150]

Nesse sentido, a própria Polícia Federal defende a regulamentação de investigações que sejam prioritárias, pois não conseguem investigar tudo e tem esta meta como uma meta da classe e tentam buscar a via legislativa, conforme consta da Carta do Rio, em 2012, em Congresso de Delegados Federais no item 8 da Carta, conforme texto a seguir:

> 8. **Disseminar a seletividade para início da investigação criminal**, conforme o grau de lesividade dos ilícitos penais, compartilhando a responsabilidade entre as autoridades e instituições oficiais encarregadas de investigar e combater os ilícitos administrativos com repercussão na seara criminal, no Brasil e no exterior, é uma necessidade ante a busca de uma investigação criminal eficiente e moderna. (Congresso Nacional de Delegados Federais de Polícia, 2012, grifo nosso).[151].

Importante destacar trecho da obra de Eduardo Araujo da Silva, "Ação Penal Pública: Princípio da Oportunidade Regrada" da forma como é aplicada a oportunidade do direito alemão,

> No Direito Alemão, a oportunidade é aplicada como exceção à obrigatoriedade, somente para os casos previstos em lei, destinando-se para a pequena e média criminalidade. O órgão de acusação está autorizado a agir com discricionariedade, sem necessidade de posterior confirmação judicial, em se tratando de infrações patrimoniais, quando os danos forem mínimos e a pena permanecer no mínimo legal (§153,I,2 StPO), e com anuência judicial quando houver culpabilidade mínima e ausência de interesse público na persecução (§153, I, 1, StPO).[152]

O autor cita ainda outras formas em que se admite não processar como culpabilidade escassa, fatos criminosos acessórios e não essenciais, com reprovabilidade relativa (§ 154,I ,1, St-). Em suma, na prática a regra da obrigatoriedade tornou-se a exceção.

---

[150]FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 310

[151]ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAIS. **Carta do Congresso Nacional.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/carta-rio-2012-congresso-nacional.pdf>. Acesso em 15 julho 2015.

[152] SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação Penal Pública: princípio da oportunidade regrada**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25

O festejado jurista Alemão Claux Roxin aborda o papel da disponibilidade da ação penal na Alemanha, na obra Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, tradução de Eugênio Pacelli,

> O fato de 60% de todos os processos penais serem arquivados pelo Ministério Público já no estágio de investigação mostra bem que a prática da persecução penal realmente leva em conta esse princípio. O Ministério Público demonstra, assim, ser um órgão imparcial que, por força de prescrição legal, "deve averiguar as circunstâncias úteis não só à acusação, mas também á absolvição (art. 160, 2º, do CPP alemão).[153]

Novamente Claux Roxin em outra obra, "Derecho Procesal Penal" (sem tradução para a língua portuguesa) sustenta que na Alemanha, na prática, vigora o princípio da oportunidade da ação penal para os delitos leves, e muitos de média gravidade,

> Sin, embargo, El princípio mencionado (La obligación de acusar) ES quebrantado por tantas excepciones que en el âmbito de la criminalidad más leve y, em gran parte, también enel de la criminalidad media, rige, em la práctica, el principio de oportunidad.[154]

Maia Neto aduz que a ação penal deve ser invocada em ultima rattio,

> As Nações Unidas em suas Diretrizes para os agentes do Ministério Público (Assembléia Geral-ONU/1990) de todo o mundo, recomenda em suas clausulas 17 e 18, que a ação penal seja utilizada somente na última hipóteses, e que os agentes do "Parquet" procurarem todos os meios e mecanismos para evitá-la, posto que o processamento penal e a conseqüente aplicação de sanção privativa de liberdade, por si só, causam efeitos diversos e maléficos aos processados; devendo-se buscar outras vias - alternativas - para a solução da demanda, sempre que possível e quando a doutrina e a jurisprudência permitir, utilizando o princípio de interpretação e aplicação da lei mais benéfica ao agente, e útil ao Estado.[155]

---

[153] ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. TraduçãoGercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 154

[154] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 90

[155] MAIA NETO, Cândido Furtado. **O poder político jurídico-criminal dos chefes do Ministério Público democrático**. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.17192>. Acesso em 22 ago. 2016.

Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, em 2009, reproduz o teor **da Assembléia Geral da ONU/90** em conjunto com outros textos da ONU sobre sistema de justiça criminal[156]

> Artigo 2º No exercício das suas funções, os agentes responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, mantendo e melhorando os direitos humanos de todos os indivíduos.
>
> **53. Diretrizes sobre o papel dos membros do Ministério Público**
>
> 8. Os promotores, como outros cidadãos, têm direito à liberdade de expressão, credo, associação e reunião. Eles terão, principalmente, o direito de participar de discussões públicas sobre assuntos referentes à lei, à administração da justiça e à promoção e proteção dos direitos humanos e de se reunir ou instituir organiza- ções legais, nacionais ou internacionais, e comparecer às suas reuniões sem sofrer qualquer desvantagem profissional devido a suas ações legais ou sua associação a uma organização de advogados. Ao exercer esses direitos, os promotores deverão sempre portar-se de acordo com a lei e com os padrões e ética reconhecidos pela sua profissão.
>
> **Papel nos procedimentos criminais**
>
> *Funções discricionárias*
>
> 10. O gabinete de promotores deve ser absolutamente separado das funções judiciais.
>
> 11. Os promotores devem desempenhar um papel ativo em procedimentos criminais, incluindo a instituição de processos e, quando autorizado por lei ou consistente com a prática local, na investigação de crime, supervisão sobre a legalidade dessas investigações, supervisão da execução de decisões da corte e o exercício de outras funções como representantes do interesse público
>
> 12. Os promotores devem, de acordo com a lei, realizar seus deveres de maneira justa, consistente e diligente, e respeitar e proteger a dignidade humana, garantir os direitos humanos, assim contribuindo para assegurar o devido processo legal e o funcionamento estável do sistema de justiça criminal.
>
> 14. Os promotores não devem iniciar ou continuar a acusação, ou fazer qualquer esforço para suspender os procedimentos, quando uma investigação imparcial mostrar que a acusação é infundada
>
> 15. Promotores deverão dar a devida atenção ao processo de crimes cometidos por agentes públicos, em especial corrupção, abuso de poder, violações graves aos direitos humanos e outros crimes reconhecidos por lei internacional e, onde autorizado por lei ou consistente com práticas locais, para a investigação de tais infrações

[156]Normas e Princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

> 17. Em países onde os promotores são revestidos com funções discricionárias, a lei, regras ou regulamentos publicados devem prover as diretrizes para aprimorar a justiça e a consistência da abordagem para tomar decisões na instauração de processo, incluindo sua instituição ou a desistência do processo. Alternativas à instauração do processo
>
> 18. De acordo com lei nacional, os promotores devem dar a devida consideração à desistência de processos, descontinuando procedimentos condicional ou incondicionalmente, ou desviando casos do sistema de justiça formal, com total respeito pelos direitos do(s) suspeito(s) e da(s) vítima(s). Para esse fim, os Estados devem explorar totalmente a possibilidade de adotar planos alternativos, não apenas para aliviar o peso excessivo sobre os tribunais, mas também para evitar a estigmatização da detenção pré-julgamento, indiciamento e condenação, e também os possíveis efeitos adversos do encarceramento.
>
> 19. Em países onde promotores são revestidos com funções discricionárias para decidir se devem processar ou não um jovem, considerações especiais devem ser adotadas dadas a natureza e a gravidade da infração, a proteção da sociedade e a personalidade e o passado do jovem. Ao tomar essa decisão, os promotores devem considerar principalmente alternativas disponíveis nas leis e procedimentos relevantes da Justiça do Menor. Os promotores devem fazer todos os esforços para levar a ação processual contra adolescentes apenas ao limite estritamente necessário.
>
> **Observância das diretrizes**
>
> 23. Os promotores devem respeitar estas diretrizes. Eles devem também, dentro de suas capacidades, evitar e ativamente opor-se a qualquer violação delas.
>
> 24. Os promotores que tenham razão para acreditar que tenha ocorrido ou esteja prestes a ocorrer uma violação destas diretrizes, devem reportar o assunto às autoridades superiores e, quando necessário, a outras autoridades ou órgãos apropriados revestidos de poder de revisão ou reparação.

Antonio Marcos Ferreira Calado, na obra Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal, descreve o conceito de oportunidade,

> p. 47: Não é, pois, necessária uma profunda procura no nosso ordenamento jurídico ao nível da lei ordinária, para constatarmos serem até correntes evidências tanto de espaços de oportunidade, de alternidade bem como de discricionariedade. Contudo, nem sempre o legislador expressamente os reconhece como tal, sendo a maioria das vezes, a doutrina quem procede à respectiva classificação.
> Assim, oportunidade, de acordo com o nosso ponto de vista, não é em si arbitrária, ma antes o seu espaço surge em resultado da prévia existência de uma diversidade de soluções aplicáveis, tendo de se verificar pelo menos uma delas".

> p. 160: [...]
> 3. O princípio da legalidade tem-se mostrado adaptável aos aspectos contemporâneos da nossa sociedade na medida em que tem assumido formas menos rígidas do que aquelas que tradicionalmente lhe são reconhecidas.
> 4.Desde logo, a assunção de vias alternativas perspectivas pela lei, denotando uma clara evolução face à característica e tradicional rigidez desta.
> 5. Alternativas que abrem a possibilidade ao intérprete de poder adoptar em cada caso concreto, de forma oportuna, qual a que lhe oferece a melhor solução.
> 6. Não se confunde, portanto, a legalidade do conteúdo da norma, com a oportunidade da aplicação das alternativas admitidas pela mesma.[157]

Enéias Xavier Gomes, no texto Machado de Assis e as Liçoes da PEC 37, descreve a atuação de um Promotor de Justiça, frente aos órgãos correicionais.

> Cito como exemplo algo vivenciado pela maioria dos Promotores que atuam em comarcas do interior e na tutela do patrimônio público: o cidadão encaminha para o Promotor a seguinte notícia: 'o Prefeito X está se enriquecendo ilicitamente, comprando casas, carros, etc'. Esta simples notícia, sem qualquer fato concreto, faz com que o Promotor instaure no mínimo uma notícia de fato.
> Como se vê, o excesso na apuração é manifesto, o que não significa que estejamos autorizados a não registrar a notícia ou atuarmos com com discricionariedade (como, por exemplo, 'só atuo o que me parece relevante'). A nosso juízo, cabe ao Promotor receber a notícia e, acaso despida de indícios mínimos ou objeto bem delimitado, aguardar novas informações, sob pena de arquivamento por falta de lastro mínimo, mas infelizmente não nos parece ser este o entendimento da maioria dos órgãos correicionais.
> [...]
> Como se vê, a atual sistemática adotada pelos diversos Ministérios Públicos parte de uma verdadeira ficção: a necessidade de investigação de tudo e em qualquer circunstância, fazendo da apuração uma panacéia para questões pessoas e despidas de qualquer interesse público.[158]

Na Obra clássica Dos Delitos e Das Penas, Cesare Beccaria, já lecionava que os pequenos furtos deveriam ter uma pena que causasse empobrecimento ao autor ou prestação de serviços, vejamos:

> p. 107: Os furtos desacompanhados de violência deveriam ser castigados com pena pecuniária. Quem procura enriquecer à custa alheia, deveria ser pelo mesmo empobrecido. Mas, como geralmente é

[157]CALADO, Antônio Marcos Ferreira. **Legalidade e oportunidade na investigação criminal**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 47 e 160

[158]JUS. Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 46, jan./ju. 2015.

> este um crime nascido da miséria e desespero, o crime daquela desventura [...] a pena mais adequada é a escravidão temporária, ou seja, a prestação de serviços.
> p. 74: A pena será mais justa e útil quanto mais próxima e rápida esteja do crime.[159]

Em um artigo, Ruchester Marreiros Barbosa aborda o tema discutido em um Seminário Internacional de Ministérios Públicos da América do Sul, qual seja, princípio da oportunidade na ação penal,

> Na coluna de hoje trago uma síntese sobre esta parte introdutória da obra coordenada por Andrián Marchisio, que foi resultado de um Seminário Internacional de Ministérios Públicos da América do Sul sobre a aplicação e análise do que chamamos no Brasil de *princípio da oportunidade na ação penal*, celebrado no mês de novembro de 2001 em Santiago, Chile, como alternativa de saída ao punitivismo irracional no processual.
> Trata-se de um tema de altíssima indagação e parece que de pouca reflexão aqui no Brasil, pois este princípio traz sérias repercussões no inquérito policial, e enveredamos, portanto, pela causa provável para a instauração de uma investigação criminal, diminuindo o reflexo da seletividade punitivista que nosso sistema se tornou campeão, ou melhor, o terceiro no ranking, com aproximadamente 700.000 pessoas presas, sendo que deste total, 0,4% presos por crime contra a administração pública. 80% estão presos por tráfico e crimes contra o patrimônio. Algo cheira mal…
> Assim, delitos como os de colarinho branco e praticados por organizações criminosas, que são praticados por pessoas de classe social mais rica possui reflexos danosos a sociedade, no entanto, diante de sua sofisticação e dificuldade material de se investigá-lo, os crimes menos sofisticados, praticados por classes menos favorecidas, são mais facilmente escolhidos e, consequentemente, se punindo muito mais, apenas uma camada social, a pobre.
> Diante disso, juristas da América Latina debatem uma saída alternativa a esta seletividade punitiva, enxergando como solução a disponibilidade investigação e da ação penal.
> No entanto, segundo o autor, não é somente a autonomia e independência que o faz autônomo de verdade, mas sim a forma de desenvolver suas funções numa conjuntura estrutural mais ampla, como a possibilidade de atuar de forma dinâmica na política criminal de acordo com as garantias constitucionais de o respeito aos direitos humanos.
> No entanto, diante a impossibilidade material de se investigar todos os delitos o que ocorre na realidade é uma seleção natural que em nada se aproxima de um ideal democrático, retirando a obrigatoriedade da ação penal, toda a possibilidade dos órgãos responsáveis pela persecução penal de se estabelecer um critério de política criminal democrático. A disponibilidade da investigação criminal e da ação

[159]BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002, p. 74 e 107

> penal poderia corrigir esses defeitos que a legalidade vem trazendo ao sistema.
> Por fim, esta mudança na sistemática no princípio da obrigatoriedade para oportunidade deve ser visto como reflexo de um *"´sinceramiento´ del sistema ante um conflicto que ahora empieza a tener um principio de solución."* Ou seja, uma forma racional e pragmática, distante da demagogia e hipocrisia do sistema antigo, permitindo-se de fato a persecução criminal pela Polícia Judiciária e a ação penal pelo Ministério Público de forma séria e comprometida, principalmente do cone sul das Américas.[160]

Imprescindível destacar a Recomendação Rec (2000)19, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa **em 06 de Outubro de 2000**, que foi elaborada pelo Comitê de Peritos sobre o Papel do Ministério Público no Sistema de Justiça Penal (PC-PR), formado sob a égide do Comitê Europeu para os Problemas Criminais (CDPC),

> Funções do Ministério Público
>
> 1. O "Ministério Público" é uma autoridade pública encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal.
>
> 2. Em todos os sistemas de justiça penal, o Ministério Público:
>
> - **decide se deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal**;
> - exerce a ação penal;
> - pode recorrer de todas ou algumas decisões.
>
> **Em determinados sistemas de justiça penal, o Ministério Público também:**
>
> - aplica a política criminal nacional, adaptando-a, quando for caso disso, às realidades regionais e locais;
> - conduz, dirige ou fiscaliza o inquérito;
> - zela para que as vítimas recebam ajuda e assistência efectivas;
> - decide sobre alternativas ao procedimento criminal;
> - fiscaliza a execução das decisões dos tribunais;
> - etc.[161]

O festejado jurista Luiz Flávio Gomes, na obra Suspensão Condicional do Processo, já destaca que vários países, inclusive da América do Sul como a Argentina,

---

[160] BARBOSA, Ruchester Marreiros**. Seletividade punitiva e inquérito policial**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/seletividade-punitiva-e-inquerito-policial/>. Acesso em: 25 nov. 2016.

[161]Recomendação REC (2000)19. O papel do Ministério Público no sistema de justiça penal. Disponível em:<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b9659>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Peru, Colômbia também já estavam adotando uma maior amplitude da oportunidade da ação penal. Também destacava a Recomendação 18 de 1987 do Comitê de Ministros dos Estados Membros do Conselho Europeu nos seguintes termos:

> Nela sugere, dentre outras medidas, especialmente para infrações de menores e nos contentieux de masse (assuntos de escassa relevância):
> a**) a adoção do princípio da oportunidade**
> b) procedimentos sumários e simplificados e
> c) transação [...].[162]

Concretamente no que se refere ao "princípio da oportunidade no exercício da ação penal" (opportunité dês poursuites), adverte que esta faculdade deve ser legalmente disciplinada e só adotada quando existam "indícios suficientes de culpabilidade", levando em conta de qualquer modo, "a gravidade da infração" as circunstâncias e as conseqüências da infração, personalidade do infrator, os efeitos de uma eventual condenação, a situação da vítima (garantindo-lhe sempre seu direito a reparação de danos) etc.; esclarece que de outra parte, que o "arquivamento do caso" pode ser incondicionado ou condicionado (a regras de conduta, ao pagamento de uma importância necessária anuência do infrator .

No dia 23 de novembro de 2016 foi realizado o Seminário Internacional em Brasília e aprovada a Declaração de Brasília por um Sistema Acusatório, o qual foi organizado pelo CNMP, onde constam 11 princípios que devem nortear o sistema acusatório no Brasil. Entre eles foi aprovado o princípio para adoção da oportunidade, vejamos:

> 9. É imperiosa a adoção de critérios objetivos, transparentes e democráticos de oportunidade da ação penal pública de modo a permitir que recursos escassos sejam utilizados na persecução de casos mais complexos e de maior relevância social.[163]

Neste mesmo Seminário, vários palestrantes defenderam a oportunidade da ação penal, vejamos:

---

[162] GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal; prefácio Sálvio de Figueiredo Texeira. 2. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54

[163] Seminário Internacional. Sistema Penal Acusatório realidades e perspectivas. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Carta_Semin%C3%A1rio_Internacional.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2016.

> **Andrey Borges**, Procurador da República, defendeu expressamente a oportunidade da ação penal como meio de racionalizar a gestão criminal.
>
> **Rogério Schietti**, Ministro do STJ, defendeu a oportunidade da ação penal, desde que haja critérios objetivos para aferição das medidas de arquivamento.
>
> **Flaviane Barros**, advogada, disse que é preciso discutir e normatizar sobre a oportunidade da ação penal, pois sem os marcos regulatórios de nada adianta discutir em Congressos sobre este tema, o qual já é pacífico na America Latina, menos no Brasil.
>
> **Jaime Arellano**, Professor no Chile e Diretor Executivo do Centro de Estudos de Justiça das Américas, Afirmou na réplica que durante sua fala não havia falado da oportunidade da ação penal, em razão da polêmica no Brasil. Mas, aproveitando o gancho afirmou que não existe sistema acusatório sem oportunidade da ação penal, e que apenas o Brasil não adota, e nem discute com mais profundidade o tema.[164]

6. A oportunidade/obrigatoriedade da ação em outros ramos do Direito

O tema sobre obrigatoriedade da atuação no Ministério Público gera debates até mesmo na atuação na área de direitos coletivos. Há um fator que diferencia na área penal e a do direito coletivo, pois na primeira geralmente é iniciada com Inquérito Policial, logo a atuação do Ministério Público estaria sendo controlada pela Polícia e Secetaria Judicial ao definirem a ordem de remessa dos Inquéritos Policias e caso o Promotor tenha que denunciar em ordem cronológica.

O autor Eurico Ferraresi defende a oportunidade da ação civil pública na área de direitos coletivos:

> Poderia um promotor escolher em sua comarca qual seria o seu âmbito de atuação, deixando momentaneamente 'de lado' a defesa de outras questões supra-individuais? O membro do Ministério Público poderia se inclinar pela defesa da cidadania e do meio ambiente por entender que são as áreas mais urgentes, e esperar o momento oportuno para mover uma ação em defesa das pessoas portadoras de deficiência? Se a resposta for negativa, a atuação ministerial equipara-se à de qualquer servidor público. E, definitivamente, não se poderia falar em agente político. Do exposto acima, pode-se concluir que o princípio da

[164] Seminário Internacional "Sistema Penal Acusatório: realidades e perspectivas". Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/seminario-internacional-sistema-penal-acusatorio-realidades-e-perspectivas>. Acesso em: 30 nov. 2016.

> obrigatoriedade colide com a natureza política da ação coletiva. A aplicação da obrigatoriedade no ajuizamento da ação coletiva para o Ministério Público, mesmo quando esteja configurado a lesão a direitos supra-individuais, retira o caráter político e social do instrumento, amesquinhando-o. Um dos pilares dos modelos processuais coletivos reside na conveniência e oportunidade de sua utilização; Os interesses em jogo não permitem a atuação cega e burocrática do autor coletivo.[165]

Já o autor Motauri Ciochetti de Souza, na obra O Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade – Ação Civil Pública e Ação Penal Pública,assevera em sentido contrário, mas durante a banca de qualificação deste trabalho, em setembro de 2016, na PUC-SP, o mesmo afirmou expressamente que não é um defensor ferrenho da obrigatoriedade da ação penal e até admite a oportunidade da ação penal, desde que se discute os mecanismos de controle, isto para evitar abusos e erros. Consuto, cita-se o texto de sua obra:

> O Promotor de Justiça possui, destarte, ampla margem de juízo crítico acerca dos fatos que lhe são expostos. Sua convicção, porém, há de ser externada por meio de arrazoados fundamentadamente pauta em interpretação do ordenamento jurídico posto, dentro do qual pode livremente trabalhar.
>
> Contudo, firmada a sua convicção jurídica acerca dos fatos, sub examen, não lhe é dado prosseguir em margem critica de avaliação, tecendo considerações sobre peculiaridades sociais, econômicas ou políticas como argumentos a justificar atuação em desconformidade com o ordenamento positivado: ditos fatores devem ser sopesados no próprio processo de laboração legislativa, partindo-se da premissa necessária de que a norma jurídica é o verdadeiro instrumento de proteção a sociais, o que o mecanismo de resguardo e de efetividade dos direitos fundamentais os anseios sociais [...] Em outras palavras, o princípio da obrigatoriedade é consequência indissociável da natureza dos interesses que cabe ao Ministério Público tutelar, em virtude de missão constitucional explicita, sendo garantia consagrada pelo art. 127, caput, da Magna Carta.[166]

Com relação à representação por ato infracional no ECA, esta equivale à denúncia oferecida contra o imputável, contudo o seu oferecimento não é obrigatório, conforme explica Paulo Afonso Garrido de Paula, Membro do MP do Estado de São Paulo,

---

[165] FERRARESI, Eurico. **Temas atuais do Ministério Público: Ministério Público e Princípio da Não obrigatoriedade da Ação Coletiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 293

[166] SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade**. São Paulo: Método, 2007, p, 169 e 194

> Se do sistema processual penal deflui o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados unitariamente pelas normas insertas no Estatuto (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, ainda que infrator). Assim, em cada caso concreto, pode o Ministério Público dispor da ação sócio-educativa pública através da remissão, concedendo-a como perdão puro e simples ou, numa espécie de transação, incluir medida não privativa de liberdade, excetuando-se, portanto, a semiliberdade e a internação.[167]

O autor Adilson Abreu entende que o Ministério Público deve ponderar e utilizar sua discricionariedade no momento de analisar determinado caso, e só depois apresentar a inicial acusatória em uma ACP,

> No caso do Ministério Público, diante da ciência de fatos que, eventualmente, poderiam determinar a propositura de uma ação civil pública, não está o agente obrigado a propor tal ação. Ao contrário, no exercício de sua competênia discricionária, cabe a ele ponderar todas as circurnstâncias do caso para, ao final, decidir pela apresentação, ou não, do feito perante o Judiciário.[168]

Em notícia publicada no site do Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar a utilização da oportunidade na execução fiscal, pois conforme foi veiculado, a Fazenda Nacional apresentou um projeto para arquivamento de recursos no Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> Segundo Lana Borges, o arquivamento dos processos de execução fiscal considerados inócuos para a União permitirá ao órgão maior dedicação a matérias de relevância. "A atuação da PGFN deve se dar estrategicamente nos casos relevantes para a defesa do interesse público, afastando-se, assim, qualquer tipo de banalização dos atos processuais da instituição", defendeu.
>
> De acordo com Cláudio Seefelder Filho, a procuradoria também pretende intensificar a desistência, por razões processuais e materiais, de parte dos seus recursos: "A PGFN pretende limpar seu estoque de execuções fiscais infrutíferas, as quais assolam o Poder Judiciário, permitindo assim que a PGFN foque ainda mais seus esforços nos casos de maior relevância jurídica e econômica e na cobrança dos

[167]PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional: representação e ação sócio-educativa pública**. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-182livro-2---tema-ato-infraconal>. Acesso em : 17 ago. 2016.

[168] RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53

> grandes devedores da dívida ativa da União". Até o momento, a PGFN já protocolou 207 petições de desistência.[169]

Recentemente o TCU adotou também a decisão de não instaurar Tomada de Contas para valores de até 75 mil reais e ampliou esta margem para 100 mil reais. A medida gerou polêmica, mas importante ressaltar que não se está impedindo que se apure valores inferiores, mas estes não serão prioridade, e o argumento foi de que não se consegue apurar tudo, logo deve focar no mais grave como é o caso da Usina Passadena, ou seja, um caso de milhões de dólares. Por oportuno, transcreve-se trecho do debate no site Conjur:

> O plenário do Tribunal de Contas da União autorizou o aumento do valor mínimo para a instauração de processo de tomada de contas especial contra administradores que lesam os cofres públicos. Após discutir a conveniência de aumentar dos atuais R$ 75 mil para R$ 150 mil o montante mínimo, os ministros acataram uma proposta conciliatória, estipulando em R$ 100 mil o novo piso.
>
> [...]
>
> Em 2014, os processos de tomada de contas especial representaram 42% do total de processos autuados pelo TCU. Em 2011, eram 18%. A aprovação de um valor mínimo superior aos atuais R$ 75 mil é, principalmente, uma tentativa de fazer frente a esse crescimento que, segundo os defensores da iniciativa, compromete a capacidade do TCU de fiscalizar irregularidades que envolvem quantias maiores, com maior impacto social.
>
> [...]
>
> Durante a sessão, o único que se pronunciou taxativamente contra o reajuste do valor mínimo foi o ministro Walton Alencar Rodrigues, para quem a decisão pode passar um recado negativo quando o combate à corrupção e o mau uso de recursos públicos ocupa lugar de destaque na sociedade.
>
> "Com esta decisão, grandes contingentes vão soltar foguetes, pois se colocam à sombra da atuação deste tribunal", declarou Rodrigues, criticando a sugestão da área técnica, acolhida pelo relator do Processo Administrativo 025.244, ministro Raimundo Carreiro, que defendeu a necessidade de o tribunal ser pragmático. "Não cabe dizer que estamos liberando geral. Todos os 'colchões' de amparo ao ressarcimento de desvios de dinheiro público estão na lei."

[169] Superior Tribunal de Justiça. **Fazenda Nacional apresenta projeto para arquivamento de recursos no STJ**. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Fazenda-Nacional-apresenta-projeto-para-arquivamento-de-recursos-no-STJ. Acesso em: 04 out. 2016.

> Segundo o ministro, o TCU tem centenas de processos para apreciar e tem que escolher o que fazer. "Ou o tribunal quer tomar conta de uma TCE [tomada de contas especial] de R$ 75 mil, ou quer apreciar o processo de compra de uma refinaria em Pasadena", disse Carreiro, em alusão à compra, pela Petrobras, em 2006, de uma refinaria de petróleo no Texas (EUA). O valor pago à época — US$ 360 milhões por 50% da refinaria — levantou suspeitas de que diretores da estatal e membros do Conselho de Administração da Petrobras, entre eles a ex-presidenta Dilma Rousseff, autorizaram um negócio com indícios de superfaturamento.[170]

Importante também destacar a otimização **na área cível** do Ministério Público em que este deixou de atuar em ações que não se vislumbravam o interesse público, como divórcio entre casal sem filhos menores de idade. Esta medida iniciou sua formalização no âmbito do Ministério Público, através da Carta de Ipojuca em 2003 e depois acabou influenciou até mesmo o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 178.

Nesse sentido, o próprio CNMP já havia regulamentado a otimização cível anteriormente especificando as hipóteses em que o Membro do Ministério Público não era obrigado a intervir. Contudo, em 2016 resolveu alterar a visão sobre o tema e fixou as hipóteses em que o Membro deve atuar através da Recomendação 34/16 em fixa as possíveis casos de interesse público, sem prejuízo da independência funcional. Uma crítica que se faz a esta medida é que algumas Promotorias Cíveis ficaram praticamente sem serviço e não houve remanejamento de atribuições, o que fez perder boa parte do efeito otimizador e da eficiência do uso dos recursos públicos.

> Art. 5º Além dos casos que tenham previsão legal específica, destaca-se de relevância social, nos termos do art. 1º, inciso II, os seguintes casos:
>
> I – ações que visem à prática de ato simulado ou à obtenção de fim proibido por lei;
> II – normatização de serviços públicos;
> III – licitações e contratos administrativos;
> IV – ações de improbidade administrativa;
> V – os direitos assegurados aos indígenas e às minorias;
> VI – licenciamento ambiental e infrações ambientais;
> VII – direito econômico e direitos coletivos dos consumidores;
> VIII – os direitos dos menores, dos incapazes e dos idosos em situação de vulnerabilidade;

[170]Consultor Jurídico. TCU eleva valor mínimo para abertura de processo contra agentes públicos. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/tcu-eleva-valor-minimo-abrir-processo-agente-publico. Acesso em: 05 dez. 2016.

> IX – ações relativas ao estado de filiação ainda que as partes envolvidas sejam maiores e capazes;
> X – ações que envolvam acidentes de trabalho, quando o dano tiver projeção coletiva;
> XI – ações em que sejam partes pessoas jurídicas de Direito Público, Estados estrangeiros e Organismos Internacionais, nos termos do art.83, inciso XIII, da Lei Complementar nº 75/93, respeitada a normatização interna;
> XII – ações em que se discuta a ocorrência de discriminação ou qualquer prática atentatória à dignidade da pessoa humana do trabalhador, quando o dano tiver projeção coletiva;
> XIII – ações relativas à representação sindical, na forma do inciso III do artigo 114 da Constituição da República/88;
> XIV – ações rescisórias de decisões proferidas em ações judiciais nas quais o Ministério Público já tenha atuado como órgão interveniente;
> Parágrafo único. Os assuntos considerados relevantes pelo planejamento institucional (Art.1º, inciso I) são equiparados aos de relevância social.
> Art. 6º As unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia administrativa e funcional, devem disciplinar a matéria da intervenção cível, por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter vinculante, nos termos desta Recomendação.
> Art. 7º A modificação do quantitativo processual de promotoria ou ofício ministerial, decorrente da adoção da presente Recomendação, implicará a redefinição de suas atribuições, na transformação ou extinção da unidade.[171]

Logo, nada impede que medida similar seja adotada na área penal, mas com a cautela de analisar dados e resultados, realocando atribuições em Promotorias que ficarem com menos serviço.

7. Indícios, Justa Causa, Direitos Humanos, Dignidade Humana e PrincípioAlemão da Proporcionalidade

Em que pese ser comum dizer que basta "indícios de autoria e materialidade" para ajuizar ação penal, esta definição não está expressamente prevista no CPP no momento do ato de oferecimento da denúncia. Na prática cotidiana qualquer indício é justa causa para o ajuizamento (oferecimento) da denúncia.

Enquanto prevalecer no Brasil este entendimento de que basta qualquer indício, ainda que muito ruim, para processar, sem fazer um juízo de valor sobre a eficácia para

[171]Diário Eletrônico do CNMP. Recomendação nº 34, de 05 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/rec_34.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

condenação e real necessidade do processo, continuará o colapso da pauta de audiências criminais.

Importante resumir os apontamentos de Luis Gustavo Grandinetti, onde demonstra que não é unâmine o conceito de justa causa, sendo para a maioria uma análise apenas da tipicidade (formalismo puro), enquanto para seria possível uma análise da prova nesta fase, mas mesmo assim foca no recebimento da denúncia pelo Juiz e não no oferecimento pelo Ministério Público. Nesse sentido transcreve-se:

> Uma das posições é no sentido de ser impossível, para a verificação da justa causa, o exame da prova [...] A outra posição é no sentido de que, para a apruação da existência da justa causa, deve o juiz necessariamente, analisar os documentos que instruem a ação penal, pois eses seriam indispensáveis para o oferecimento da denúncia, e a ausência deles teria o condão de tornar sem sustentação a materialidade e autoria descritas na inicial.
>
> Percebe-se, no exame da jurisprudência sobre o tema, que os tribunais ainda relutam em dar à justa causa a abrngência que parte da doutrina lhe atribui, a de efetivo filtro a ser utilizado para impedir a propositura de ações penas que não estejam fundadas em elementos de preova que permitam afirmar, de fato, ser legal o constrangimento trazido ao indivíduo pela propositura de ação penal em seu desfavor.[172]

Nesta linha de raciocínio, Antonio Scarance seguindo os estudos da doutrina moderna:

> A justa causa tem uma dupla dimensão, de direito fundamental e institucional, eis que os tipos penais protegem institutos jurídicos, devendo a ponderação das referidas dimensões ser analisada à luz do princípio democrático da dignidade da pessoa humana, no caso de eventual embate.[173]

Por ora, no tocante à denúncia destaca-se que prevalece o entendimento de que no recebimento da **denúncia** reclama a apresentação de elementos mínimos de convicção acerca da materialidade do crime que se diz ocorrido, bem assim de sua **autoria**, sem o que não há justa causa que possa justificá-lo.

Importante ressaltar ainda que o princípio da oportunidade da ação penal não significa que o fato não é crime, mas sim, que é um crime que não justifica (justa causa) uma ação penal, ou seja, insignificância processual e não material. Logo, a oportunidade

---

[172]CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho et al. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17 e 19

[173]FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26

da ação penal orienta no sentido de flexiblizar o ajuizamento de ação penal, ampliando o conceito de justa causa.

Geralmente, a doutrina foca mais no recebimento da denúncia, do que no oferecimento da denúncia. Embora setores significativos da defesa reclamem de eventuais excessos acusatórios. O fato é que poucos se interessam em discutir o não ajuizamento de ação, pois quanto mais ações penais, maior o mercado para a defesa.

Esse problema de lobbies corporativos iniciam até mesmo durante o processo legislativo e tentam plantar nulidades e dificuldades processuais como fim de justificar pedidos nos processo judicial. Vejamos o paradoxo de o CPP, após os remendos pela Lei 11.719/08, criou dois recebimentos da denúncia e que geram controvérsia sobre o marco válido para temas como interrupção. Este projeto de lei foi projeto e desenvolvido pelo Ministério da Justiça, com dezenas de pessoas envolvidas, mas não se conseguiu nem mesmo elaborarem uma estrutura racionalizada do rito do processo penal.

Ademais, a Lei 11.719/08, dentre outras modificações, acrescentou o inciso III ao art. 395, do CPP, que também foi modificado pela citada lei. A redação ficou da seguinte forma:

> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
>
> I - for manifestamente inepta
>
> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
>
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Apesar da inclusão expressa destes elementos no CPP em 2008, isto é pouco usado na prática, pois como o meio que existe é “obrigatoriedade da denúncia”, então tem que denunciar para depois o juiz instruir, pois este também entende que não pode fazer um juízo mais profundo para rejeitar, isto fica claro até mesmo entendimento do STJ que editou a Súmula 438, em 2010, vedando a prescrição antecipada, e desconsiderando a condição processual consistente no interesse de agir, na votação do STJ, nem mesmo referem-se ao art. 395 com a redação dada pela pela Lei 11.719/08, afinal se o Juiz e o Promotor já consideraram que pela provável pena mínima a ser aplicada já ocorreu a prescrição, este processo não tem finalidade e efetividade alguma.

Registra-se que a prescrição antecipada, ou virtual, não é um direito subjetivo do acusado, mas uma questão de política criminal, a ser avaliada caso a caso, e conforme gravidadade do delito, fazendo até mesmo uma espécie de dosimetria adequada e evitando-se os chapões (peças mecanizadas).

Legalmente toda a carga de preocupação com a justa causa e condições da ação é transferida para o ato judicial de receber ou rejeitar a denúncia. Embora possa alegar que no oferecimento da denúncia deve-se preocupar com estes aspectos futuros de recebimento e rejeição, isto não é feito com muita preocupação, em razão da disposição legal.

Vejamos a redação dos dois artigos abaixo do CPP:

> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, **recebê-la-á** e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
>
> […]
>
> Art. 399. **Recebida a denúncia ou queixa**, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente

O direito penal, assim como o processo penal, que deveriam ser a ultima ratio acabam sendo a primeira via, com esta interpretação de qualquer indício e prova para ajuizamento de ação penal. Contudo, o processo penal, por si só, já é uma pena, logo dever ser usado com parcimônia.

Em tese, o Ministério Público também pode invocar como "razões" para não ajuizar a ação penal o fato de entender que falta justa causa para a persecução penal.

Nesse sentido, citamos Carnelutti, na obra O problema da Pena,

> Que o juízo (processo) penal é um mal para quem o sofre, e que, por isso, lhe ocasiona um sofrimento, no que está um caráter necessário, já que não suficiente da pena, é uma primeira verdade. Só se deve acrescentar que, em certos casos e pontualmente para certas pessoas, este sofrimento, com frequência de longa duração, é mais grave que o que possa sê-lo o ocasionado no caso de condenação, pela pena com a mesma determinada.[174]

[174] CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pilares, 2015, p. 81

Outro grande problema é que a proibição para que Juízes e Promotores possam atuar em outros órgãos como o Executivo e Legislativo permite um caminho livre e sem nenhum obstáculo para que os interesses da defesa sejam defendidos por milhares de advogados distribuídos pelo Executivo e Legislativo no momento de elaboração das políticas processuais legislativas e executivas.

Agora retornaremos ao problema do oferecimento da denúncia. Neste ato é comum os mitos de que basta indícios de autoridade e materialidade, ou indício probatório para se entender que o Ministério Público está obrigado a processar.

Contudo, no CPP nada se fala sobre os requisitos acerca dos critérios para OFERECIMENTO da denúncia. Apenas o Código de Processo **Penal Militar** é que trata do tema, conforme dados abaixo:

> **Obrigatoriedade**
>
> Art. 30. A denúncia *deve ser apresentada* sempre que houver:
>
> a) prova de fato que, em tese, constitua crime;

Lendo o texto do artigo acima constata-se o total positivismo no sentido de que basta prova (conceito de prova mínima) e indícios de autoria, o que reforça o conceito equivocado de in dúbio pro societate. E agravado com a visão ideológica do positivismo que reforça a mera subsunção do fato ao tipo penal em uma atividade de mero pedreiro jurídico, ou colocador de salsichas em uma linha de produção automatizada.

Interesante que o CPP Militar também não foi votado pelo Legislativo, mas imposto como Decreto Legislativo pelo Executivo e teve como autor do projeto o Hélio Tornaghi, ferrenho defensor da obrigatoriedade da ação penal, embora fosse advogado e reclamasse dos “abusos punitivos do Estado”.

Outro fator que corrobora esta percepção é o fato de que a OAB questiona temas como remessa de Inquérito direito ao Ministério Público, poder de investigação do Ministério Público, que são temas que pouco influenciam na situação caótica processual atual, mas a mesma OAB nada discute sobre prisão preventiva decretada de ofício pelo Juiz, por exemplo.

Importante ressaltar esta cultura punitivista e inquisitiva na busca messiânica de uma verdade real e que punir a qualquer custo estaria focado na supremacia do interesse público. Nesse sentido oposto ao que prevalece no inconsciente coletivo citamos Eugênio Pacelli,

> Talvez o maior dano causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.[175]

Não há muito interesse em reduzir o número de processos, apenas focam no excesso de prisões, pois isto acaba reforçando o mercado processual de trabalho dos Bacharéis em Direito. Por exemplo, se o Delegado de Polícia pode colocar em liberdade o suspeito, o Ministério Público também deveria poder, mas nada se fala sobre isto. Outro ponto crucial é o fato de que se o processo penal é tão grave, então não deveria ser ajuizado com a mecanicidade atual, mas pouco se fala sobre isto, geralmente prevalece o contrário.

O foco da defesa geralmente é nas garantias processuais, ou seja, manter o processo e o mercado de trabalho. O festejado Rogério Lauria Tucci, na Obra Teoria do Direito Processual Penal, Editora RT, 2002, pag. 121, ao manifestar contrariamente à oportunidade da ação penal pública, ressalta que: "*Aliás, esse poder não é deferido seuer aos órgãos jurisdicionais criminais, púnicos competentes para punir os culpados e absolver os inocentes".*

Vejam que para o nobre advogado e doutrinador, citado acima, até mesmo para absolver é preciso o processo penal. Isto reforça o paradoxo do discurso da defesa de que há abusos e excessos de acusações, se os próprios defendem a ação penal em todas as situações penais.

Recente entrevista com os advogados criminalistas Conceição Aparecida Giori e Fabrício Campos na Revista Jurídica Eletrônica Conjur revela esta contradição da percepção da advocacia. Em geral, os advogados reclamam de que o Ministério

[175]OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 333

Público denuncia por tudo, mas quando indagados pelo repórter Marcos Vasconcelos sobre o fim da obrigatoriedade da ação penal, dão uma resposta evasiva, ou seja, "quando o Estado começar a filtrar o que é ilícito, não há essa preocupação", nos seguintes termos:

> Fabrício Campos: "Não há um filtro sobre os fatos que serão conduzidos a julgamento, quais são as provas ou elementos relativos àqueles fatos etc [...] Aqui o Ministério Público denuncia todo mundo e cada um que se vire no curso do processo. Faz um emaranhado de acusações e isso é alinhado no processo. Mas nós não temos uma etapa processual no Brasil para poder delinear isso [...] há acusações absurdas, mas o juiz aceita a denúncia citando o princípio in dubio pro societate"
>
> ConJur : "O fim da obrigatoriedade da persecução penal seria um jeito de tirar esse caráter pejorativo da prescrição"?
>
> Conceição Aparecida Giori: "Entendo que esse resultado virá quando o Estado começar a filtrar o que é o ilícito. Não há essa preocupação".[176]

A resposta acima desnuda a postura dos advogados criminalistas, isto é, embora supostamente reclamem do excesso de processos, no momento de se discutir os filtros para ajuizamento de ações penais, a resposta é evasiva, ou seja, de fato querem a ação penal, mas precisam do discurso de vitimismo para justificar a atuação com viés político, isto fica reforçado pela resposta evasiva ao serem indagados sobre o fim da obrigatoriedade da ação penal.

Ora, como assim definir o ilícito? Quem faria isto? Em que momento? Apenas na sentença? Ou seja, após a tramitação do processo? Este discurso é o mesmo da execução fiscal, em que a advocacia reclama do Estado litigante, mas questiona quando o Estado implanta cobranças extrajudiciais como o Protesto de CDAs. Em suma, quanto mais processos melhor, embora tentem dizer o contrário publicamente. Sempre usam o discurso "ampla defesa" e as pessoas têm que ser processadas para terem ampla defesa? Isto leva a mercados de trabalho...

Sem discutir meios para filtros no início do processo o discurso fica mera retórica, pois o Membro do Ministério Público tem receio de ser punido se não

[176]VASCONCELLOS, Marcos de. **Réu como inimigo: "in dúbio pro societate é um mito no processo penal Brasileiro"**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-21/entrevista-fabricio-campos-conceicao-giori-criminalistas>. Acesso em 22 ago. 2016.

processar, pois a pressão da doutrina e interna é no sentido de que é obrigado a processar, embora isto não exista mais em outros países.

Este sintoma de oferecimento de denúncia automaticamente é repassado nas faculdades também, em razão do fato de que muitos professores adotam manuais para concursos com resumos em salas e não conduzem a uma reflexão. Ademais, a maioria esmagadora dos professores integra a advocacia, logo o advogado geralmente apenas conhece a fase processual da persecução penal, e ainda que atue na fase policial, não tem visão ampla do sistema de justiça criminal, pois focado mais no processo e caso individual.

Lado outro, setores do Ministério Público realmente reproduzem esta visão acomodada de denunciar com qualquer lastro probatório, independente da relevância do tema e da chance de sucesso, pois aprendem de tal forma nas faculdades. Por isto, na Europa os Magistrados do Ministério Público e Judiciais sempre têm que fazer como alunos, mesmo depois de aprovados no concurso, de seis meses a três anos, de curso de formação em que podem ser reprovados. Na Europa entende-se que não se pode deixar apenas a cargo das Faculdades a formação dos futuros juízes e promotores, pois corre o risco de não adequarem aos preceitos coletivos do pensamento da Instituição.

Ora, se o processo criminal é tão caro e gera conseqüências tão graves na vida das pessoas, não poderia ser usado de forma automatizada. Nas Forças Armadas qualquer comandante sabe que não se deve dar tiro de canhão para matar mosquito. Afinal, tiro de canhão é caro e gera muitos danos, e quase sempre este não é o melhor caminho.

O Promotor Criminal no Brasil, em geral, tem uma posição de "advogado da polícia" e sente moralmente coagido a sustentar acusações com provas ruins ou tipicidades irrelevantes, e assim até mesmo Corregedorias tentam adentrar na independência funcional dos Membros. Até meados de 2010 ainda se instaurava procedimentos disciplinares contra Promotores em Minas Gerais que usavam o princípio da insignificância. E até hoje ainda fazem "recomendações" para não se usar o princípio da insignificância, pois "prejudica a Instituição".

Mas, nada falam sobre as constantes prescrições em homicídios no trânsito, e até dolosos. Nem fazem "recomendações" sobre o fato de não se estar fiscalizando as centenas e milhares de beneficiados com pena no regime aberto em domiciliar. Nem se analisa a quantidade de processos novos e o colapso das pautas de audiências. E também não se questiona o fato de na Comarca não ter processo por lavagem de dinheiro ou outros crimes de corrupção, por exemplo. Mas, preocupam com furtos de desodorantes e doces em supermercados, cujos prejuízos são de menos de 10% do salário mínimo.

Alguns argumentam que precisam combater estes furtos em supermercados, pois isto gera aumento de preços. Então também teremos que criminalizar quem "cria" a inflação, ou quem deixa buraco em rodovias, pois tudo isto aumenta o preço final do produto. Ora, então os supermercados poderiam ter balcões entre os clientes e as prateleiras e assim não haveria furtos de objetos. Mas, muitos acreditam nesta messiânica do processo penal de resolver todos os problemas, ainda que a pena para o furto privilegiado seja de 10 dias multa, E outros acham que apenas o fato de gerar eventual futura reincidência é um mecanismo purificador e eficiente. No entanto, nada se fala sobre os crimes mais graves.

Quando se fala em crime de furto gera uma comoção jurídica e social. Mas, o fato de o crime de lesão culposa de trânsito e crime de estupro serem ações penais condicionadas á representação da vítima nada se fala.

Contudo, na elaboração do Código de Processo Penal tem prevalecido os lobbies também, e tudo se faz, para que nada se mude. Nesse sentido citamos trecho de manifestação do então Deputado Antonio Carlos Biscaia, quando da discussão da reforma do CPP, um dos projetos de lei na Câmara dos Deputados, em 2006, sobre a investigação criminal, conforme consta do livro A Reforma do Processo Penal Brasileiro,

> "[...] aí o lobby, Ministro, é muito grande. Recentemente um projeto extraordinário, o Projeto 3731, do qual fui designado Relator, veio do Senado, e tinha como objetivo a questão que envolve as organizações criminosas, o crime organizado. Dispõe sobre as organizações criminosas, meios de obtenção de provas, procedimento criminal. Queríamos colocar que o Ministério Público na apuração desses crimes poderia promover um procedimento investigatório, inacreditável, chega lá um delegado com antecedentes não muito

> bons, faz assim com o dedinho para o deputado ou o senador, o cara vai lá e muda o voto na hora, porque deve algum tipo de interesse, aquela autoridade deve ter precisado de algum tipo de favor, e assim não se consegue colocar em nível infraconstitucional nenhum dispositivo que diga que, além de requisitar o inquérito,o Ministério Público poderá realizar procedimento investigatório [...]".[177]

Já Nereu José Giacomolli, na mesma audiência pública acima, destaca a necessidade de filtros para a ação penal:

> "A atual legislação e o projeto de reforma a respeito da investigação não contemplam a estruturação de um filtro entre a fase investigatória e a formalização da acusação [...] Essa filtragem pode ocorrer através de uma audiência preliminar obrigatória, na Vara de Inquéritos Policiais, conduzida por um Magistrado –garante dos direitos e das liberdades fundamentais -, não sob o signo da escritura, mas o da oralidade. Nessa audiência, poderia ocorrer a aplicação de medidas penais alternativas ou a' transação penal', como querem alguns, bem como a suspensão condicional do processo, após a denúncia".[178]

Na verdade, estamos desde 1963 tentando mudar o Código de Processo Penal, mas praticamente nada se conseguiu, exceto algumas mudanças pontuais que acabaram por piorar, pois é um mero retalho em um colcha toda deteriorada. Interesses corporativos e por reserva de mercado acabam impedindo a tramitação de qualquer modelo de Novo Código de Processo Penal, ou seja, Lei 13.330/16 criou o crime de abigeato.

Em lugar de se discutir normatizar critérios para o crime de insignificância ou para que a ação por pequenos furtos seja ação penal condicionada, o que ocorreu foi a aprovação recente do crime de furto de gado, e como ação incondicionada, vejamos a dinâmica do problema:

Há, por exemplo, o Projeto de Lei nº 6.667/2006, de autoria do Deputado Carlos Souza; o Projeto de Lei nº 7.013/2006 de autoria do ex-Deputado Fernando Coruja e; o Projeto de Lei nº 908/2007, de autoria da Comissão de Legislação Participativa (apensados ao primeiro) que tratam da questão do princípio da insignificância.[179]

---

[177]BRASIL. Ministério da Justiça. **Seminário: A reforma do processo penal brasileiro**: 7, 8 e 9 de junho de 2005. Brasília: Cromos, 2007, p. 123

[178]BRASIL. Ministério da Justiça. **Seminário: A reforma do processo penal brasileiro**: 7, 8 e 9 de junho de 2005. Brasília: Cromos, 2007, p. 129

[179]Câmara dos Deputados. Processo por furto de baixo valor poderá depender de queixa da vítima. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/194288-

Os defensores da administrativização do direito penal sustentam que para penas menores ou alternativas deveria haver um processo sumário, mas próximo do direito administrativo do que o penal em si.

Nem mesmo o juízo de culpabilidade é pacífico sobre a sua análise no momento do oferecimento da denúncia. A teoria mais conservadora do positivismo é pelo conceito bipartite do crime: fato (ato) típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero juízo da aplicação da pena, ou seja, pelo juiz. Logo, é preciso ajuizar todo o processo autonomamente para depois o Judiciário decidir. Portanto, com esta tese asseguram o mercado de trabalho para o meio jurídico.

Neste sentido, faz-se mister trazer à baila as lições da Eminente Ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Thereza Rocha de Assis Moura em sua brilhante obra "A Prova por Indícios no Processo Penal", para quem:

> O indício não se identifica com a suspeita, afirmam, de maneira unânime, os doutrinadores. Suspeita, do latim suspicio, do verbo suspicere, é um movimento duvidoso da mente em direção a uma opinião. É a desconfiança, suposição, perplexidade, uma simples hipótese. Consiste em olhar buscando algo ou pensando em algo, porém, intimamente, e sem qualquer base objetiva. A mera suspeita não passa de conjetura, fundada em um juízo geralmente desfavorável a respeito de alguém, de coisas, ou fatos, juízo este que gera, sempre, desconfiança ou dúvida [...]
> Por si só, a suspeita carece de toda e qualquer força probatória; daí dizer-se que interessa mais à polícia na investigação do fato, do que à justiça, na instrução criminal [...]
> **Em suma: o mero juízo da suspeita de alguém, fundado em opinião subjetiva, mostra-se insuficiente para apontar a autoria de um delito, razão pela qual não pode ensejar acusação e, muito menos, condenação.**[180]

No CPP temos o uso do termo indícios nos seguintes artigos mais relevantes que se referem aos indícios, o para condenar (art. 239), o para prisão preventiva (312) e o para pronunciar (312). Na Europa a doutrina discute muito a diferença em indícios razoáveis e indícios suficientes. Mas, no Brasil, nem o Legislativo, nem a doutrina preocupam-se com estas diferenciações, embora um indício para condenar seja diferente

---

PROCESSO-POR-FURTO-DE-BAIXO-VALOR-PODERA-DEPENDER-DE-QUEIXA-DA-VITIMA.html. Acesso em: 25 nov. 2016.

[180]MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Prova por Indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 57-58

de um indício para pronunciar ou prender preventivamente. Inclusive, o termo indício suficiente no art. 413 é impróprio, pois seria adequado no art.239:

> DOS INDÍCIOS
>
> Art. 239. Considera-se **indício** a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.
>
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime **e indício suficiente de autoria.** (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Ora, no momento do ajuizamento de uma ação penal, pela gravidade da mesma, não se pode deixar de avaliar termos como princípio da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana, princípio da insignificância ou da atipicidade material, ofensividade, intervenção mínima, fragmentariedade (normas penais devem focar no relevante), adequação social, princípio da proporcionalidade, princípio das ações a próprio risco (quando autor, por sua conta e risco, realiza condutas perigosas), princípio da proteção dos bens jurídicos ou da validade da norma, apenas quando houver relevância social da conduta, princípio da confiança (quando alguém age, confiando que o outro terá determinada conduta, por exemplo, não atravessar a rodovia quando está passando um carro na velocidade máxima permitida).

Estas questões não podem ficar ao critério apenas da sentença, pois o Ministério Público na sua condição de agente político, não pode ajuizar ações penais temerárias ou de pouca, ou nenhuma, relevância social, como defende o positivismo finalista.

O Legislativo estabelece limites máximos através da lei ao direito penal. Mas, uma lei, por si só, não consegue acompanhar a evolução social. Ademais, um Congresso Nacional composto por todas as camadas sociais, inclusive com deputados e senadores, que nada têm a ver com o Direito no seu cotidiano, não pode ser a fonte exclusiva do direito. No caso concreto juízes e promotores podem fazer política criminal aplicando fundamentadamente os estudos específicos e aprofundados do direito penal, inclusive para estabelecer prioridades para tramitação de processos mais relevantes localmente.

Logo, hoje já é incompleto falarmos apenas em controle de legalidade ou de constitucionalidade, mas precisamos falar também atentar para o controle de convencionalidade (Tratados Internacionais) e isto deve ser feito também no momento do ajuizamento da denúncia criminal. Não se pode mais ser um mero ato burocrático, como prevalece nos ensinamentos jurídicos e na prática cotidiana.

Portanto, reiteramos, apesar de ser comum o uso do termo indícios para ajuizamento da denúncia, não há referência expressa a este termo no CPP no caso de oferecer ou receber denúncia. Alguns entendem que faltaria justa causa neste caso, a qual passou a contar expressamente do recebimento na mini-reforma de 2008. (art. 395, III, do CPP). Mas, não definiu o que seria justa causa seria a justa causa e colocou como justa causa para recebimento da denúncia e não para oferecimento da denúncia, o que leva alguns a sustentar que não se avalia esta condição no ajuizamento, o que é um equívoco, mas a redação dada pelo legislador permite a manutenção da burocracia processual, o que beneficia a defesa e o pensamento mais conservador no Ministério Público, qual seja, de ajuizar ações sem uma triagem de resultados.

Neste paradoxo, é comum Promotores acharem que uma prova ruim no oferecimento da denúncia pode ser magicamente melhorada na fase judicial, e preferem não arquivar o inquérito policial, optando por denunciar, uma vez que arquivar é um ato, em regra, muito mais difícil para o Promotor, pois patrulhado por Corregedorias e exige maior argumentação, enquanto a denúncia pode ser uma página e sem fundamentação, basta narrar um fato que terá que ser provado,ou não, posteriormente.

No momento do oferecimento da denúncia já deveria haver um suficiente aprofundamento da análise de elementos como tipicidade material, causas de exclusão de ilicitude, a culpabilidade de forma ampla e até mesmo a punibilidade. Há casos de ato de furto entre cônjuges em que o Ministério Público denuncia, embora o art. 158 do CP, seja claro em não ser crime, pois entendem que tudo tem que jurisdicionalizado e processado, ou seja, um formalismo ortodoxo absurdo.

Na prática é mais fácil denunciar do que arquivar, e muitos promotores temem a aplicação do art. 28 do CPP na área estadual pelos juízes, ou seja, remessa ao PGJ. Alguns consideram isso como uma espécie de ofensa e ainda temem eventual comunicação do PGJ à Corregedorria. Na verdade, a remessa dos autos ao PGJ pelo juiz deveria ser considerado como mero ato recursal, mas não é bem assim. Paradoxalmente

há casos em que o Juiz remete os autos ao PGJ, por discordar do arquivamento, mas mantém o ‘suspeito’ preso, de ofício.

Tecnicamente o Juiz que aplicou o art. 28 do CPP não pode julgar o caso, pois efetuou um pré-julgamento, mas esta questão é pouco debatida até pela advocacia.

Importante ressaltar que a remessa de IP ao PGJ pelo juiz é algo extremamente raro, não chegando a 0,01% dos autos, apenas aumentando se for uma matéria específica em que há forte divergência jurisprudencial ou doutrinária. No caso pessoal deste pesquisador em quase 20 anos de atuação ministerial e tendo recebido mais de 20 mil inquéritos e TCOs foram apenas 06 aplicação de art. 28 do CPP, e em outros sete casos, o Juiz devolveu os autos para reavaliação do arquivamento pelo Ministério Público, uma medida não prevista em lei, mas muito comum na prática, sendo que em 03 foi acatada no sentido de denúncia e nos demais 04 casos foi mantido o arquivamento, e em apenas um destes casos, o Juiz remeteu ao PGJ, nos demais concordou e homologou o arquivamento.

Por fim, enquanto não se estabelecer critérios mais rigorosos para o OFERECIMENTO da denúncia, continuaremos a ter o colapso da pauta de audiências criminais, com processos com provas ruins e também com grande número de prova, em face do mito da obrigatoriedade da ação penal, sendo que haja maior aprofundamento no momento do oferecimento da denúncia em temas como culpabilidade, punibilidade e justa causa.

8. Aspectos Constitucionais do tema e a separação de poderes

A questão da obrigatoriedade da ação penal sempre foi tratada como um princípio, mas sem muito aprofundamento. Geralmente autores das décadas de 30 e 40 passaram a sustentar tal princípio com base no dever de punir, sem adentrar no foco constitucional. Para alguns até mesmo um princípio constitucional implícito, mas sem explicarem muito a base desta concepção.

Nesse sentido, o autor João Porto Silvério Junior sustenta que com a atual Constituição Federal, alguns princípios deixaram de ter eficácia, mas ainda são considerados para fins de obrigatoriedade, vejamos,

> Com o advento da atual Constituição Federal, um fenômeno de reconhecida importância (recepção constitucional) fez com que

> inúmeros dispositivos infraconstitucionais perdessem a eficácia jurídica [...] É o caso dos arts. 42 e 576 do Código de Processo Penal. A idéia normativa ali estampada é de mesmo teor: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal pública e não poderá desistir do recurso interposto. Em outras palavras, tais dispositivos davam fundamento aos conhecidos princípios da indisponibilidade da ação penal e da indesistibilidade do recurso interposto, ambos de nível infraconstitucional. Contrariando o entendimento da maioria, outra saída não resta senão concluir-se pela não recepção dos artigos mencionados. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, consequentemente, com a reformulação e ampliação das funções do Ministério Público, pode-se sustentar que tais dispositivos não foram recepcionados pela Carta Magna. Melhor, tais dispositivos perderam a eficácia automaticamente após a entrada em vigor do Novo Texto. Contudo, são "penumbra legislativa" porque, para muitos, ainda em vigor.[181]

Aprofundando nesta questão da Constitucionalidade, há necessidade de se adentrar nos métodos de interpretação e também os princípios. Neste tópico transcrevemos os ensinamentos do Prof. Dr. Vidal Serrano,

> Para o renomado autor, primeiramente é preciso diferenciar entre hermenêutica e interpretação, como primeiro passo, sendo que interpretar carrega a idéia de esclarecimento, de compreensão do conteúdo, de extrair de uma norma seu conteúdo e alcance. Enquanto a hermenêutica tem por objeto o estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o alcance e o sentido das expressões em Direito. Em suma, a hermenêutica estuda a interpretação.[182]

Destaca ainda a existência dos métodos de interpretação específicos do aspecto constitucional. Ressaltando:

- o método jurídico, prevalecendo a exegese, que engloba o gramatical, o sistemático (estrutura), o teleológico(finalidade), o histórico e o genético.

- o método tópico, ou tópico problemático, focando no pragmatismo e caráter prático da interpretação.

- o método hermenêutico-concretizador, o qual consiste na mediação com a racionalidade material com o texto constitucional, diferenciando do método tópico em razão de prevalecer o primado da norma constitucional sobre o problema, em vez de o contrário, embora os dois métodos sejam orientados pela problematização.

---

[181] SILVÉRIO JUNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013, p. 159 e 160

[182] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 110/130

O mesmo autor também cita os princípios de interpretação constitucional, os quais resumidamente são:

- Princípio da Supremacia da Constituição: normas constitucionais são superiores às demais.

- Princípio da força normativa da Constituição: deve-se sempre pautar pela melhor otimização possível compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais.

- Princípio da unidade da Constituição: A Constituição Federal no Brasil não se admite a existência de normas constitucionais inconstitucionais

- Princípio do efeito integrador: desdobramento do princípio da unidade, foca na efetivação da integração política e social.

- Principio da concordância prática, da harmonização ou da cedência recíproca: preconiza que o intérprete deve buscar uma função útil a cada um dos direitos em confronto, sem que a aplicação de um imprima a supressão do outro.

- Princípio da máxima efetividade ou da eficiência: decorre da aplicabilidade imediata em se tratando de direitos fundamentais, na medida do possível.

- Princípio da correção/conformação funcional: o órgão público somente não poderá atuar dentro de suas funções constitucionais.

- Princípio da coloquialidade: Constituição Federal deve ser interpretada considerando seu significado idiomático, coloquial, sem tecnicidade, pontuando-se os aspectos políticos.

- Princípio da interpretação intrínseca: As conexões de sentido devem, em princípio, ser identificadas dentro do texto constitucional e não fora dele.

- Princípio da proporcionalidade: objetiva a ponderação entre os meios utilizados e fins perseguidos, devendo o intérprete escolher o menor sacrifício ao cidadão ao optar dentre os vários significados possíveis.

Importante, neste momento, destacar também o atual estágio de direito supraconstitucional, cujo controle se faz através de ações de convencionalidade. Nesse

aspecto, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, têmnatureza de direito supraconstitucional. (art. 5º, §3º da CF, com redação dada pela Emenda 45/04).

No entanto, os Tratados que se referem à situações e relações dos Estados em outros temas, podem ser supralegais ou ter status constitucional, se aprovados por 3/5, em cada casa do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos de votação, (art. 60, §2º, da CF/88).

Ainda há algumas divergências, mas caminha-se para o exposto acima. Embora, conforme, jurisprudência do STF (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO), no que diz respeito ao valor dos Tratados Internacionais no direito interno é preciso fazer a seguinte distinção:

a) tratados internacionais que não cuidam dos direitos humanos (possuem valor legal);

b) tratados internacionais que cuidam de direitos humanos e que foram aprovados sem o quorum qualificado do art. 5º, § 3º, da CF (possuem valor supralegal);

c) tratado de direitos humanos que foram aprovados por três quintos de cada casa legislativa, em dois turnos (possuem valor de emenda constitucional, ou seja, valor constitucional).

Não há por parte do Brasil uma ratificação de Tratado Internacional que estipule a obrigatoriedade da ação penal Até pelo contrário, o Tratado Internacional conhecido como Pacto de São José estabelece uma série de medidas que visam a assegurar garantias ao acusado.

Adentrando no aspecto Constitucional ressalta-se que não há artigo algum na nossa Constituição assegurando a obrigatoriedade da ação penal. De forma diferente, da Constituição Italiana, a qual no art. 112, prevê expressamente a obrigatoriedade da ação penal. Possivelmente, em razão disso, alguns autores brasileiros da década de 40 e que influenciaram várias gerações posteriores, citam esta obrigatoriedade como princípio, pois adotaram muito comumente obras italianas.

Lado outro, importante registrar que do ponto de vista histórico, o nosso CPP foi baseado no Código Italiano de Rocco, elaborado em um dos períodos mais autoritários

da Itália. Inclusive, quando copiaram parao Brasil houve muita confusão em razão do termo Magistrado lá referir-se tanto a Juiz, como Promotor, pois mesma carreira, apenas com divisões administrativas.

Alguns sustentam que a obrigatoriedade seria um princípio implícito da Constituição. Com a devida vênia, mas nada leva a concluir pela existência de tal princípio. Ademais, estaríamos de mais um efeito do pan-principalismo, alertado por Streck, em que se criam princípios que não têm validade legislativa.

O princípio deve estar expresso, positivado em algum texto, ou então extrair de alguma norma, quando para garantir direitos fundamentais. Importante registrar que para muitos a obrigatoriedade da ação penal, não seria um princípio, mas uma norma-regra.

Outrossim, a acusação obrigatória não se trata de direito fundamental no Estado Democrático de Direito, o qual deve até mesmo pautar por outras formas de solução de problemas e da segurança pública.

Imprescindível ressaltar que o atual Código de Processo Penal já passou por três Constituições Federais e continua com pouco debate constitucional. Em suma, adéquam as Constituições Federais ao CPP e não o contrário

Não faz sentido o argumento de que o punir é dever, mas permitir que não exista este dever quando se trata de ação penal privada ou ação penal pública. Isto seria retirar do Estado a sua própria autonomia e possibilidade de eleger prioridades. Mas, permitir à vítima que não se inicie a punição.

Viola o princípio da proporcionalidade ao alegar que a vítima que perde um braço em acidente culposo em acidente de trânsito provocado por terceiro pode não representar, mas o Estado é obrigado a processar por furtos de pequenos objetos. Estaria o Estado invertendo princípios e valores da sociedade.

Outros autores referem à obrigatoriedade da persecução penal, no sentido de que deve o Ministério Público submeter os arquivamentos ao crivo judicial, e isto é previsto no art. 28 do CPP.

No entanto, ainda que partindo da premissa equivocada de que obrigatoriedade é princípio e não norma, haveria uma colisão entre os princípios da independência

funcional do Membro do MP, da autonomia do funcional do MP e da titularidade privativa da ação penal em desfavor de um alegado princípio implícito da obrigatoriedade da ação penal, o que aumentaria o poder punitivo do Estado. Ora, não faz sentido que três princípios expressos da Constituição Federal e que asseguram o Estado Democrático de Direito sejam colocados em segundo plano em razão de um princípio implícito.

Ademais, ninguém é obrigado a seguir princípio não positivado, ou seja, o qual existe apenas retoricamente.

Caso se considere a obrigatoriedade da ação penal como regra, está prevista apenas no CPP, e não poderia obrigar em face da autonomia do Ministério Público e independência funcional previstas na Constituição Federal.

A divisão de poderes do Estado não é rígida como se imagina, havendo pontos de atuação flexível, em que um poder atua na esfera do outro. Um dado interessante é que Município não tem Poder Judiciário, mas pode prestar assistência jurídica, pois este é um serviço de assistência e não de imposição de poder. No entanto, a função de poder tripartite vem sendo superada. Na Europa, é comum que a Corte Constitucional seja um 4º Poder, fora do Poder Judiciário, com mandatos temporários de 08 a 12 anos e indicados pelos poderes. Além disso, ainda que seja tripartite, isto não significa 1/3 de poder para cada.

Cezar Saldanha Souza Junior e Carlos Eduardo Dieder Reverbel apresentam a hexapartição dos poderes em queacreditam que haverá uma evolução da divisão dos poderes,

> A hexapartição dos poderes, como praticada na Alemanha e na Espanha, entre tantos países, é apresentada por Bruce Ackerman como the new separation of powers e defendida como o agenciamento mais adequado – superior ao americano e, até mesmo, ao inglês – à luz de três critérios, a saber, legitimidade democrática, especialização das funções políticas, e salvaguarda dos direitos fundamentais. Ackerman vai mais longe. Sustenta que a especialização dos poderes deve continuar, indicando mais quatro órgãos que deveriam receber institucionalização constitucional e independência:
> (a) um poder para supervisionar o que estamos denominando no Brasil de moralidade ou probidade administrativa (the integrity branch);
> (b) um poder para cuidar da regulatória dos interesses que, no País, adjetivamente de difusos (the regulatory branch);
> (c) um poder para presidir o jogo eleitoral-político, que entre nós é competência da Justiça Eleitoral (the democracy branch);

> (d) um poder para formular e executar, com imparcialidade partidária, políticas sociais básicas (the distributive justice branch);
> Sem adentrar no mérito das antecipações desse Autor, que são discutíveis, a verdade é que a evolução da divisão dos poderes não para aqui. Ela avança não só na perspectiva interna, mas também rumo ao horizonte das relações políticas externas. As novas formas de unidade política, como a Europeia, têm levado os constitucionalistas a falar de um poder comunitário, que coloca novos desafios ao trançado dos poderes políticos de cada Estado nacional.[183]

Na mesma obra Cezar Saldanha Souza Junior e Carlos Eduardo Dieder Reverbel defendem uma outra forma de divisão de poderes,

> O Chefe de Estado e o Tribunal Constitucional, claramente atuam no domínio dos fins últimos do Estado, definidos exclusivamente em nível constitucional, por via de normas jurídica que, se de um lado necessitam de concretização, de outro gozam de supremacia diante das demais normas do ordenamento. Os demais quatro poderes, Parlamento e Governo, Judiciário e Administração, movimentam-se em domínios teleológicos que, embora fundados nos fins últimos do Estado, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional.[184]

Por fim, o art. 129 da CF estabelece que é função institucional promover privativamente a ação penal pública, **na forma da lei .** Logo, o princípio da legalidade poderá se dar pela via tanto da oportunidade, como da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que ficou a cargo da lei definir. No entanto, ainda que se opte pela obrigatoriedade haveria o aspecto constitucional da independência funcional do Membro do MP. Ademais, o CPP não estabeleceu expressamente a obrigatoriedade no art. 24 do CPP, como muitos alegam. Na verdade, o termo "será ajuizada" é no sentido de atribuição e não de obrigação, inclusive com a leitura conjugada do art. 100, §1º do CP reforça o entendimento de atribuição do Ministério Público, pois usa o verbo "é promovida" pelo Ministério Público. Ademais, o art. 28 do CPP fala em razões de arquivamento e não limita a natureza destas razões. Nesse sentido reforçamos que a Constituição Federal e o Código Penal tratam da questão com uma redação mais profunda e diferenciada do que compreendemos do art. 24 do CPP, logo podemos afirmar que existe uma espécie de separação de funções de poder na esfera penal e

[183] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 138

[184] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 136

judicial, não podendo o Ministério Público ser obrigado a denunciar por tudo que a Polícia seleciona:

> **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público:
>
> **I** - promover, privativamente, a ação penal pública, **na forma da lei;**
>
> **Art. 100**. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara pivativa do ofendido.
>
> **§1º**A ação **pública é promovida pelo Ministério Público**, dependendo, quando a lei o exige, de representação o ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

Nesse diapasão, citamos Nuno Piçarra, na obra A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional,

> Finalmente, a própria existência de uma administração indirecta do Estado, implicando a existência de pessoas colectivas dotadas de autonomia adminstrativa e financeira pode ainda ser vista como uma forma – certamente mais tênue- de separação institucional-vertical (não já territorial) de poderes.[185]

Ou seja, no caso do arquivamento de Inquéritos Policiais pelo Ministério Público, considerado como órgão intermediário, haveria homologação pelo Poder Judiciário nos termos do art. 28 do CPP, não se trata de ingerência judicial, pois o que se veda é o Judiciário assumir a acusação, mas a remessa ao Procurador Geral de Justiça não se insere nesta situação, embora o regime melhor seja o adotado pelo MPU na LC 75/93 remessa para as Câmaras de Revisão (órgãos colegiados).

Portanto, a divisão de poderes tem a função de limitar o poder do Estado, e até mesmo ilidir a figura do Juiz Acusador, porém se o Ministério Público é obrigado a denunciar e o Juiz conduz o processo como titular, sem a participação efetiva das partes, como é no inquisitivismo, então se acaba criando uma super máquina condenatória. Portanto citamos Konrad Hesse, na obra Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha,

> Nesse significado, o princípio da divisão de poderes aparece como meio de repatriação e, com isso, de moderação do poder estatal, que serve à proteção da liberdade do particular.[186]

---

[185] PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Portugal: Coimbra, 1989, p. 265

[186]HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal na Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 366

No entanto, infelizmente, os livros de processo penal praticamente nada referem á posição do Ministério Público na ordem constitucional, a partir de 1988, muitos ainda apenas repetem que é ligado ao Executivo. Na maioria das obras de processo penal nada mudou em seus textos, antes e depois da Constituição Federal, apenas citam o Código de Processo Penal, focando na técnica legalista, sendo a Constituição ainda uma mera carta de intenções, sem efetividade, exceto em algumas garantias da ampla defesa.

Nessa esteira, citamos Ingo Sarlet, na obra A Eficácia dos Direitos Fundamentais, o qual trata dos **deveres** fundamentais:

> Tendo em conta que a aplicação dos deveres fundamentais implica limitação da dimensão subjetiva de direitos, é imporante ressaltar a consideração obrigatória do principio da proporcionalidade, assegurando que todas as medidas tomadas emnome dos deveres [...] estejam ajustadas ao sistema constitucional, resguardando, além disso, sempre que o núcelo essencial do direito fundamental afetado.[187]

A questão dos deveres fundamentais atinge obrigações tanto para os particulares, como entes estatais, logo o Ministério Público deve antes de oferecer a denúncia analisar profundamente causas como culpabilidade, conjunto probatório suficiente, interesse de agir, justa causa, punibilidade, não se podendo ajuizar ações penais desnecessárias e sem funcionalidade, pois o processo, por si só, já é uma pena, estas questões não podem ficar adstritas apenas no recebimento da denúncia, ou na sentença final, o que reforça o erro atual de se fazer uma análise extrememente superficial no momento do oferecimento da denúncia em razão da equivocada alegação de obrigatoriedade da ação penal.

8.1 Neoconstitucionalismo, Hermenêutica e Oportunidade da Ação Penal

Nenhum livro de Direito Constitucional elenca a obrigatoriedade da ação penal como princípio constitucional expresso. Nem os de natureza positivista, nem os da corrente neoconstitucionalista, embora esta última corrente sutestente a força normativa dos princípios constitucionais.

---

[187]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232

A autora Denise Vargas elenca um resumo dos principais elementos da doutrina neoconstitucionalista:

> p. 55: - Reconhecimento da força normativa da Constituição;
>
> - Valorização dos princípios constitucionais (mais princípios que regras);
>
> - Aplicação de nova interpretação constitucional (mais ponderação do que subsunção);
>
> - Constitucionalização do Direito (efeito expansivo das normas constitucionais, cujo efeito maerial e exiolóico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico);
>
> - Coexistência de pluralidade de valores;
>
> - Expansão dos poderes do Judiciário para conformação dos princípios constitucionais (ativismo judicial em lugar da autonomia do legislador);
>
> - Judicialização de questões políticas e sociais;
>
> - Reaproximação entre direito e moral, e entre direito e ética;
>
> p. 56: Há quem, não obstante reconheça a magnitude da doutrina neoconstitucionalista, alerte para os possíveis riscos de sua adoção acrítica. Daniel Sarmento levanta e profícuo libelo sobre esses riscos, alerta-nos para o perigo da doutina neoconstitucionalista, nesse modelo, para a democracia em face da Judicialização e xcesiva da vida social; o perigo de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem no 'jeitinho' uma das suas marcas distintivas, e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do Direito para a autonomia pública do cidadão e para a autonomia privada do indvíduo. Uma corrente que combate a tessitura aberta dos princípios e a ditadura lotérica das decisões judiciais é a Análise Econômica do Direito [...] não podendo o Judiciário substituir ao legislador para criar, pela decisão judicial, direito ou para determinar aos demais poderes execução de políticas públicas.[188]

Os alertas citados pela Professora Denise são muito importantes, pois tem sido comum que em determinado ramo do Judiciário no qual juízes afastem a aplicação lei apenas citando que esta, naquele caso concreto, viola a *"dignidade humana",* princípio constitucional, sem nenhuma maior interpretação valorativa e teleológica, simplesmente citam estas duas palavras, isto decorre provavelmenet do excesso de volume de serviço e também da falta de preparo no meio jurídico e nos concursos para se formar um

[188]VARGAS, Denise. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55 e 56

conhecimento menos conceitual, dogmático e positivista. Ou seja, tendem a atuarem como nos "Manuais de Concurso" citando meros conceitos decorados.

Lado outro, é impossível negar as transformações impostas pelo neoconstitucionalismo na hermenêutica e, consequentemente, na realidade social.

Importante conceituar, a Hermenèutica jurídica, a qual é um ramo do Direito que trata da interpretação das normas jurídicas utilizando o circulo hermenêutico, em que o Jurista usa de mecanismos textuais e extra-textuais para chegar a uma compreensão, visando apreender o espírito da lei, norma ou dos princípios para identificar o seu propósito.

Nesse aspecto é imprescindível diferenciar entre **as teorias argumentativas ou discursivas** (filosofia analítica, por exemplo, focada nos conceitas) e as **interpretativas** (Hermenêutica). Assim citamos trecho do trabalhode Alessander Jannucci:

> Talvez o equívoco da **Teoria da Argumentação Jurídica** de Alexy, no contexto da Hermenêutica, resida no fato de que, para ela, o argumento em si, desde que não exista um contra-argumento, bastaria para manutenção do discurso jurídico. Porém, **a Hermenêutica** visa justamente a conferir parâmetros interpretativos estáveis que permitam, a despeito da atuação de outros intérpretes, aferir a lógica e coerência do próprio discurso que visa a interpretar determinada norma jurídica.
>
> A Teoria de Alexy, não temos dúvida, permite a relativização do signo lógico-linguístico de acordo com a capacidade intelectual dos participantes do discurso jurídico (seja argumentando ou contra-argumentando), limitando, por conseguinte, o significado da própria hermenêutica (grifo nosso).[189]

Logo, aplicando ao caso do art. 24 do CPP para a teoria da Argumentação o fato de não se ter um contra-argumento (questionamento) do mesmo o torna válido, no entanto para a Hermenêutica sempre haverá a necessidade de o intérprete conferir os parâmetros interpretativos para confirmar a coerência e validade da aplicação da interpretação e da norma.

Um dos problemas é que no Brasil o controle de constitucionalidade não é racionalizado como o atual modelo alemão, o qual atualmente prevalece no mundo. No Brasil, o controle de constitucionalidade concentrado tem poucos legitimados. Já na

[189]JANNUCCI, Alessander.**Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-da-argumentacao-juridica-e-hermeneutica,51586.html>. Acesso em: 25 nov. 2016.

outra via que é a do controle difuso é possível reconhecer incidentalmente na primeira instância, o que é raro de ter procedência, se não tiver uma manifestação anterior do STF. E então, o processo terá que fazer uma longa via crucis até o STF, para depois decidir se é inconstitucional, e até anular todo o processo, isto tem que ser decidido a cada caso, exceto se houver decisão do STF no sentido de sumular.

No modelo Alemão se a tese de inconstitucionalidade tem plausibilidade, o processo vai direto do juiz de primeira instância, ao STF, o qual julga apenas a matéria de direito sobre inconstitucionalidade, o que valerá para todos os casos similares, e devolve o processo para o juiz de primeira instância decidir apenas a questão de fato.

Outro setor que tem ocupado espaço é a Análise Econômica do Direito, ou seja, o de que o Direito deve ser preocupar com as conseqüências de sua decisão, e o STF tem optado por este viés, embora isto não esteja delineado expressamente em seus votos, porém mais nas causas tributárias, previdenciárias, não havendo notícias de que tenha ocorrido análise do custo e eficiência de um processo penal, apenas há histórico de analise do custo do sistema prisional (fase final do processo em vez de triagem no começo da ação penal). Podemos identificar esta tendência econômica nos julgados do trabalho de Patrícia Perrone:

> O que se pretende, neste ponto, é apenas ilutrar a interação entre Executivo e STF e demonstrar que argumentos relacionados às conseqüências dos julgados sobre a governabilidade e sobre a estabilidade econômica influenciam as decisões tomadas pelo Tribunal e despertam neste uma atitude de deferência e de autocontenção, caracterizando-se, portanto, tais elementos como fatores extrajurídicos que interferem no processo decisório.[190]

Embora alguns entendam que a pureza do Direito, independente das suas consequências, com base em uma espécie de Estado-Deus Provedor com recursos financeiros infinitos, isto foge da realidade. E faz-se prudente citar as lições de Carlos Maximiliano na obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito":

> O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual.[191]

---

[190]MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 232

[191]MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 07

Nesse segmento da necessidade de avaliar a aplicação do Direito na realidade atual e social citamos Bettiol, jurista italiano, na sua obra Instituições de Direito e Processo Penal,

> O arquivamento na substância é a autorização para não prosseguir.
>
> Tal autorização tem seus pressupostos legais, que não podem ser ligados a critérios de oportunidade, justamente em virtude do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal.
>
> É verdade que, na realidade, tal princípio expresso na sessão processual do princípio de igualdade atualmente parece de fato vazio de conteúdo, visto o alto número dos negócios penais (27 milhões de reatos – crimes – em 1995).
>
> Em síntese, o Ministério Público pode e deve pedir o arquvamento quando acha inútli o debate porque falta a séria possiblidade que o investigado seja condenado.[192]

Como forma de efetivar uma melhor funcionalidade no sistema penal brasileiro é preciso adequar este aos tempos atuais e à Constituição Federal de 1988, assim citamos Konrad Hesse, na obra a Força Normativa da Constituição,

> Em outras palavras, uma mudança ds relações fáticas pode – ou deve-provocar mudanças na interpretação da Constituição [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilibade.[193]

A única forma de harmonizar é considerar que o artigo 28 do CPP ao prever "razões" permitiu uma política criminal por parte do Ministério Público, implantando uma oportunidade da ação penal motivada, submetida ao crivo do Juiz e, eventualmente, ao crivo do Procurador Geral ou da Câmara de Revisão, no caso do MPF. Importante ressaltar que o CNMP aprecia pedido para uniformizar a forma de arquivamento de inquéritos policiais, uma vez que há um modelo para o MPU e outro para o Ministério Público Estadual, já tendo oficiado a todos os Procuradores Gerais de Justiça, para apresentarem propostas (procedimento1.00341/2016-13, aviado em 23/05/16, tendo como autor Andre Luis Alves de Melo, disponível em www.cnmp.mp.br).

---

[192]BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução AmilcareCarletti. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2008, p. 239

[193]HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23

Além disso, seria importante publicar nos Diários Oficiais as súmulas do arquivamento, e até mesmo ementas, pois atualmente nem publicam no Diário Oficial que foi publicado. E seria muito importante prever uma forma de impugnação por parte da vítima, pedindo para remeter o processo ao Procurador Geral ou Câmara de Revisão, quando discordar do arquivamento.

A oportunidade da ação penal está intimamente ligada ao processo penal acusatório (constitucional) em vez do inquisitivo e ao novo papel do Estado Democrático de Direito que visa assegurar as liberdades e não tutelar a sociedade como um todo. Nesse ponto, em 2016, o festejado autor Vladimir Aras alerta sobre o déficit no Brasil:

> Sistemas acusatórios meramente formais (mistos) ainda vigem em **Cuba** (Ley de Procedimiento Penal de 1977), **Espanha** (Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882)e no **Brasil** (CPP de 1941).[194]

Coincidentemente são países em que há forte influência da Esquerda.

Em relação ao papel do Estado no século XXI importante tratar do tema sobre os direitos fundamentais. Nesse ponto temos os direitos de **primeira geração ou dimensão** referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Absolutista.

Há os direitos de **segunda geração ou dimensão** relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano e os direitos sociais, a partir do século XIX.

E ainda os direitos de **terceira geração ou dimensão** consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais.

---

[194] ARAS, Vladimir. **O sistema acusatório de processo penal**. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/>. Acesso em 18 ago. 2016.

9. Ministério Público e Judiciário como Agentes Políticos

Importante debater o tema sobre a função do Ministério Público no papel de agente político ou de burocrata/tecnocrata. Como agente político não pode apenas atuar de forma reativa e em casos isolados. No entanto, o tema gera debates, havendo autores que negam a condição de agente político tanto ao Ministério Publico como ao Judiciário. Porém, é importante destacar que alguns aspectos da função destes dois cargos caminham no sentido de terem atuação como agentes políticos, quando atuam de forma coletiva elegendo as prioridades e até fixando algumas políticas sociais.

Alguns autores focam na visão de que apenas pessoas eleitas são agentes políticos. No entanto, a legitimidade pode dar-se por outras formas também. Ademais, juízes e promotores sãos os únicos cidadãos brasileiros que não podem candidatar a cargos políticos, logo isto deve ser interpretado no sentido de que a função que exercem já é uma atividade de agente político.

Importante ressaltar que Delegados e demais policiais, embora exerçam atividade privativa do Estado, não são tecnicamente agentes políticos e geralmente nem recebem remuneração através de subsídio, atuando em relação de hierarquia, o que é incompatível com a função de agente político. Portanto, Juízes e Promotores é que são agentes políticos, logo podem e devem fazer política pública criminal priorizando os casos penais mais relevantes. Nesse sentido transcreve-se texto de Alexandre Jésus de Queiroz Santiago,

> Em conclusão no que toca ao tema proposto: considerando os frutos das preciosas reflexões doutrinárias de Hely Lopes Meirelles, o promotor de justiça é agente político, sendo assim ponto de influxo de regras pertinentes a esse status de agente público. Tal compreensão não se afasta do entendimento de outros doutrinadores, Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pois podemos perceber que o tratamento que a Constituição reserva aos promotores de justiça é assemelhado ao que se dispensa aos membros do Poder Judiciário, determinando, ainda, a Lei Magna, a sua remuneração através de subsídio, como o faz em relação a consagrados agentes políticos (membros de Poder, detentor de mandato eletivo, ministros de estado, secretários estaduais e municipais.[195]

Cita-se, por exemplo, que advogados sejam públicos (inclusive Defensores Públicos) ou privados, atuam na função de forma subordinada à vontade do cliente, logo

[195] SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. **Promotor de Justiça: agente político ou funcionário público?** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7149/promotor-de-justica#ixzz2y8WevIfD>. Acesso em 18 ago. 2016.

não atuam como agentes políticos, pois o cliente pode "revogar o mandato", o qual pode ser expresso (escrito) ou tácito (verbal) no caso da Defensoria.

Em geral, a maioria dos autores assegura ao Ministério Publico a condição de agente político, mas não aos policiais (os quais podem candidatar). Contudo, na prática quem tem feito a política criminal e eleito as prioridades, seletividade, são os policiais, o que implica em inversão de papéis.

Hely Lopes Meirelles trata dos agentes políticos em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, e assevera que os mesmos possuem liberdade funcional. Além disso, inclui os membros do Ministério Público como sendo desta categoria,

> Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais [...] os agentes políticos exercem funções governamentais judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades publicas supremas do Governo e da Administração na sua área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se aos graus e limites constitucionais e legais de sua jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos tem plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes [...] Nesta categoria encontram-seos Membros do Judiciário, Membros do Ministério Público.
>
> p. 168A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse publico.[196]

No mesmo caminho, Maria Sylvia Zanella Di Pietrovislumbra que existe uma tendência em considerar os membros ministeriais como agentes políticos,

> E necessário reconhecer, contudo, que atualmente há uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Publico como agentes políticos. Com relação aos primeiros, é valido esse entendimento desde que se tenha presente o sentido em que sua função e considerada política, não significa que participem do Governo ou que suas decisões sejam políticas, baseadas em critérios de oportunidade e conveniência,e sim, que correspondem ao exercício de uma parcela de soberania do Estado, consistente em dizer o direito em ultima instancia. Quanto aos membros do Ministério Publico, a

[196]MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76/78 e 168

> inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuías a partir da Constituição de 1988 (art. 129), especialmente a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos servidos de relevância publica aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (inciso II).[197]

Importante destacar a critica de Antonio Alberto Machado à formação jurídica,

> Pois bem, o Promotor de Justiça, recrutado entre a massa de bacharéis formados na visão normativo-positivista que tem na dogmática jurídica o único paradigma da ciência do direito, não escapa à regra da cultura jurídica formalista e do tecnicismo despolitizado dos cursos jurídicos [...] Nesses processos seletivos predominam as matérias dogmáticas e as questões técnicas.[198]

Por exercer a titularidade da ação penal pública, o Ministério Público deve ter a opção de querer ou não ajuizar a ação. Assim entende Hugo Nigro Mazzilli na obra Ministério Público, 25 anos de novo perfil constitucional (limites à autonomia e independência funcionais do Ministério Público),

> Por que teria o Ministério Público parcela de soberania? Ele exerce a titularidade de ação penal pública e, nessa condição, cabe-lhe decidir, se vai, ou não, provocar a prestação jurisdicional.[199]

Nesta questão sobre a função de agente político e independência funcional do Membro do Ministério Público ressalta-se que Mazzilli leciona que:

> Pág. 256 - A independência funcional não é garantia para omissão nem para descumprimento do dever legal.
>
> Pág. 242 - Os órgãos do Ministério Público não estão obrigados a observar atos normativos, resoluções, portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo do dos órgãos superiores da Administração no que diga respeito ao mérito do que devam, ou não, fazer nos atos de atividade-fim.[200]

Um tema que tem o debate insipiente é acerca dos princípios da unidade do Ministério Público e o princípio da Eficiência na Administração Pública em face do

---

[197] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98 e 656

[198]MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público:** democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 178

[199] SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel (coords.). **Ministério Público**: vinte e cinco anos do novo perfil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236

[200]SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel (coords.). **Ministério Público**: vinte e cinco anos do novo perfil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 256 e 242

princípio da Independência funcional do Membro do Ministério Público e da Autonomia do Ministério Público, todos com assento constitucional. Em geral tende a haver foco nos princípios da Independência e da Autonomia em detrimento dos princípios da Eficiência e da Unidade, inclusive é atual postura do CNMP, o que permite uma atuação em Promotorias e Procuradorias sem eficiência e destoadas de uma política institucional, ficando mais no individualismo do Membro, geralmente sem prestação de contas acerca dos resultados obtidos.

Outro aspecto é que infelizmente ainda persiste para alguns a visão de o Ministério Público ser mero Estado-acusador, como no julgado pela 2ª Turma do STF, como **Relator o Ministro Marco Aurélio**, publicado no DJU de 10/08/01, RHC 80.796/SP, ao vedar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar Revisão Criminal em favor do condenado. Esta posição já não é majoritária na doutrina.

Infelizmente, como ressaltado por Kai Ambos, no Congresso em Goettingen, Alemanha, em 09/14, no Brasil há uma forte tendência em apenas copiar as ementas de julgados como se fossem verdades absolutas, mas na Alemanha a doutrina analisa todo o acórdão demonstrando os acertos e erros da fundamentação, e com base nas críticas o próprio Julgado muda a posição nos julgamentos futuros ou mantém, mas melhor a fundamentação.

Importante analisar também na questão do papel de Agente Político a evolução da Instituição na visão prática e não apenas em face de mudanças legislativas, pois muitas destas demoram a serem efetivadas.

Nesse ponto devemos ressaltar o levantamento histórico elaborado por Joaquim Cabral Netto, na obra História do Ministério Público de Minas Gerais, em que o primeiro concurso para Promotor em Minas Gerais ocorreu apenas em 1947, tendo 26 inscritos, sendo 16 aprovados. Necessário ressaltar ainda o seguinte:

> Durante anos, a aprovação dos candidatos inscritos nos concursos de ingresso no Ministério Público não significava sua nomeação. Para que esta ocorresse era necessário ‘um apadrinhamento político’, vale dizer, os chefes políticos locais ligados ao Governo Estadual (Deputado majoritário, Prefeito, lideres políticos locais) **tinham de concordar com** a ida do candidato aprovado para suas comarcas, o que normalmente se fazia através de um ofício (ou cartão) ao Secretário da Justiça.Mais, ainda a classificação obtida no concurso não era levada em conta para a nomeação. Muitas vezes candidatos classificados após os primeiros eram nomeados antes destes, e não

> raro, para as melhores comarcas.Mas nem por isso a ‘aprovação política local’ implicava a subserviência do Promotor de Justiça àquela vontade. Pelo contrário, o que se via é que, na sua quase totalidade, tomavam postura de absoluta e elogiável independência nas comarcas onde atuavam.[201]

Analisando a relação de concursos contido na obra pode-se observar que o número de aprovados nos Concursos do Ministério Público em Minas Gerais variou, em regra, de 16 candidatos a 70 candidatos. Tendo algumas poucas vezes chegado a 90 aprovados. O que variou bastante foi o número de inscritos que foram 26 em 1947 e chegou a 4.090 inscritos em 1998 (o concurso em que fui aprovado).

Importante ressaltar que no ano de 2.000 ocorreu o único concurso do Ministério Público que se nomeou 100 aprovados, e isto ocorreu em razão de erro na estrutura do Edital, o qual previa apenas 50 vagas, mas houve um problema na somatória de notas de primeira e segunda fase, pois matérias distintas. Na verdade, copiaram a regra do MPSP de não reprovar no número de vagas, mas excluíram alguns detalhes. Para corrigir o erro dobraram a nota de algumas disciplinas que existiam na primeira fase, mas não existiam na segunda fase e para evitarem discussões jurídicas. Contudo, a ação foi objeto de ação popular, com liminar deferida sustentando nomeações, e amplo debate interno, inclusive com voto para não homologação do concurso. Mas, ao final, e depois de muita pressão, prevaleceu a nomeação dos 100 candidatos e ficou conhecido historicamente como o “Concurso dos 100”.

Outro dado importante informado por Joaquim Cabral Netto é acerca dos Congressos Nacionais do Ministério Público, na obra “Os Congressos Nacionais do Ministério Público”, registra que o 1º Congresso Nacional do Ministério Público ocorreu em julho de 1942, na cidade de São Paulo, e nesta época apenas SP e RS tinham associações estaduais do Ministério Público. Contudo, o 2º Congresso Nacional do Ministério Público ocorreu apenas em março de 1973 na cidade de Guarapari.[202]

Analisando o contexto desenhado acima observa-se que quando da entrada em vigor do atual CPP, nem havia concursos para Promotor de Justiça, os quais somente começaram a ser realizados após o ano de 1944, e mesmo assim, as nomeações não

---

[201] CABRAL NETTO, Joaquim. **História do Ministério Público de Minas Gerais**: uma instituição centenária. Belo Horizonte: Speed, v. 1, 2003, p. 580 e 643

[202] CABRAL NETTO, Joaquim. **Os Congressos Nacionais do Ministério Público**. Belo Horizonte: Speed, 2005, p. 2

obedeciam a ordem de classificação. Embora isto, segundo Cabral Netto, não impedisse a atuação independente do Promotor de Justiça, nada impede a crer que o alinhamento ideológico já era assimilado no momento da indicação pelos políticos locais. Ademais, a atuação do Ministério Público naquela época não incomodava as posições dominantes, uma vez que era bem menos ampla que as da Constituição de 1988. Não se pode esquecer que, de fato, a obediência à ordem de classificação nos concursos somente foi efetivada em nível nacional com a edição da Constituição Federal de 1988.

Logo, não faz sentido interpretar o art. 24 do Código de Processo Penal com foco na obrigatoriedade da ação penal, com tantas mudanças institucionais. No mínimo, há de se estar diante de uma mutação constitucional e buscar novos argumentos para se defender a existência do mesmo. No entanto, apenas se alega que o Estado tem o "dever de punir". Ora, mas o Estado não elenca todas as condutas como objeto de direito penal e também permite à vítima, nas ações privadas e ações penais públicas condicionadas à representação, que opte por não processar. Não sendo razoável defender que o Estado soberano não possa também ter esta prerrogativa, desde que fundamentada e até mesmo submetida ao crivo do Judiciário, como no caso dos acordos penais e dos arquivamentos.

Importante destacar recente julgado do CNMP no sentido de que o Membro do Ministério Público não é obrigado a fundamentar o motivo pelo qual deixou de recorrer, mesmo quando a decisão judicial for contrária à manifestação ministerial, com base na independência funcional, conforme julgado abaixo:

> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
> Recurso Interno em Pedido de Providências n° 00342/2016-77
> Relator: GUSTAVO ROCHA
> Requerente: André Luis Alves de Melo
> Requerido: Conselho Nacional do Ministério Público
> E M E N T A
>
> RECURSO INTERNO EM PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. DECISÃO DE ARQUIVAMENTO PROFERIDA PELO RELATOR. SOLICITAÇÃO DE ANÁLISE QUANTO À NECESSIDADE DE SE JUSTIFICAR O ATO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE NÃO RECORRER QUANDO A DECISÃO JUDICIAL FOR CONTRÁRIA À MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL. ATO VINCULADO À ATIVIDADE-FIM. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. NEGA PROVIMENTO.
> 1. Recurso Interno em face de decisão de arquivamento proferida pelo relator.

> 2. O Recorrente solicita análise quanto à necessidade de que o membro do Ministério Público justifique o ato de não recorrer quando a decisão judicial for contrária à manifestação ministerial.
> 3. Ato vinculado à atividade-fim e amparado na prerrogativa da independência funcional.
> 4. Aplicação do Enunciado nº 6/2009 do CNMP. Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público.
> 5. Recurso conhecido e desprovido.
> ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, à unanimidade, em conhecer do presente recurso interno para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que passa a integrar o presente.
> Brasília/DF, 09 de agosto de 2016.

O Princípio da Independência Funcional, insculpido no § 1º, do artigo 127, da Constituição Federal, refere-se ao livre convencimento dos membros do Ministério Público em proferir suas manifestações, não se sujeitando a qualquer subordinação intelectual ou hierarquia.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli é claro ao expor:

> O princípio da independência funcional do Ministério Público, por sua vez, significa que cada membro e cada órgão do Ministério Público gozam de independência para exercer suas funções em face dos outros membros e órgão da mesma Instituição. Isso significa que, no exercício da atividade-fimdo Ministério Público, cada um de seus membros pode tomar as decisões últimas colocadas em suas mãos pela Constituição Federal e pelas leis, sem se ater a ordens de outros membros ou órgãos da mesma Instituição.[203]

Ao contrário do afirmado pelo recorrente, a necessidade de que o Parquet externe o motivo pelo qual não recorreu, quando a decisão judicial seja contrária à sua manifestação, está umbilicalmente ligado a sua livre convicção jurídica de agir ou não agir em determinado caso e, portanto, ao regular desenvolvimento das atividades funcionais do membro do Ministério Público.

Não há que se confundir independência funcional, ligada à atividade-fim, com atividade administrativa, que alude à estrutura hierárquica administrativa, divisão de tarefas, expedientes organizacionais internos etc. A imposição da necessidade de se

[203] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

apresentar justificativas para a não interposição de recurso em processos judiciais sujeitaria o membro do Ministério Público a patrulhamentos jurídicos internos e externos, afrontando de forma direta o ordenamento jurídico pátrio, que prevê expressamente a independência funcional dos membros.

Ora, deixar de recorrer em uma ação penal trata-se de uma espécie da oportunidade da ação penal, pois a ação não é apenas a denúncia. Lógico, o Membro do Ministério Público ao deixar de recorrer está disponibilizando da ação, e neste caso nem precisa fundamentar. No entanto, no caso de arquivamento de IP haveria fundamentação, controle judicial e até mesmo pelo Procurador Geral com base no art. 28 do CPP.

No CNMP o termo agente político tem sido usado mais para discussão sobre pagamento de verbas do que no interesse social da condição. Inicialmente, ocorreu uma incompreensão sobre o teor do termo agente político e confundindo com a obrigação de trabalhar 24 horas e até finais de semana, sem remuneração, com base em um teto de subsídio. No entanto, carreiras administrativas e que também recebem subsídios não se submetem a plantão, e recebem por horas extras ou regime de compensação, pois caso mantida a vedação, seria assédio moral aos Membros do Ministério Público pela sobrecarga de trabalho. Esta situação foi revista pelo CNMP, e atualmente, permite-se a compensação de dias por plantões, por exemplo. Seguem alguns julgados explicativos:

> Nº. Processo 0.00.000.000610/2009-50
>
> Data Distribuição: 12/08/2009
>
> Resumo: Requer a cassação das disposições do art. 2º, incisos III, IV,V,VI,VII,VIII,IX,X,XI,XII,XIII e XIV, do Ato Normativo PGJ nº 40/94, que vigora no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo.
>
> EMENTA: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DA LEGALIDADE DE ATO NORMATIVO QUE PREVÊ O PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÄO AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO PELO EXERCÍCIO DE

SERVIÇOS DE NATUREZA ESPECIAL. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO CNMP. ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE MEMBRO DO PARQUET. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME DE SUBSÍDIO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N° 1.032/2007. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1.A análise de ato normativo decorrente do exercício do poder regulamentar pelo Procurador-Geral de Justiça, insere-se no controle de legalidade Constitucionalmente atribuído ao Conselho Nacional do Nlinistério Público. 2. A plena eficácia do regime de subsídio, exclui as parcelas de natureza remuneratória pagas no regime anterior, a exemplo da gratificação pela prestação de serviço de natureza especial. 3. Incompatibilidade da percepção da gratificação pela prestação de serviço de natureza especial com a Lei Complementar Estadual n.° 1.032/2007 e afronta à Resolução CNMP n.° 09/2006. 4. Os membros do Ministério Público, na qualidade de agentes políticos, assumem o compromisso, inerente a seu cargo, de permanecerem à disposição da sociedade, em regime de trabalho que lhes impõe dedicação especial, independentemente de qualquer retribuição adicional pelo exercício de funções típicas de seu ofício. 5. Procedência do pedido para reconhecer a insubsistência, por ilegalidade, das normas previstas nos incisos lll a XlV, do art. 2°, do Ato Normativo n.° 40/94, do Ministério Público paulista, determinando a imediata sustação do pagamento de gratificação aos membros daquela instituição pelo exercício de Serviços de natureza especial; ali descritos.

Nº. do Processo 0.00.000.000657/2008-32

Resumo: Procedimento com vista a verificar a existência de ato normativo no Ministério Público do Estado do Espírito Santo que regulamente o regime de plantão e o sistema de compensação.

EMENTA: Procedimento de Controle Administrativo. Análise do ato normativo de regulamentação do regime de plantão, no âmbito do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, à luz

> da decisão deste Conselho Nacional, proferida no bojo do processo CNMP nº 0.00.000.000055/2008-85. Existência de previsão normativa que autorize a concessão de folga compensatória por dias trabalhados durante o plantão e o recesso forense pelo Membro do Ministério Público. Necessidade de que os Ministérios Públicos da União e dos Estados adotem as medidas necessárias à regulamentação do regime de plantão (Recomendação CNMP nº 05). Os membros do Ministério Público, na condição de agentes políticos, exercem funções de munus público que lhe conferem prerrogativas próprias e deveres específicos, tais como a atuação em regime de plantão. Impossibilidade jurídica de se conferir retribuição aos membros do Parquet, por ficarem à disposição da comunidade, em regime de plantão. Desconstituição do ato normativo que disciplina as compensações dos dias trabalhados em regime de plantão dos membros do Ministério Público do Espírito Santo.

Particularmente, sustenta-se que independência funcional não pode ser tão absoluta como se tem entendido o Brasil, precisamos de um meio de uniformizar a atuação do Ministério Público em face do princípio constitucional da Unidade, isto evita paradoxos e dá mais eficiência para o trabalho. Muitos acham que têm o direito de viverem na década de 40, pois têm independência funcional. Noâmbito interno do Ministério Público tem prevalecido excessivo apego à independência funcional em detrimento dos princípios também constitucionais da Unidade e da Eficiência. Também não se pode ter tanto apego à autonomia do Minstério Público em detrimento da Eficiência. É preciso que seja criado algo similar á sumula vinculante no âmbito do Ministério Público, pois faltam até mesmo orientações sobre prioridaes para uma política pública ministerial.

Nesse sentido cita-se Antonio Suxberger, in Ministério Público e Política Criminal, onde sustenta a possibilidade de a cúpula do Ministério Público também atuar como um catalizador da política criminal:

> O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios conta, em razão de previsão legal, como já mencionado, com duas Câmaras de Coordenação e Revisão Criminal, que são encarregadas de se manifestarem nos casos de arquivamento de inquéritros policiais ou

> mesmo de procedimentos dei nvestigação preliminar que tenham natureza criminal ou que versem sobre possíveis práticas criminosas.
>
> Essa atuação a respeito dos arquivamentos patenteia natureza evidentemente revisional; contudo, o conjunto de manifestações num mesmo sentido ou numa mesma matéria pode vir a sinalizar uma orientação institucional a respeito do entendimento do Ministério Público sobre situações similares. É nesse ponto que a atividade de revisão pode vir a configurar atividade de coordenação.
>
> Parece claro, igualmente, que incumbe às Câmaras de Coordenação e Revisão tamém o papel de assegurar uma atuação integrada entre as unidades do Ministério Público distribuídas pelas cidades satélites do Distrito Federal. Por 'intgegrada' entenda-se uma atuação comprometida com o contexto, com a realidade social, e, sobretudo, com os órgãos de execução do Ministério Público que atuam, ainda que na esfera não criminal, com atenção aos direitos sociais.[204]

Urge esclarecer que o MPU, incluindo o MPDFT, não usam o art. 28 do CPP, mas sim previsões expressas na Lei Complementar 75/93, a qual preceitua que o arquivamento do Inquérito Policial deve ser feito pelas Câmaras de Revisão Criminal, um órgão coletivo e composto por Procuradores da República, em regra, mais antigos na Carreira e que ocupam cargos na Administração Superior. Esta alternativa parece melhor que o atual modelo previsto no art. 28 do PGJ, pois este tem feito um controle unipessoal e geralmente não publica suas decisões na internet para ciência pública.

Nestes links podemos encontrar importantes enunciados e orientações das Câmaras de Revisão Criminal do MPF, o que não é vinculante, mas acaba influenciando enormemente a persecução penal pelos Membros, o que se observa nos links a seguir:http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados e http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes.

As orientações 25 e 30 das Câmaras de Coordenação e Revisão Criminal do MPF, , constantes do link específico acima tratam diretamente sobre arquivamentos, racionalização e possibilidade de não processar por insignificância ou falta de prioridade na apuração, ou decurso grande de tempo sem apuração de prova razoável.

9. As Ideologias no Direito Penal (Garantismo, Funcionalismo e Finalismo)

Existem várias correntes (ideologias) no direito penal, ainda que isto seja pouco divulgado de forma sistêmica para que as pessoas possam entender as conjecturas. Na verdade, muitos são os textos baseados na visão ideológica de cada segmento, sendo

[204] SUXBERGER, Antonio. **Ministério Público e Política Ciminal**. São Paulo: Juruá, 2010, p. 191

importante uma divisão para melhor compreensão do sistema e de suas respectivas posturas.

No Brasil, mais precisamente na área penal, é comum uma discussão focada em questões pontuais como a "teoria da ação" e "culpabilidade", e "teoria do delito". Estes aspectos estão inseridos em correntes que têm uma base filosófica e sistêmica pouca conhecida ou percebida, que implica na própria forma como se entende o combate ao crime.

Todas as correntes que serão citadas a seguir são desenvolvidas a partir do Iluminismo (racionalismo) o qual se opõe ao Empirismo (experiência). O modelo racionalista e burocrático impera no meio jurídico e por isto os concursos jurídicos da atualidade tendem a focar nas perguntas "teóricas" e desprezam ou dão menor importância a quesitos como experiência profissional ou de vida (pois alegam que a igualdade seria violada), em síntese, a filosofia e a economia norteiam nosso cotidiano ainda que não saibamos.

É claro que raramente alguém ocupa de maneira pura uma corrente, mas há uma predominância. De uma forma resumida, pode-se afirmar que existem cinco correntes atualmente que se baseiam em filosofia e questões econômicas, e não apenas penais:

1) Dogmáticos (causalistas e finalistas)
2) Teoria Social da Ação
3) Garantistas
4) Funcionalistas
5) Abolicionistas

Os dogmáticos (finalistas e causalistas, ambos positivistas),têm uma visão burocrática do processo, focando em formalidades e na lei, em vez da Constituição Federal, não têm foco em prioridades e resultados, defendem uma espécie de "Drieito Penal Puro", de mera subsunção do fato ao tipo penal. A ideologia**finalista na área penal** surgiu entre 1920 e 1930 esão responsáveis pela literatura predominante nos dias atuais em cursos de graduação de Direito e em muitos concursos no Brasil. Na Europa, houve um abandono desta corrente, mas o causalismo ainda vigora.

Para **o finalismo** e causalismo não há espaço para política criminal no âmbito do Direito Penal, devendo focar nos conceitos jurídicos definidos pelo legislador. Há mais

causalistas na Europa do que finalistas, sendo o contrário do Brasil. A rigor, ambos não admitem uma política pública de prioridades pelo meio jurídico, ou seja, a única prioridade que admitem diz respeito à "réu preso", independente da gravidade do delito. Portanto, todo fato (ou ato) que se enquadra no tipo penal é crime, logo gera um processo. Assim, toda política pública criminal pode ser feita apenas pelo Executivo (prioridades e seletividade das abordagens) e pelo Legislativo (criação de tipos penais).

O fim do direito penal para o finalista é manter o sistema, mas todo crime viola esta ordem. Atuam de forma automatizada como aplicadores da lei, eventuais questões de gravidade somente podem ser definidas na dosimetria da pena. São adeptos do Fran Von Liszt (causalista que afastou a política criminal), Welzel, Kelsen e outros. Sua base filosófica tende a ser Descartes, o cartesianismo, em que as partes formam o todo, logo todo crime viola o fim do sistema penal e não estabelecem prioridades, ou seja, tendem a focar nos mais simples e ignoram os fatos mais complexos em razão do volume e falta de prioridades.

Lizst até reconhecia a importância da criminologia e política criminal, mas deveria serem avaliadas de forma paralela e não conjunto com o Direito Penal.

Para um finalista um furto de chocolate e um estupro, por exemplo, são delitos de mesma relevância, cabendo apenas ao legislador definir as penas em abstrato e ao judiciário mensurar a aplicação na dosimetria da sentença.

Roxin, de forma simples, faz uma crítica ao finalismo, em sua obra Estudos de Direito Penal,

> Eu proponho, pelo contrário, uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estruturas lógico-reais um tanto abstratas. Mas, é verdade que o parâmetro de decisão política criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância.[205]

Os dogmáticos partem do principio Iluminista e Republicano de que todos os delitos devem ser processados em face da igualdade e focam no princípio da legalidade, mas esquecem que o sistema não comporta processar tudo e que existe a cifra negra (delitos não identificados). Contudo, nem Kant defendia punir os pequenos delitos, pois

[205]ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63

os pequenos furtos no tempo dele não eram crimes, mas apenas ordenações (contravenções). No entanto, os dogmáticos não fazem esta diferenciação, pois entendem que cabe apenas à lei.

Um Promotor dogmático ortodoxo não admite o arquivamento de inquérito policial, mesmo que a excludente de ilicitude ou de culpabilidade seja evidente na fase de apuração. Em tese, o dogmático tende a raciocinar entre mero ato típico e conduta na fase de oferecimento da denúncia (subsunção). Para o dogmatismo todo criminoso é inimigo, logo acaba focando nos casos mais fáceis em razão do volume e acredita que focando nos pequenos delitos evita os grandes. Um promotor finalista formula a seguinte pergunta inconscientemente: "Por que **não** processar?", pois foca no sistema ontológico.

Teoria Social da Ação sustenta a adequação e uma espécie de derrogação de tipos penais ou apenas atos penais pelos costumes e aceitação social. É posterior ao finalismo, mas teve pouca aceitação. Sua base filosófica é o Neokantismo de valores, há quem diga que Welzel chegou a adotar esta teoria posteriormente. Para alguns seria uma ponte entre o causalismo e o finalismo, mas, aparentemente, mais parece uma ponte entre o finalismo e o funcionalismo, pois o neokantista trabalha com valores para definir prioridades.

A teoria social da ação foi proposta por Jescheck e Wessels, mas foi rejeitada na prática por receio de que o Judiciário poderia "derrogar" tipos penais e atos típicos sem controle, embora ainda seja citada na doutrina atual.

Os garantistas têm uma visão jusfilosófica de que o processo penal é para proteger o acusado, embora tentem dizer que protege a todos, mas é no sentido de que "todos poderemos ser criminosos um dia". É de origem italiana, embora lá não seja tão ovacionada como Brasil, pois têm que combater Terrorismo e Máfia, logo não podem ter este discurso tão em prol de criminosos, mas tem sua influencia, tanto é que a Itália é conhecida na Europa como o país da impunidade, apesar de ainda ser bem melhro que o Brasil no setor de processo penal.

Lado outro, embora o garantismo use como bandeira os 10 axiomas de Ferrajoli, na verdade têm uma tendência de Esquerda (assim como Ferrajoli e Zaffaroni), e usam o argumento de Estado opressor e criminoso vítima da sociedade. A rigor, têm cupado

ultimamente um espaço importante nos cursos de pós-graduação, bem como na prática dos tribunais em 2ª instância, geralmente. Estes defendem uma aplicação do direito penal e processual penal focada na Constituição Federal e nas garantias processuais do acusado (sendo este um discurso externo, mas na prática entendem que processo penal é luta de classes).

Embora aleguem que também defendem os direitos das vítimas e buscam um equilíbrio, isto acaba sendo um segundo plano em razão do foco maciço nos direitos processuais do acusado. Contudo, o STF após o julgamento do caso conhecido como Mensalão tem evoluído para o funcionalismo e adotado políticas criminais e também mediado os direitos do criminoso com a segurança social, pois no caso do Mensalão não julgaram apenas papéis e tiveram oportunidade de verem como age o nível criminoso na realidade, mesmo que tenham delegado a instrução para juízes federais, ficaram mais próximos da realidade criminal.

O garantismo cresceu nos últimos anos, depois da queda da ditadura e abusos do Estado, agoratêm permitido os abusos dos criminosos, conforme fica claro na obra do Giberto Callado, Garantismo e Barbárie, editora Conceito. É uma visão social (de esquerda) do direito em que favorece correntes da criminologia como a Teoria Crítica**,** em que sustenta que a causa principal da criminalidade é a desigualdade social e que a pena deveria ser um meio para "ressocializar" o infrator condenado, e também a corrente da Nova Defesa Social, a qual acredita que criminoso não teve o livre arbítrio em razão de pressões externas, logo o crime deixa de ser um ato, conduta humana, e passa a ser um fato, elemento externo à vontade do criminoso, pois este é "vítima" do determinismo social.

Os defensores do garantismo alegam ainda que o Estado é essencialmente malvado e acusa impediosamente as pessoas, mas paradoxalmente sustentam que o Estado deve fazer a defesa dos réus, como propõe expressamente Ferrajoli, o qual entende que o advogado privado deve ser assistente facultativo.Uma característica garantista é que seus defensores focam nas garantias processuais.

No Plano Internacional com influência no Brasil temos autores como Zaffaroni (Argentina), Ferrajoli (Itália) e Boaventura (Portugal), todos de concepção de esquerda. O livro "Garantismo e Barbárie" de Gilberto Callado, editora Conceito, traz uma boa leitura para quem deseja aprofundar sobre a pretensão do garantismo.

Citamos a crítica fundamentada de Gilberto Callado de Oliveira, na obra Garantismo e Barbárie, a face oculta do garantismo penal,

> p. 112: Sua nova doutrina é mais sutil, falaciosa e enganosa e, portanto mais fácil de ser assumida pelos juristas inadvertidos que a do direito alternativo. Daí o seu espetacular êxito entre alguns juristas brasileiros. Seus inconfessados objetivos são uma conciliação possível, mais atenuada, do marxismo intransigente de luta de classes com od direito vigente. Muitos dos inteletuas que no passado foram adeptos do direito alternativo, quando propagavam a exclícita ruptura com a legalidae, migraram depois para o garantismo, e hoje sustentam uma estratégia gratualista de cordo com o pensamento do festejado marxista Antonio Gramsci.
>
> p. 126: Para filosofia garantista, a finalidade do direito penal, como direito sancionador, é precisamente proteger os direitos fundamentais, não daquelas pesoas que tiverem seus direitos viiolados ou ameaçados pelo crime, mas dos violadores ou ameaçadores desses direitos, que, de vilões, se transformaram por quimeras argumentativas em oprimidos, em mártires do despotismo processual.[206]

A base filosófica do garantismo tende a ser Karl Marx e Gramsci, uma vez que defendem que o sistema penal é um meio de dominação dos pobres pela burguesia que não cumpre os direitos constitucionais dos criminosos, ou seja, seguem a linha do materialismo-dialético. O processo penal é uma luta de classes sociais para os garantistas, mas, como estes influenciaram na Constituição Federal, prevaleceram os direitos dos criminosos em desfavor dos direitos das vítimas e da sociedade.

Importante analisar o reflexo desta concepção que reifica o criminoso, desestrutura o controle social, desestabiliza o combate estatal, e ao mesmo tempo gera a impunidade, além do aumento de crimes e paradoxalmente de prisões, ainda que provisórias, pois o criminoso visa lucro e impunidade, notadamente o habitual.

---

[206]OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e barbárie**: a face oculta do garantismo penal. São Paulo: Conceito, 2011, p. 112 e 126

O garantismo é irmão siamês da ideologia educacional construtivismo, a qual sustenta que o aluno deve ser livre para criar e não se pode reprovar alunos na escola, nem puni-los, mas tão somente reeducá-los e defendem que a meritocracia gera desigualdade social. Nesse momento de se ‘criar’ é que o gramscismo rejeita os valores dominantes e tenta induzir sua proposta ideologócia na criança, ainda que disfarçado de termos como ‘pedagagogia do oprimido”. Na Criminologia é fácil identificar esta visão de esquerda, geralmente usam termos como “criminologia crítica” e na religião é a Teologia da Libertação (católica) ou Missão Integral (evangélica).

Os garantistas focam no processo penal e não na gestão, ou seja, acabam mantendo um mercado de processos penais com pouca utilidade social. Para o garantismo o criminoso não teve o livre arbítrio, logo o crime é um fato e não um ato. São contra a seletividade e prioridades, pois entendem que a penas pobres coitados serão perseguidos pelo Estado, o que reforça a visão de coitadismo da Esquerda.

No Brasil, os garantistas focam mais nas garantias processuais e adotam a obrigatoriedade da ação penal como meio de aumentar o mercado de trabalho para a defesa e potencializar o discurso de vitimização do réu, movimento LUMPEMPROLETARIADO, (Ferrajoli até admite a não obrigatoriedade da ação penal, mas no Brasil não adotaram este aspecto de ideologia). O direito penal não pode punir, mas seria uma espécie de função de resgate social/“cura social” dos criminosos, uma medida de segurança. Para um garantista todo criminoso é uma vitima ou companheiro explorado pelas elites. Um garantista não admite um “direito penal do autor”, tem que julgar o fato sem verificar a periculosidade. Um Promotor garantista formula a seguinte pergunta: “Por que punir?”.

Os funcionalistas têm foco na política criminal de prioridades, pragmatismo, o que varia é o modo de se estabelecer prioridades e resultados, como no caso de Roxin e Jackobs, logo de origem alemã. Em geral, costumam ser confundidos com os garantistas, pois ambos defendem um uso racional do direito penal e do processo penal, com base na Constituição Federal, bem como respeito aos direitos do acusado. No entanto, o funcionalismo também busca focar em temas como política criminal e direitos das vítimas e da sociedade. Dessa forma, os funcionalistas buscam estabelecer prioridades, além do mero tipo penal, e ainda sustentam que nem todo crime deve

obrigatoriamente gerar uma ação penal, pois há casos de falta de justa causa e desproporcionalidade, devendo assim focar nos delitos mais graves.

Os funcionalistas visam apenas o que gera risco para a "funcionalidade" do sistema social. Portanto, esta teoria foca no princípio constitucional da eficiência, embora esta medida possa implicar em menor número de prisões e de ações judiciais, a concepção não é um foco apenas no direito do acusado, mas justamente salientam os recursos nos casos mais graves e nos criminosos de alta periculosidade.

Em pesquisas doutrinárias foi possível verificar que o garantismo repudia esta seletividade, pois presumem que o Estado é o inimigo, embora critiquem o direito penal do inimigo sustentado por Jakobs, o qual defende o direito do Estado de estabelecer prioridades em razão da periculosidade do criminoso que viola a norma, notadamente o criminoso habitual. Mal compreendido, Jakobs é repudiados por muitos que acreditam que todo criminoso é inimigo, mas sua obra é clara em diferenciar criminosos comuns (direito penal do cidadão) e criminosos de alta periculosidade (direito penal do inimigo).

A teoria em questão defende a extinção de crimes que não mais gerem risco social, porém não em defesa do criminoso em si, mas sim pela racionalização do sistema, inclusive criando crimes novos para a realidade social ou aumentando de outros que se tornaram mais graves.

O princípio da insignificância material foi desenvolvido por Roxin (focado na valoração dos bens jurídicos) e não pelos garantistas. No Brasil, em razão da falta de prioridades penais, pela prevalência do finalismo, acabam prendendo apenas criminosos por delitos menos inteligentes, como pequenos furtos.

Na verdade, a origem do funcionalismo em sivai além da base valorativa, considerando também aspectos do pragmatismo ou pragmaticismo norte-americano desenvolvido pelo psicólogo Peirce nos anos de 1900. O Pragmatismo sofre resistência de setores que atuam na estratosfera filosófica, porém não se confunde com utilitarismo, nem significa ausência de meios para se obter fins, uma vez que tem limites éticos (que não se confunde com corporativismo como no caso do que chamam de "Código de Ética" de algumas profissões). Nem mesmo Jackobs defende o processo penal para pequenos furtos, pois entende que não violam o sistema, nem a eficácia normativa neste caso.

Ademais, no direito penal alemão há autorização legal para o Ministério Público processar por pequenos furtos apenas se comprovar fundamentadamente o interesse público. Jackobs prevê a não punição de autor que incorra em figura típica caso haja consenso social da inutilidade da norma. Para um dogmático qualquer crime viola o interesse público.

Em suma, o funcionalismo foca na racionalidade e eficiência, mas sem abdicar de valores, buscando equacionar direitos do acusado e da sociedade, já o garantismo visa garantir a proteção do acusado. Isto é, para o funcionalismo o criminoso teve livre arbítrio, logo será analisada a necessidade de uma ação penal para aquele ato, valoração, ainda que previsto em lei.

No Plano Internacional temos ícones funcionalistas como Roxin, Hassemer, Kai Ambos e Jakobs (Alemanha), Mir Puig (Espanha), Jorge Figueiredo Dias (Portugal). Além disso,esta teoria possui base filosófica em, Luhman e Parsons. O funcionalismo penal iniciou sua expansão na década de 70 com Roxin na Alemanha, mas tem vertentes até mesmo na psicologia funcionalista nos idos de 1880, criada nos Estados Unidos por William James.

O funcionalismo defende um direito penal mais cirúrgico, ou seja, punir menos para punir melhor os casos mais graves, portanto, com foco na sociedade. Já o garantismo visa punir menos, para não punir, pois já foi punido pelo "descaso social" e prioriza a proteção do réu, repudiando a seletividade racional e política criminal do funcionalismo. *Uma crítica que se faz ao funcionalismo é que este se preocupa mais com os efeitos do que com a causa, o que é verdade, afinal isto não parece ser o problema principal na área penal*.

A corrente funcionalista é mais conservadora que a corrente garantista, pois a primeira visa a pacificação social, o que não significa que, por fazer política criminal esteja sempre correta, afinal nenhuma política pública acerta sempre, mas ao menos tem planejamento e controle. Por outro lado, para o funcionalismo a ressocialização é um ato de vontade do condenado e não há como ser imposta, cabe a ele decidir e refletir durante o cumprimento a pena sob o seu ato, isto não tem como ser imposto por uma sentença, logo não é um objetivo da pena.

Para o funcionalismo há criminosos inimigos perigosos e outros não perigosos, racionalidade,ou seja, é admitido o "direito penal do autor" para casos graves, pois não se deve tratar um terrorista como ladrão de doce que comete um furto na padaria. Um Promotor funcionalista pensa ao contrário de um finalista, ou seja, foca nos grandes delitos para evitar os pequenos delitos. Portanto, um Promotor Funcionalista tende a formular a seguinte pergunta mental de forma racional: "Para que processar?".

Os abolicionistas defendem o fim do direito penal e a criação de outras formas de controle social a ser resolvida no meio familiar, social e religioso,dentre outras. É uma corrente com menos adeptos, mas tem base significativa, embora pouco estudada no meio jurídico, pois é mais estudada em outros ramos de saberes como a sociologia, filosofia e ciência política. Tem como ícone internacional o Louk Hulsman e no Brasil Maria Lucia Karam. Aproxima-se um pouco dos anarquistas que defendem o fim do controle estatal.

Portanto, importante ressaltar que esta divisão de ideologias penais não é hermética. Cita-se o caso de que os dogmáticos indicam Roxin (funcionalista)apenas quando estuda o artigo 19 do Código Penal (nexo causal), o que interfere somente na tipicidade, embora tratem da imputação objetiva, afinal um dogmático não tende a admitir a possibilidade de política criminal, inclusive para ajuizamento de ações penais. Um funcionalista pode citar autores dogmáticos, mas a diferença é que defenderá prioridades e política criminal pelo sistema jurídico.

Em suma, um dogmático dará tiro de canhão para qualquer evento, pois atua de forma automática. Um Funcionalista avalia a necessidade de atirar e usa a munição adequada para o evento. Um garantista entende que deve usar sempre munição de festim ou de água para proteger o acusado.

Os garantistas esforçam-se para serem tratados como funcionalistas, mas estes não admitem esta classificação e preferem manter-se separados dos garantistas, principalmente pelo viés marxista dos garantistas.

A discussão do papel da vítima em crimes como furto, podendo esta oferecer representação (ação penal condicionada à representação da vítima) é um modelo adotado na Europa, e é um tema mais difundido pelos funcionalistas do que pelos garantistas. Os funcionalistas tendem a querer evitar o processo desnecessário, e o

garantista tende a focar os discursos nas garantias processuais, logo o réu continua a existir, ainda que seja absolvido por alguma "armadilha processual" ao final. O funcionalista já defende critérios para seleção no início da investigação ou ação penal.

Pesquisa realizada no MP-RS pela PGJ em 2004, em convênio com o núcleo de Sociologia da UFGRS identificou que quase 55% dos Membros do Ministério Público seriam, em regra, finalistas (todo ato com previsão na lei penal deve ser processado, 27% funcionalistas e 8% garantistas, a pesquisa foi capitaneada pelo sociólogo Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

> Perguntou-se ainda aos integrantes do MP/RS com qual ou quais das principais correntes de política criminal contemporânea eles se identificavam, podendo ser escolhida mais de uma delas.
>
> 54,4%, ou seja, mais da metade dos respondentes, identificam-se com a chamada Tolerância Zero, corrente surgida no final dos anos 80 a partir de desdobramentos do movimento Law and Order nos E.U.A., como a Teoria das Janelas Quebradas, e que ganhou maior projeção a partir da experiência da Prefeitura de Nova Iorque sob o comando de Rudolph Giuliani.
>
> Em segundo lugar, aparece o Funcionalismo Penal, com 26,9% de adesões. O Funcionalismo Penal desenvolveu-se nos anos 90, especialmente na Alemanha, tendo como referência a obra de Gunter Jakobs e a idéia de reformulação da intervenção do sistema penal em suas várias dimensões, para atender a necessidade de contenção da criminalidade na chamada sociedade do risco.
>
> Em terceiro lugar aparece o Garantismo Penal, com 8,2% de adesões. O movimento garantista tem como principal referência a obra do italiano Luigi Ferrajoli, e como norte a preocupação com a manutenção dos princípios fundamentais que estiveram na origem da dogmática penal moderna, garantidores dos direitos individuais frente ao poder punitivo do Estado.
>
> 22,1% declararam não se identificam com nenhuma destas correntes, e o Abolicionismo Penal, movimento crítico à resposta punitiva para o tratamento de situações problemáticas, e adepto de novas alternativas para a administração dos conflitos sociais, não teve nenhuma adesão.[207]

O garantismo é uma nova roupagem do direito alternativo.

[207] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. WEINGARTNER NETO, Jayme. Perfil **socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Gaúcho**. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel36/RodrigoAzevedo_JaymeNeto.pdf. Acesso em 25 nov. 2016.

No âmbito da defesa no Brasil temos um paradoxo, pois geralmente a maioria é finalista no momento do início da ação penal, ou seja, querem que o MP processe tudo e que eventual insignificância seja reconhecida apenas pelo Judiciário após ouvir a Defesa. Contudo, no curso do processo passam a ser garantistas, assim agindo garantem um mercado de trabalho em razão do enorme número de ações penais com pouco resultado prático e condenações pequenas, muitas prescrições, sendo queacabam recebendo do Estado ou do cliente para atuarem nestes processos em que geralmente o cliente será condenado a penas pequenas ou haverá prescrição.

Na Europa é realizada uma triagem visando prioridades no início do processo penal, no Brasil prevalece a obrigatoriedade da ação penal, mas com um processo burocratizado que gera penas pequenas (ainda que aparentemente altas,cumpre-se apenas parte da pena) e na execução penal (depois da condenação) tenta-se flexibilizar o cumprimento. Vejam que no caso do Mensalão (AP 470) o julgamento no STF demorou mais que o cumprimento da pena e os réus podem ser indultados (perdoados pela Presidente da República).

Ocorre um crime de furto a cada 15 segundos na internet, logo não é possível investigar e processar todos. O funcionalista defende critérios para prioridade de investigação e ação penal. Esta seletividade existe, mas acaba ficando na obscuridade da cifra negra ou das prescrições.[208]

O funcionalismo pode ser considerado um meio termo evoluído entre o dogmatismo e o garantismo.

Muito embora, os garantistas usem a estratégia marxista de gerarem confusão conceitual, a conhecida dialética, e alegam que são uma espécie de funcionalismo, a socióloga Ana Lucia Sabadell assevera as diferenças ideológicas entre cada segmento:

> **As teorias do conflito social (marxistas e liberais) opõem-se às teorias funcionalistas**. Em geral, as teorias do conflito entendem que na sociedade agem grupos com interesses estruturalmente opostos, que se encontram em situação de desigualdade e em luta perpétua pelo poder. Assim sendo, as teorias do conflito consideram que o nexo principal da sociedade não é o interesse comum, o consenso, o progresso ou a convivência pacífica, mas, ao contrário, a coação e o

[208]GALLI, Gabriel. **Conheça os crimes virtuais mais comuns em redes sociais e proteja-se**. Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/08/conheca-os-crimes-virtuais-mais-comuns-em-redes-sociais-e-proteja-se.html>. Acesso em: 25 nov. 2016.

> condicionamento ideológico [...] Na visão das teorias do conflito, as cries e mudanças sociais são fenômenos normais da sociedade, ou expressões concretas de uma contínua luta de interesses e opinões, que objetiva a mudança da estrutura social.[209]

Este trecho acima explica o caos na segurança pública que se vive no Brasil, o endeusamento do criminoso, a divisão da família em núcleos como mulher, idoso, criança, mas o desinteresse de uma política para a Família como um todo, pois isto não interessa à Esquerda. A única coisa que a Esquerda tem feito para a Família é aumentar o número de pais e mães, pois hoje alguém pode ter três ou mais pais e várias mães, o que fatalmente implicará no aumento de conflitos, e isto a Esquerda almeja mais que o enganoso alegado desejo de igualdade.

10.1 A influência da concepção de Esquerda e Direita no Direito Penal.

Embora haja alguns pensadores que questionem esta divisão em direita e esquerda, pois esta bipolaridade não demonstra as nuances das ideologias, o fato é que a divisão permite uma melhor compreensão, embora não seja a mais profunda e ampla, faz-se importante a divisão até para diminuir o impacto da confusão gerada pela Esquerda, a qual tenta se ocultar na chamada 'dialética", cujo método usa para tornar obscuro os seus propósitos e até mesmo criando inimigos imaginários como o que chamam de "mercado". Necessário ressaltar que o capitalismo pode ser tanto de Esquerda (capitalismo estatal), como de Direita (capitalismo livre), e que o Capitalismo não foi criado como o Marxismo, o primeiro existe e foi adotado livremente pela sociedade, enquanto o de Esquerda tenta se impor pela força e dominação.

O festejado Bobbio, na obra Direita e Esquerda, Razões e Significados de uma distinção política, ressalta a necessidade de manter as divisões clássicas, embora reconheça as críticas a este conceito dual, mas estabelece alguns parâmetros, como a esquerda é focada na igualdade enquanto a direita reconhece a desigualdade como natural e foca meritocracia, ainda que do grupo social, e não apenas individual. Nesse ponto refoça:

---

[209]SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76

> O que explica, além do mais, por que a liberdade pode ser considerada um bem individual, diversamente da igualdade que é um bem social, e também por que a igualdade na liberdade não exclui que sejam desejáveis outras formas de igualdade, como as da oportunidade e da renda, que, ao requererem outras formas de igualamento, podem entrar em conflito com a igualdade de liberdade. Estas sumárias considerações sobre os valores supremos da igualdade e da liberdade e sobre as relações entre eles são um passo ulterior que considero necessário para precisar a proposta de definir esquerda e direita com base no critério da igualdade e da desigualdade.[210]

O Ensino pasteurizado e massificado do Direito com a difusão do pensamento finalista, espécie de positivismo penal, acabou por crer que o Direito Penal deve ser puro na sua aplicação e que a política deve ficar restrita apenas ao Executivo e Legislativo.

Por outro lado, o conceito de Esquerda e Direita não influencia apenas na economia, mas também no sistema de Direito e notadamente criminal.

A Esquerda tem como estratégica gramiscista dominar setores como Ministério da Justiça, da Cultura e da Educação para difundir sua ideologia de coitadismo, vitimismo e estimulando os conflitos entres classes, não apenas classes sociais, pois o importante é o conflito. Afinal, dividem a sociedade para que possam tentar dominar e depois impõe regimes opressores como Cuba, China, Venezuela, Coréia do Norte e até a anterior União Soviética. E comumente alegam que os seus companheiros implantaram não é comunismo, é algo diferente, e usam a estratégia da dialética para enganar e confundir as pessoas.

A atuação da Esquerda dá-se através de movimentos como garantismo penal, teologia da libertação, construtivismo na educação, gastança estatal para manter cativos,sem estimular meritocracia, pois alegam focar na igualdade.Enquanto a Direita atua através de movimentos comoausteridade fiscal, austeridade de gastos e outros, meritocracia, e é menos organizada que a Esquerda, pois defende a liberdade e liver arbítrio.

É inegável que o propósito da Esquerda de mudar paradigmas gera um Estado de anomia, ao estimular conflitos (luta perpétua) entre supostas minorias e classes, como as bandeiras sustentadas pela Esquerda, notadamente a marxista e mais radical.

---

[210]BOBBIO, Noberto. **Direita e Esquerda: razõese significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995, p. 116

Geralmente o trabalho da Esquerda é promover o caos social ao questionar os mecanismos tradicionais de autoridade e depois apresenta uma solução populista. E quando assume o poder age limitando a liberdade das pessoas e aumentando o controle estatal, ou seja, justamente contra à defesa das minorias que alegava defender, assim foi em Cuba, Venezuela, Coréia do Norte, União Soviética. Em seguida, seus defensores alegam que nestes países não é o socialismo real e vão usando de dialética para confundir. O Brasil, sob a gestão do PT, apenas não se tornou uma Venezuela, em razão de aqui não se ter tido o apoio dos militares, e por isto, precisaram mesmo no Governo estimulando as lutas entre classes e minorias. Obviamente, se todo mundo pode ser em algum momento ser opressor, então isto dá o direito de qualquer se sentir oprimido (seja a mulher, o homossexual, o homem caucasiano, o negro, o índio, o idoso, a criança, o adolescente o idoso, o trabalhador, até o empresários sente-se vítima do Estado arrecadador, e este caos alimenta os conflitos por falta de regras e da figura da autoridade tradiconal) .

Quando o adolescente da classe média e alta começa a cometer atos infracionais, então a Esquerda alega que é por causa do mercado e seu consumismo, ou seja, é sempre culpa do meio e nunca do infrator. Logo, se este não é responsável, então pode cometer livremente seus abusos e sem arrependimento, o que induz outros a fazerem o mesmo por falta de controle social.

Muito embora, pensadores da Esquerda tentem sustentar que Nazismo e Fascismo eram ideologias de Direita, este argumento não se sustenta pelo fato de que ambos defendiam o aumento do controle estatal, o que é típico da Esquerda. Obviamente, Nazismo e Facismo não eram Marxistas, pois defendiam um modelo de esquerda diferente, a nacionalista. Para o Nazismo a classe social inimiga eram os Judeus, a estratégia é sempre criar um opressor.

Portanto, a questão de pensamento de esquerda e pensamento de direita influencia em todo o sistema de direito penal, embora seja ignorado por muitos.

Para o pensamento de esquerda, o criminoso é uma vítima da sociedade, e a função do direito penal é curar esta pessoa e obrigar a ressocialização. E o processo penal tem como escopo proteger o acusado de um Estado malvado. Esta visão conflitante de Estado malvado, mas com defesa de mais estatização, é um paradoxo que a dialética marxista usa para confundir as pessoas e não mostrar os seus verdadeiros

objetivo de controle e paternalismo, e com inchaço do direito penal como solução para tudo, pois é preciso ter o discurso de vitimização para manter um público fiel. Os erros e acertos devem ser divididos, pois é preciso socializar. Dessa forma, para a esquerda o crime é um FATO Típico, pois decorreu de fatores externos, o criminoso não cometeu o crime por que quis, a sociedade o obrigou a cometer o delito. O cidadão nunca é responsável por nada, nem pelos crimes, nem pela meritocracia, tudo é fruto do meio social e da sociedade patriarcal, não existe o livre arbítrio, isto para a Esquerda.

Já para a direita o criminoso habitual cometeu o crime por que quis, e deve ser punido, mas apenas fatos relevantes devem ser tratados no Direito Penal. A ressocialização é um direito do acusado, mas cabe a ele decidir. A Direita foca na liberdade de escolha. Em suma, as pessoas são livres para tomar decisões, mas são escravas das consequências. Para a Direita, o crime é um ATO típico, pois foi uma conduta humana e voluntária, o eventual fato de ser pobre, não é fator externo que o tenha obrigado a cometer o delito. A Direita valoriza a meritocracia e aceita as desigualdades como naturais do meio social, apesar de defender a solidariedade, não defende a igualdade absoluta como é a Esquerda.

Para a *Esquerda* *Marxista* o soldado deve sempre invejar o Coronel e viver em conflito, luta perpétua, para gerar a igualdade, pois o Coronel é sempre um explorador e beneficiado pelas elites, ou seja, a luta perpétua, pois o soldado é um excluído socialmente e que não teve oportunidade, ainda que a vida militar permita vários cursos para ser promovido. **Para a Direita** o Coronel é um vencedor na meritocracia, ainda que tenha tido apoio familiar (meritocracia familiar), e o soldado deve respeitar esta estrutura e, se o desejar, que vá estudar e buscar meios legais para galgar ao posto de Coronel, sendo que a sociedade sempre irá precisar de mais soldados e menos coronéis, não faz sentido tribo com mais cacique do que índio, exceto em alguns órgãos públicos administrados pela Esquerda, o que gera a falência estatal em razão dos aumentos abusivos de impostos.

Um Governo com ideologia de esquerda segue as tendências correcionalistas de prender mais, e criar mais vítimas do sistema, pois esta luta de classes alimenta o mercado de luta perpétua, a qual é a existência da esquerda, sendo o Movimento LUMPEMPROLETARIADO, uma das vertentes. Logo, em vez de discutir meios para o pequeno furto ser ação penal condicionada, o Regime de Esquerda prefere manter ação

penal obrigatória, estatizar a defesa com a Defensoria, privatizar a execução penal com APACs (ONGs) e até empresas (em alguns Estados) e ao final flexibilizar a cura social e flexibilizar a execução penal, em uma espécie de Esquerda Punitivista, uma ramificação.

A Esquerda, notadamente a Marxista radical, a qual defende rupturas para promover a "revolução" tende a provocar a epidemia na área de segurança em razão desta visão de "luta de todos contra todos". Registra-se que a Revolução Proletária não havia chegado às esferas ocidentais nos idos de 1930 com a força necessária, então criaram a Escola de Frankfurt, financiada por Felix Weil, um filho de milionário argentino, criado na Alemanha e que havia se encantado pelo socialismo, e que reuniu intelectuais como Hegel, Marx, Nietzche e Weber, Freud e outros. Segue recomendações da Escola de Frankfurt:

> A Escola de Frankfurt recomendou (entre outras coisas):
>
> 1. A instalação de ofensas raciais.
> 2. Mudanças contínuas como forma de gerar confusão.
> 3. O ensino do sexo e do homossexualismo às crianças.
> 4. A fragilização da autoridade das escolas e dos professores.
> 5. A imigração em massa como forma de destruir a identidade.
> 6. A promoção do consumo excessivo de álcool.
> 7. O esvaziamento das igrejas.
> 8. Um clima de suspeição sobre o sistema legal (com um viés em favor da vítima do crime).
> 9. A dependência do Estado ou de benefícios estatais.
> 10. O controle e redução intelectual dos média.
> 11. Fomentação da destruição da família.[211]

Alguns setores estimulam este rigor processual e frouxidão na execução penal, pois isto gera mercado de trabalho. Afinal, tem se o processo, mas sem efetividade e eficiência, pois uma pena de 06 anos, a qual já é alta para o nosso Código Penal, pode ser cumprida em menos de 04 meses, pois começa no regime semi-aberto, mas com as remições por estudo e por trabalho, que abatem dois dias da pena para cada três dias, além da progressão após apenas 1/6 para o regime aberto, o qual é domiciliar, praticamente desmoralizam o direito penal.

Paradoxalmente, com o Direito Penal desmoralizado as pessoas perdem a vergonha de serem presas e isto aumenta o número de presos, por falta de controle

[211]MATTHEWS, Timothy. **Marxismo Cultural: a conspiração e corrupção da Escola de Frankfurt.** Disponível em: <http://omarxismocultural.blogspot.com.br/2014/10/a-conspiracao-e-corrupcao-da-escola-de.html>. Acesso em 25 nov. 2016.

social, e isto para a Esquerda é bom, embora digam publicamente que acham ruim. Na verdade, aumenta a sensação de mais vítimas do sistema e mais pessoas que podem aliar aos seus objetivos e alegando a desigualdade social como causa maior da criminalidade. Contudo, há países como a Índia com maior desigualdade social e menor criminalidade, exceto em crimes de estupro, poi há pouca repressão da lei, o que reforça que a impunidade é o maior estímulo para o crime.

Se pobreza ou desigualdade social gerassem crimes, a maioria dos pobres seria criminosos, o que não é. E também não haveria crimes cometidos por ricos. De fato crimes cometidos de forma inteligente e sem violência tendem a ficar mais impunes, mas isto ocorre pela complexidade da prova e também pela lei mais frouxa nestes delitos.

O que mantém a sociedade em ordem é justamente o controle social e os valores sociais. A Esquerda ataca justamente isso, como fica claro na Obra de Karl Marx, Manifesto do Partido Comunista, ou seja, destruir os valores da família, da religião e do ensino, pois patrimonialistas e que impedem a "revolução comunista". Sem referências valorativas, passamos para a luta de todos contra todos, e implica no caos, o qual permite que implantem a nova ordem social.

Afinal, a sociedade em crise perde o seu referencial, assim bandidos viram heróis ou vítimas, o que interessa para quem deseja destruir uma ordem social instalada. Não é o Direito Penal que faz as pessoas andarem vestidas, mas o controle social, ou seja, a vergonha. Se as pessoas perderem a vergonha de andarem nuas, não existe Direito Penal e presídios que faça as pessoas ficarem vestidas.

Em suma, as pessoas têm que ter vergonha de serem bandidas, isto é um fator que mantém a ordem e reduz crimes naturalmente.

Na Economia do Crime, uma ciência que estuda crime e lucro, a regra básica para evitar o crime é que este não pode compensar. No entanto, na lógica atual o crime tem compensado e recompensado.

Ao se estimular a luta de classes e o desrespeito a valores sociais clássicos a Esquerda provoca o caos social e também na segurança pública, pois temas como meritocracia, ordem e progresso são tratados como usurpação de uma classe. Para obter esta luta perpétua a Esquerda provoca a corrosão de valores tradicionais como família,

escola, professor como autoridade e não mero mediador, e religião, com esta desordem aumenta-se o número de presos, principalmente provisórios, e por pequenos delitos.

A Esquerda através do Ministério da Cultura e da ANCINE (Agência Nacional de Cine) prioriza filmes com histórias de crimes em que o traficante é um pobre coitado que mora na favela. No entanto, no tráfico tem o soldado do tráfico e os que lavam dinheiro do tráfico e vivem nos bairros nobres. Contudo, filmes que mostram esta visão do crime como um negócio lucrativo têm dificuldade de patrocínio estatal.

Já no Ministério da Justiça (MJ) estimulam leis que protegem apenas o criminoso e não a vítima do crime, como a recente Lei nº 13.257/16, aprovada pelo Legislativo, mas desenvolvida no MJ, a qual manda perguntar se o criminoso tem filhos pequenos, isto para que possa aumentar os motivos para ser colocado em liberdade. Mas, nada fala a lei para a vítima do crime e seus familiares.

A Esquerda também domina o Ministério da Educação, onde divulgam suas estratégias ocultadas sob o manto de "plataforma educacional". E nisto contam como métodos como o construtivismo, o qual propõe que o aluno construa do nada, isto apenas para que ele não reconheça o que já existe, pois entendem que o que existe é opressão do conservadorismo. Ou seja, enfraquecem o ensino ao ignorarem conceitos já consolidados e nesta construção tentam induzir os alunos a acatarem seus autores como Marx, afinal nada falam sobre os autores de Direita como Hayek, Mises, Adam Smith, exceto se for para criticar. O professor deixa de ser autoridade, para ser mero mediador e tudo por uma falsa crença de igualdade. Mas, apenas se consegue igualdade na pobreza.

A maior parte dos intelectuais tende para a Esquerda, ou seja, um discurso focado no igualitarismo e na base do oprimido, esta tendência é explicada por Mises em razão de que os intelectuais vêem com desconforto o fato de um empresário, que sem estudos, inventa algo e fica rico com os direitos de propriedade e de marca. Alguns, chamam no Brasil este segmento de **Esquerda Caviar,** a qual critica o direito de propriedade, mas mantém seu luxo e direitos autorais de seu trabalho intelectual.

Para diferenciar uma tendência de outra no meio jurídico *é importante verificar se a prevalência do discurso é na igualdade ou na liberdade meritocrática*, pois se for no primeiro a tendência é de Esquerda, enquanto no segundo a tendência é de Direita.

A Esquerda tende a focar nos direitos, independente dos custos e o Estado induzindo tudo (estatismo) e mais impostos, **já a Direita**centra nos deveres, no trabalho (Calvinismo) defendendo a solidariedade, mas não a igualdade, e avaliando os custos sociais e deixando para atividades essenciais e que não pode a iniciativa privada exercer, o que implica naturalmente em menos impostos.Os poucos lugaraes em que reina a Esquerda apenas geraram igualdade na pobreza e autoritarismo estatal, todos pobres e sem inovação alguma relevante.

A Direita é composta por dois grandes grupos, os conservadores e os liberais, são ontologicamente com propostas diferentes. Os liberais focam mais na liberdade individual, enquanto os conservadores focam nas Instituições Tradicionais. São intelectuais de Direita que influenciam o meio jurídico: *Tocqueville, Bertrand de Jouvene, Raymond Aron, Hume, Popper, Mill, Adam Smith, Hayek, Mises, Edmund Burke, Hobbes, Thomas Jefferson, John U e Voltaire.*

A Esquerda tem suas correntes diferenciadoras como Marxistas, divididos em Trockstitas e Stalinistas, os da Social Democracia, os do Capitalismo de Estado, os da Esquerda Nacionalista (que gerou o fascismo na Itália e o Nazismo na Alemanha, e tentam dizer que eram de Direita, mas defendiam a Estatização ou o controle das empresas, se privadas) e outros segmentos, inclusive alguns da "Esquerda Libertal". Hitler pertencia ao Partido dos Trabalhadores Alemães, ou Partido Nazista.

Nesse sentido citamos como intelectuais de Esquerda (não necessariamente marxistas) que influenciam no meio jurídico: Rousseau, Thompson, Ronald Dworkin (igualistarismo liberal), Michel Foucault, Comte, Raymond Williams, Rudolf Bahro, Antonio Gramsci, Louis Althusser, Immanuel Kant, Gadamer, Wallerstein, Jürgen Habermas, Perry Anderson, György Lukács, Heideggere Jean-Paul Sartre, bem como os discípulos de Hegel Ludwig Feuerbach, David Friedrich Strauss, Max Stirner (hegeliano à direita, esquerda menos ortodoxa), Robert Owen, Saint-Simon, Charles Fourier, Robespierre, Danton e Marat, Engels e Karl Marx, temos os que alguns chamam de *Hegelianos de Direita*, mas que na verdade, são apenas menos Esquerdistas que os primeiros, pois defendem a estatização, mas em um menor grau, Dilthey, Bradley, Dewey, Kojève, Hyppolite, Hans Küng, Fukuyama, Žižek.

Temos poucos intelectuais liberais em relação aos de Esquerda, mas podemos citar o Juiz da Suprema Corte Americana, Posner, o qual defende a liberdade meritocática, logo de Direita.

Há ainda o John Rawls, o qual é uma espécie de centro, pois conciliou na sua teoria da justiça, com o conceito de "véu da ignorância", aspectos de liberdade e igualdade, justiça como equidade, a qual justifica desigualdades, desde que sejam em benefício dos mais necessitados. Bem como o de Bobbio, o qual se considera um liberal social.

Amilton Aquino descreve com clareza as diferenças entre Direita e Esquerda,

> Para o "pai dos esquerdistas", o iluminista Jean-Jacques Rousseau, o ser humano nasce bom, porém é corrompido pela sociedade. **Para o inglês Thomas Hobbes, é justamente o contrário**. O homem em seu estado natural não passa de um selvagem, "o lobo do próprio homem". A civilização, com suas leis e costumes, ajudariam a controlar estes maus instintos. Portanto, a primeira e mais clara distinção entre os dois polos ideológicos é que **os esquerdistas têm uma visão otimista/romântica da natureza humana, enquanto que os direitistas tendem a ser mais pessimistas / realistas.**
>
> A visão otimista do ser humano ganharia mais força no século XIX com o surgimento do positivismo de Augusto Comte. Ao rejeitar a religião e a metafísica para explicar a realidade, Comte aponta o positivismo como uma nova forma de conhecimento, um conhecimento superior, a etapa final e definitiva da evolução da humanidade, tornando-se uma fonte de inspiração para todas as propostas de "engenharia social" que surgiram nos anos posteriores. E aqui surge uma segunda distinção clássica entre os dois polos ideológicos: **o esquerdismo quer promover uma "reengenharia social", quer mudar a sociedade através da ação de seus líderes. A direita reage às ideias esquerdistas, pois acredita na evolução natural da socieade.** Daí outro adjetivo pejorativo "reacionário" (ou simplesmente "reaça") que os esquerdistas passaram a rotular quem não concordava com suas premissas.
>
> O objetivo esquerdista de tornar a sociedade mais "igualitária" colocou em xeque a liberdade individual, uma vez que tal redistribuição de riquezas implicaria na retirada (mesmo que à força) dos mais ricos para redistribuir entre os pobres. **Portanto, uma terceira distinção clara entre direita e esquerda que permanece atual é atendência dos primeiros de preservar a liberdade e os direitos individuais, sob qualquer circunstância, enquanto que, para os esquerdistas, admite-se a perda de individualismo e liberdade (ou pelo menos parte dela) em prol da "construção de uma sociedade mais igualitária".**

Portanto, uma quarta distinção clara entre esquerdistas e direitistas é a tendência dos primeiros de polarizar a sociedade, vendendo a ideia de que são revolucionários, construtores de uma sociedade "mais justa e igualitária", numa luta incessante contra conspiradores de direita internos ou externos.

Este caráter "revolucionário" dos esquerdistas, ao mesmo tempo que matém a sua militância coesa (apesar de todos os equívocos históricos que levaram a esquerda a mudar de rumo em vários momentos da história), define também quem é de direita. Ou sejam, quem não se enquadra na ideologia de esquerda, é automaticamente caracterizado como de direita e, portanto, o inimigo a ser abatido.

Portanto, uma quinta e clara diferença entre esquerdistas e direitistas é que os primeiros formam um grupo mais coeso e organizado. Seus militantes sentem-se parte de uma irmandade que, em muitos casos, supera até os laços de família. A direita, por ser definida como "todos aqueles que não são de esquerda", engloba todos os outros pontos de vista que discordam da "cultura esquerdista". Ou seja, é a esquerda quem define a direita.

Acontece que, por englobar todo o resto (para os esquerdistas mais fanáticos a escória que deveria ser extirpada da face da Terra), a direita forma um grupo heterogêneo, desorganizado, onde sobressaem dois subgrupos principais, com pontos de vista bem distintos e em alguns aspectos antagônicos: conservadores e liberais.

E o estudioso acima continua sua exposição no link:

Ou seja, para Gramsci o Partido Comunista está acima de tudo. Para coloca-lo no poder vale qualquer coisa, inclusive subverter a moral, a ética, as tradições e culturas. Não existem crimes, desde que sejam cometidos em nome do "Príncipe". É incrível, mas este cara conseguiu influenciar todas as gerações do pós-guerra, dominando os círculos acadêmicos, a mídia e o meio artístico. O Marxismo Cultural é sim uma realidade.

Gramsci não viveu o suficiente para ver o resultado de sua "obra", mas seu colega de conspiração Lukacs viveu até 1971, tempo suficiente para perceber o mal que fez a humanidade e renegar sua própria obra "História e Consciência de Classe".

Mas Gramsci e Lukacs não estiveram sós na construção do Marxismo Cultural. Desde 1924, um grupo de marxistas reformistas fundaram a famosa Escola de Frankfurt, na Alemanha.

Neste contexto, o Estado laico passa a ser uma bandeira mais à esquerda. E já que não é possível acabar com a religião, o Marxismo Cultural procurar infiltrar-se nela. Na Igreja Católica, por exemplo, a Teologia da Liberação tornou-se um dos braços mais ativos do esquerdismo.

> Ironicamente, a esquerda que evoca tais valores é a mesma que fecha aos olhos a todas as violações dos princípios democráticos e dos direitos humanos nas experiências totalitárias, onde quer que o socialismo tenha sido implantado.[212]

Ora, destruindo os valores da sociedade, isto implica necessariamente em mais crimes, em mais presos e em conflitos permanentes. A retórica de igualdade nos cursos de Direito e no cotidiano jurídico é muito comum, pois politicamente correta, em detrimento da meritocracia, embora seja um segmento patrimonialista, ou seja, um paradoxo.

Nesse ponto, chegamos a Hegel e Kant, os filósofos que impulsionaram as teorias penais da retribuição da pena, embora não fossem penalistas. Importante, destacar que a sua visão de Esquerda e de controle estatal estão nitidamente ligadas ao nosso sistema penal e na análise da punição, pois não têm premissas libertárias e de menor intervenção estatal, logo acabam ampliando o poder punitivo do Estado, e isto é usado pela Nova Esquerda para aumentar o vitimismo, culpando o Estado pelos abusos, no entanto, defendendo mais Estado (paradoxo da dialética marxista).

Kant sempre valorou a importância da pena, explicando que cada um tem o castigo segundo a conduta ilegal que cometeu e na medida do mau que causou à coletividade. Na mesma linha, Hegel afirmava que o delito caracteriza a desordem e o desrespeito a vontade geral da sociedade que simboliza a ordem jurídica do Estado. Assim, a pena vem para retribuir a má conduta do agente e para confirmar o desejo geral, sendo estabelecida conforme a espécie do delito e na medida do mal causado à Sociedade. Registra-se que Welzel, o pai do finalismo, filiava-se a esta corrente.

O movimento Lei e Ordem, muito embora seja, propagandeado como de Direita, na verdade é de Esquerda, consistente no Movimento Neorrealista de Esquerda, ou seja, a Esquerda Punitivista, a qual consiste em ampliar tipos penais com penas de prisão pequenas, e com o objetivo de cura social.

Isto fica claro na obra David Garland, a Cultura do Controle, sobre o aumentode presos na década de 70 na Inglaterra e Estados Unidos, a qual assemelha-se muito á realidade do Brasil entre os anos de 2000 e 2016:

---

[212]AQUINO, Amilton. **Diferenças fundamentais entre Esquerda e Direita**. Disponível em: <http://visaopanoramica.net/2013/09/13/diferencas-fundamentais-entre-esquerda-e-direita/>. Acesso em: 25 nov. 2016.

> O resultado era uma estrutura 'penal previenciária' híbrida, que cominaba o legalismo liberal do devido processo legal e da dpunição proporcional com um compromisso correcionalista de reabalitação, bem-estar e o saber criminológico especializado. Em 1970, os contornos básicos deste estilo penal previdenciaro estavam bem estabelecidos, e parecia haver uma dinâmica consolidada de mudança progressiva na direção de um correicionlismo cada vez maior.[213]

Esta visão dominante no Brasil, de que a função da pena é ressocializar, também é criticada de uma maneira geral por Raul Cervini, na obra Os Processos de Descriminalização:

> Atualmente, em todos os lugares, erguem-se vozes contra a ideologia do tratamento ressocializador. Fala-se do mito da ressocialização, de que é uma utopia ou um eufemismo,uma ilusão enganosa, financeiramente irrealizável em todo o mundo em alguns países e cidades. Mas mesmo em países nórdicos, que procuraram, seriamente colocar em prática o sistema, invesinto muitos milhoes de dólares para criar instituições aptas a realizar a terapia, como fez a Suécia após a aprovaçãode seu Código nos anos 60, as exepectativas não foram satisfeitas por diferentes razões.[214]

Ora, se a finalidade principal da pena é ressocializar, como tem sido pregado atualmente, então não faz sentido a obrigatoriedade da ação penal, pois é possível tentar obter a ressocialização por outros meios, que não o processo penal e ainda mais baratos, como acordos penais sem reconhecimento de culpa.

O exemplo da experiência com alunos e notas mostra bem o caos provocado pela Esquerda. Alunos com boa nota e alunos com nota ruim são igualados. Ou seja, a nota de todos é somada e dividida pelo número de alunos. Logo, todos os alunos teriam a mesma nota (igualdade). Com o tempo, os que tiravam maior nota não queriam mais estudar, pois tinham a mesma nota dos que não estudavam. Em razão disso, a média das notas abaixou e todos foram reprovados e iniciou uma briga e conflitos, ou seja, desordem social e provavelmente mais crimes.

10.2 Crime é fato ou ato? Uma análise com base no Direito Civil

A diferenciação entre **ato típico e fato típico** decorre da ideologia que predomina a esquerda ou direita. Este debate teve grande relevância na Europa nas décadas de 40/60, mas atualmente é dominante o conceito de fato.

---

[213]GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 93

[214]CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37

A relevância desta diferenciação decorre da ideologia predominante, pois para a **Direita** o criminoso teve o livre arbítrio, logo cometeu o delito por que quis, levado por ambição ou sentimentos egoísticos ou contando com a impunidade**, logo cometeu um ato, direito penal do autor**. Portanto, deve ser responsabilizado pelo crime e não a sociedade. As condições pessoais dos criminosos deve ser considerada para se estabelecer as prioridades de ser processado, ou seja, se é um criminoso habitual certamente o processo deve ser priorizado, principalmente se for um crime grave.

Já para a **Esquerda** o criminoso não teve livre-arbítrio, foi coagido por condições sociais que lhe obrigaram a cometer o crime, logo cometeu um **fato, direito penal do fato.** Assim, o criminoso é uma vítima da sociedade, e o que ocorreu foi um fato, algo externo à vontade do criminoso. Portanto, ele não é apenado, mas um reeducando, e não deve ser apenado, e sim, infringir-lhe uma medida reeducativa. Esta diferenciação relembra a do direito civil, ou seja, a conduta humana é um ato, mas fatores externos como um raio são um fato. O crime deve ser avaliado de forma impessoal, sem verificarar se o criminoso é perigoso ou habitual, pois isto seria um preconceito e injustiça com o estuprador que estuprou 10 pessoas, por exemplo. Este criminoso deve ser tratado como uma vítima e cada processo não pode servir para influenciar o outro, até mesmo a agravante de reincidência seria inconstitucional. Tal tese foi defendida pela Defensoria junto ao STF, a qual foi rejeitada por unanimidade em 04/04/13 (RE 732290).

Oportuno citar o insigne Rogério Greco sobre o conceito de crime, sendo que o mesmo define como sento fato típico, ilícito e culpável, vejamos,

> Nosso atual Código Penal não nos fornece um conceito de crime, somente dizendo, em sua Lei de Introdução, que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa.
> Com essa redação, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal somente nos trouxe um critério para que, analisando o tipo penal incriminador, pudéssemos distinguir crime de contravenção, mesmo que essa regra tenha sido quebrada pelo art. 28 da Lei 11.343/06. O Código Criminal do Império (1830) e o nosso primeiro Código Penal Republicano (1890) tentaram definir o conceito de crime.
> Esclarece ainda na pág. 149:Alguns autores, a exemplo de Assis Toledo e Luiz Régis Prado, aduzem que o crime é composto pela ação típica, ilícita e culpável. Podemos dizer também, sem nos afastarmos desse conceito, em vez de ação típica, fato típico, pois que o fato, como veremos no quadro demonstrativo a seguir, abrange a conduta

> do agente, o resultado dela advindo, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.[215]

A rigor, não há erro em optar por um ou outro termo, o erro está em que muitos manuais de direito penal não esclarecem a existência dos dois termos, nem se ensina nas Faculdades o aspecto da ideologia. Afinal, a discussão não é apenas entre o conceito analítico de crime ser bipartite, tripartite ou quadripartite.

11. O Devido Processo Penal Constitucional, Consensualx Adversarial na Tutela Penal

O presente trabalho visa abordar a evolução histórica e atual do conceito de "devido processo legal",questionando inclusive o uso restritivo da terminologia, bem como a visão de que se refere, no âmbito penal, apenas ao processo judicial e restrito ao modelo adversarial. No trabalho ressalta-se ainda que "legal" não é apenas judicial (não se pode reduzir ao conceito de "devido processo judicial"). Também aborda o fato de que de que "devido processo legal" deve ter foco constitucional (Lei Maior).

Na doutrina nacional verifica-se uma grande preocupação com temas como contraditório e ampla defesa (processo), mas pouco, ou nada, falam sobre o não processar. Isto provavelmente é fruto da concepção de que a ação penal pública é obrigatória.

Com base nestes argumentos, o "devido processo legal" pode ser consensual, mesmo na tutela penal, inclusive no aspecto substancial, sendo possível a ampla defesa e o contraditório no processo consensual, o que vem sendo já estimulado no processo civil e trabalhista. Praticamente todos os países já adotaram o modelo consensual no processo penal, inclusive a Europa, logo não viola, por si só, os direitos constitucionais da defesa, a qual não é obrigada a aceitar a consensualidade no caso concreto.

O texto tem como objetivo provocar reflexão sobre o que seria "devido processo legal", ressaltando que a Constituição também integra o termo "legal". Além disso, propõe-se romper com o senso comum no meio jurídico de reduzir o conceito de "devido processo legal" apenas ao "devido processo judicial". Assim, objetiva-se

---

[215] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 147 e 149

revisitar dogmas e preconceitos na área penal, a qual ainda é focada no contraditório adversarial. Destaca-se que até mesmo os países que foram berços do "due process of Law" (Estados Unidos e Inglaterra) adotam o processo penal consensual, logo é preciso debater o senso comum de que contraditório é apenas o adversarial em que partes degladiam, pois no processo consensual também é permitido às partes manifestarem e exporem suas posições. Importante diferenciar o Direito anglo saxão nos Estados Unidos e na Inglaterra, pois o primeiro foca nos precedentes de jurisprudência, enquanto o segundo nos costumes, e isto tem a razão de ser, pois os Estados Unidos queriam romper com os Costumes ingleses, pois temiam voltarem a ser Colônia.

No tocante ao Estado Democrático de Direito há necessidade de não resumir ao Direito à esfera judicial, bem como estabelecer mecanismos para pacificação social através do diálogo, inclusive na área penal. Oportuno destacar os ensinamos do insigne Prof. Lênio Streck na obra Verdade e Consenso:

> Assim, de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.[216]

11.1 Aspectos históricos do devido processo legal

A Magna Carta das Liberdades na Inglaterra é tida como o documento que formalizou o princípio do devido processo legal, em data de 15 de junho de 1215, quando o então Rei João Sem Terra pressionado pelos nobres acabou por apor o selo real em uma declaração de direitos.

No entanto, esta evolução já havia dado um passo importante em 1066, quando o Rei Guilherme I, que havia conquistado a Inglaterra ao vencer a Batalha de Hastings e para buscar a pacificação local estabeleceu que os Reis deviam obediência às Leis, o que era incomum na época, e que o Monarca também deveria respeitar as leis dos antecessores e não apenas as suas leis de sua gestão. Em suma, as leis editadas pelos monarcas anteriores se tornam, com sua morte, leis da terra (*Legem Terræ*).

---

[216] STRECK, Lênio Luiz; **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.**Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 2

Sendo que foi este argumento que os Barões usaram, 2015, para pressionar o Rei João Sem Terra para respeitar as "leis da terra", ou seja, publicadas por Monarcas anteriores. É claro que este foi o argumento jurídico que usaram, mas também havia uma ameaça de guerra interna em razão do descontentamento.

No entanto, o uso da expressão "devido processo legal" (*due process of the law*), ocorre pela primeira vez em 1354, quando o rei Eduardo III, seguindo a velha tradição, confirma as leis da terra e, entre elas, a Magna Carta das Liberdades. Ou seja, o princípio de processo devido tem suas raízes históricas na Magna Carta, expedida na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra em 1215, complementada pela Carta expedida por Eduardo III em 1354.

Wilson Alves Souza transcreve trecho do texto de Eduardo III nos seguintes termos:

> Nenhum homem de qualquer estado ou condição que ele seja, possa ser posto fora da terra ou da posse, ou molestado, ou aprisionado, ou deserdado, ou condenado à morte, sem ser antes levado a responder a um devido processo legal.[217]

A Constituição Norte-Americana foi publicada em 1787, mas adotou expressamente o termo "*due process Law*" apenas posteriormente na Quinta Emenda. As 10 primeiras Emendas são designadas por Carta dos Direitos dos Estados Unidos conterem os direitos básicos do cidadão face ao poder do Estado. Porém, não tendo sido consensual a sua inserção no texto original da Constituição, foram apresentadas depois da entrada em vigor da Constituição e entrou em vigor apenas em 1791, cujo texto integral segue abaixo:

> EMENDA V Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.[218]

---

[217] SOUZA, Wilson Alves**. O acesso à Justiça e o princípio do processo devido em direito**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-o-princ%C3%ADpio-do-processo-devido-em-direito>. Acesso em 10 ago. 2015.

[218]CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf. Acesso em: 14 ago. 2015.

Os autores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior na obra Curso de Direito Constitucional, ressaltam que a Emenda Constitucional de nº 5 à Constituição Norte-Americana incorporou o princípio do devido processo legal com o seguinte texto traduzido para o português:

> Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.
>
> Também destacam que a Emenda 14 reforçou o devido processo legal com o seguinte texto: nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou seus bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.
>
> Lecionam ainda que apenas na Constituição de 1988 houve a previsão expressa do devido processo legal, embora as Constituições anteriores tratassem de garantias inerentes ao devido processo legal.[219]

Os autores citados acima asseveram também que a Corte Estadunidense passou a adotar o aspecto substantivo do devido processo legal que foca no conceito de igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

No Brasil, a primeira Constituição a adotar expressamente o termo "devido processo legal" foi a de 1988 (atualmente em vigor), no inciso LIV, art. 5º. Antes havia apenas um aspecto principiológico na doutrina e na jurisprudência.

O jurista Walber de Moura Agra, in Curso de Direito Constitucional, leciona que o devido processo legal tem a seguinte função:

> [...] seu objetivo é propiciar aos litigantes um processo em que siga os procedimentos estatuídos em lei, ensejando igualdade entre as partes e possibilitando a sua defesa.
>
> O devido processo legal foi criado posteriormente, nascendo pela decisão do Chief Justice Taney,no caso Dred Scott. A Emenda 14 à Constituição dos Estados Unidos veio ampará-lo, expondo que

[219] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 237

> "nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal".
>
> Ao contrário do devido processo legal formal, o material não se exaure com o cumprimento irrestrito dos dispositivos legais, sua finalidade é seguir da melhor forma possível os parâmetros da Justiça.
>
> Como a maior dificuldade se encontra em definir quais sejam os princípios delineadores do devido processo legal material, o seu direcionamento deve ser feito pelos princípios da proporcionalidade e da racionalidade.[220]

Cita-se ainda Cintia Garabini Lages**,** na obra Jurisdição e Hermenêutica Constitucional, coordenada por Marcelo Cattoni:

> Neste sentido, em razão da adoção pela Constituição Federal de 1988, de um controle principalmente difuso, [...] toda jurisdição no Brasil é, necessariamente, uma jurisdição constitucional.[221]

Importante destacar que a Constituição de 1988 não prevê expressamente esta função de jurisdição constitucional de forma difusa, mas tradicionalmente tal papel vem sendo exercido por analogia ao sistema norte-americano. Além disso, no CPC (Código de Processo Civil), artigos 480 a 482, bem como o artigo 97 da Constituição Federal, há algumas referências acerca do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, mas em segunda instância (Tribunais), ao se referir o julgamento pelo órgão especial.

Por outro lado, o modelo de controle de constitucionalidade que tem prevalecido desde o fim da segunda guerra mundial é o Alemão, em que a Corte constitucional julga a questão constitucional mesmo em casos individuais que passam a valer como jurisprudência e depois retorna o processo ao juiz para decidir as demais questões fáticas, em regra. No Brasil, apesar de ser um controle difuso, raramente os juízes decidem temas constitucionais que não tenham sido julgados pelo STF, ou seja, isto acaba obrigando cada caso a atravessar vários recursos para chegar ao STF, o que não é uma atividade racional do ponto de vista gerencial.

O modelo de controle de constitucionalidade existente nos Estados Unidos, difuso e descentralizado, está sendo abandonado em vários países. O Brasil adotou exclusivamente o modelo norte-americano até a década de 60, quando no Regime

---

[220] AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 230 e 231

[221] CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: no estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 473

Militar também passou a prever o controle o concentrado pelo STF com legitimidade ativa restrita ao Procurador Geral da República e atualmente com rol ampliado pela CF de 1988, mas ainda restrito e taxativo. O controle difuso de origem norte americana é bem amplo, mas exige que se recorra a várias instâncias discutindo fato e direito, o que torna de pouca eficiência em razão do decurso do tempo.

Registra-se também que o termo é "devido processo legal" e não necessariamente "devido processo judicial". Por outro lado também se destaca o aspecto dogmático de acreditar que as violações de direitos seriam apensa por parte do Executivo e do Legislativo, e que seriam corrigidas pelo Poder Judiciário. Em regra, esta dimensão do "devido processo legal" tem sido reduzida pelos bacharéis em Direito ao sistema judicial e isto decorre da própria tendência de focar no mercado trabalho mais próximo e que é reforçado pelo ensino jurídico que tende a ser mais "judicialista" e negar juridicidade às demais formas de solução de conflitos.

Oportuno também transcrever trecho do texto de Rosemiro Pereira Leal**,** na obra Teoria Geral do Processo:

> Ora, se assegurado o processo em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o processo tem, na atualidade, como lugar devido de sua criação, a **Lei Constitucional (o devido processo constitucional)** como forma jurisdicional da judicação e direito-garantia das partes. [...] A preferência entre princípios não pode, como quer Alexy, ser assistemática, porque tal redundaria em admitir que o princípio positivado da reserva legal é cambiável pelo intérprete.
>
> A Jurisdição Constitucional, nas democracias plenas, tem seu controle de atuação pelo devido processo legislativo que é instituto jurídico de sustentação permanente do devido processo constitucional.[222]

Em suma, o devido processo legal é o previsto em lei, logo pode ser o processo administrativo, legislativo, judicial ou qualquer forma de julgamento previsto na Lei ou na Constituição Federal, desde que assegurado a ampla defesa e o contraditório, o que será demonstrado no decorrer deste trabalho.

11.2 O Devido Processo Legal no Brasil

[222] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 44 e 53

Pode-se afirmar que o "devido processo legal" integra estes quatro incisos do art. 5º da CF:

> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
>
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
>
> LV - 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;
>
> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Ressalta-se que no inciso LV, transcrito acima, fica claro que no processo administrativo também deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou seja, não é apenas no processo judicial. Contudo, ampla defesa não é apenas aquela que conta com a assistência obrigatória de um advogado, como já decidiu o STF através da **Súmula Vinculante 05**, em que assentou que a defesa por um advogado em procedimentos disciplinares administrativos é uma faculdade e não obrigatoriedade.

Importante destacar a posição de Nereu José Giacomolli, na obra O devido processo penal,

> p. 79: Assim, o devido processo é o constitucional e o convencional, o justo processo, muito além da normatividade ordinária. É aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional.
>
> p.80 : A CF de 1988, além de estabelecer uma nova ordem política e social, delineou uma nova ordem jurídica, com profundos reflexos no processo penal. Este deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar e aplicar as penas ou para absolver, na medida que tutela direitos e garantias, conformadores do processo, tornando-os obrigatórios no espaço dinâmico do processo, cuja garantia compete ao terceiro imparcial (devido processo).
>
> p. 82: As regras do processo penal e os sujeitos do processo, em um Estado Democrático, se subordinam à ordem constitucional vigente. No caso brasileiro, a estrutura ordinária do processo penal (CPP da década de 1940) se assenta em bases essencialmente autoritárias, inquisitoriais, centradas em uma ordem assimétrica, monopolizadora e piramidal (supremacia do juiz),burocratizada hierarquicamente, de tradição autoritária (ditadura de Vargas), sem espaço à metodologia dialética, motivo por que se faz necessário ir além do ôntico

> (superficialidade). Nítida influência do CPP italiano da década de 1930, o qual serviu de base ideológica ao nosso de CPP de 1941.[223]

Na seara do processo penal as dificuldades para se assegurar um devido processo legal ainda é de maior dificuldade, pois a cultura jurídica foca na aplicação do CPP de 1941 e não na Constituição Federal de 1988, um caso clássico em de que lei anterior prevalece sobre a Constituição posterior. A rigor, o CPP nem é tecnicamente lei, mas um Decreto-Lei, o qual nem foi votado, e sim imposto pelo Presidente da República, sendo que o Parlamento naquela época apenas votaria se discordasse, o que em um período de ditadura acaba seria quase um ato de heroísmo repudiar eventual Decreto-Lei imposto pelo ditador Presidente Getúlio Vargas.

Faz-se importante ressaltar que o Código de Rocco foi revogado na década de 90 na Itália.

Corroborando esta dificuldade de aplicar a Constituição Federal na área do processo penal cita-se Edimar Carmo da Silva**,** na obra O Princípio Acusatório e o Devido processo legal:

> p. 47: Apesar de não se ter em mãos uma pesquisa empírica a retratar com maior precisão o modo de atuar dos órgãos do Ministério Público brasileiro nos tempos atuais, pode-se afirmar, com mínima margem de desacerto, que não se teve uma mudança de postura a concretizar, na plenitude, sequer a titularidade privativa da Ação Penal Pública. Nesse, particular, pode-se afirmar que, ao contrário da norma constitucional, os órgãos do Ministério Público continuam a compartilhar a titularidade da ação penal com delegados de polícia e com juízes de direito; movidos, não raras vezes, com espírito e com interesses corporativos, em flagrante ofensa ao devido processo legal.
>
> p.80: Ademais, e nada obstante, é fácil constatar, na prática da persecução penal, um costume arraigado não a uma legalidade conforme a Constituição, mas à legalidade conforme a lei, hermética em seus próprios conceitos, a qual produz uma eficácia paralisante do princípio acusatório constitucionalmente adotado.[224]

Em suma, no cotidiano jurídico, prevalece um processo penal brasileiro inquisitivo ainda. Embora praticamente todos os países do mundo, inclusive Europa e América Latina (do sul também) tenham renovado seus Códigos de Processo Penal

---

[223] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 79, 80 e 82

[224] SILVA, Edmar Carmo da. **O princípio acusatório e devido processo legal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 47 e 80

(CPP) na década de 90, o Brasil por interesses de corporações ainda mantém um CPP da década de 40 sem alterações significativas, pois meramente superficiais.

Neste aspecto históricocitamos André Nicolitt,

> Na primeira Constituição brasileira (1824), sob a luz do Absolutismo, não havia independência do Poder Judiciário, tampouco garantias individuais. A Constituição de 1891 já reconheceu o direito à plena defesa e vedou a prisão sem formação de culpa (art.72). Não custa lembrar que a Carta de 1937, que sucedeu a de 1934, fundou o Estado Novo e, como em toda ditadura, não se podia falar em garantias fundamentais. Ao contrário, a Constituição de 1946, tida como democrática, dedicou um capítulo às garantias individuais, porém, não mencionou expressamente o devido processo. Pelas mesmas razões aludidas em relação à Constituição do Estado Novo, as Constituições de (1967 e 1969) não consagraram o devido processo, embora tenham afirmado a proteção a direitos fundamentais,o que efetivamente não saiu do texto escrito.[225]

O festejado José Frederico Marques, na década de 60, na obra Elementos de Direito Processual Penal, já ressaltava o papel da ampla defesa e processo penal acusatório na Constituição de 1946 e questionava o CPP de 1941, o qual ainda vigora com pouquíssimas mudanças estruturais, mesmo após a CF de 1988,

> No Direito brasileiro, é garantida constitucionalmente aos acusados "plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela" (Constituição Federal de 1946, art. 141, §25) e assegurada ainda a instrução criminal contraditória, só o sistema acusatório pode ter acolhida.[226]

Sem dúvida, um dos grandes problemas é que tendemos em razão do positivismo exegético ainda dominante no Brasil a acreditar que se deve cumprir a lei e não a Constituição Federal, logo mesmo mudando a Constituição continua-se aplicando o CPP de 1941 (Decreto-Lei que nem foi votado pelo Legislativo). Por outro, um processo penal de partes ou acusatório reduz o poder do Judiciário no processo penal, o que é visto com resistência velada. Além disso, o processo penal brasileiro é focado no equívoco da "verdade real", na qual o Judiciário teria poder para buscar provas para condenar o acusado.

---

[225] NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 31/34

[226] MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Ja0neiro: Forense, 1960, p. 65

A autora Danielle Souza de Andrade e Silva**,** na obra A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório, destaca que:

> p. 12: No processo criminal, sob a regência da ordem constitucional de 1988, tendo em vista as já analisadas garantias processuais e a exclusividade na titularidade da ação penal pública, com a conseqüente mudança da posição do julgador perante a formação da prova, reclama-se não são pelo esmaecimento, mas pela adoção de certa parcela de "dispositividade". Temos, diante disso, ser incompatível com o atual perfil acusatório do processo penal o princípio da busca da verdade real, sob cujo pretexto se convalidam poderes instrutórios os mais amplos ao julgador.
>
> p. 70: norma contida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" assegura o direito de ação,ou de acesso à ordem jurídica, ao mesmo tempo em que assegura o monopólio da justiça pelo Poder Judiciário.[227]

E na mesma obra citada acima Daniele destaca trecho da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

> Toda pessoa tem direito a receber dos Tribunais nacionais e competentes recurso efetivo para os que violarem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei e toda pessoa tem direito em plena igualdade a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer ação criminal contra ela.[228]

11.3 O Devido Processo Legal no Processo Penal

Conforme já destacado anteriormente é comum confundir "devido processo legal" com "devido processo judicial". Trata-se de equívoco disseminado no ensino jurídico e possivelmente decorre de um objetivo inconsciente de fomentar reserva de mercado de trabalho. Ocorre equívoco similar ao se confundir "acesso ao judiciário" com "acesso à justiça", pois este é bem mais amplo que o primeiro.

O Devido processo legal é o processo previsto em lei, podendo ser até mesmo procedimento administrativo, desde que haja ampla defesa. Importante ressaltar que o

---

[227] SILVA, Danielle Souza de Andrade Silva e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 12 e 70

[228] SILVA, Danielle Souza de Andrade Silva e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 74

conceito de “legal” não exclui o aspecto de “constitucionalidade”, logo não se pode aplicar a “lei ordinária” sem se atentar para a “Lei Fundamental” que é a Constituição. Para alguns, o devido processo legal aplica-se até mesmo ao processo legislativo, o qual também deve obedecer às regras estabelecidas (ampla defesa e contraditório para as minorias, ainda que partidárias).

O processo penal no Brasil ainda foca-se mais no CPP de 1941 do que na Constituição Federal de 1988.

Este aspecto do devido processo legal no processo legislativo é destacado resumidamente pelo juristaEdilson Mougenot,

> O desrespeito ao devido processo legal pode ser oposto a atos de qualquer natureza, emanados de qualquer dos órgãos do governo e **de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive do Legislativo.** Vale dizer, o Estado não pode legislar abusivamente, mas deve fazê-lo respeitando o princípio da proporcionalidade; este, por sua vez, arrima-se em várias cláusulas constitucionais, donde ressalta, dentre elas, principalmente, aquela que garante o substantive due process of Law (CF, art. 5º, LIV, grifo nosso).[229]

O acesso aos direitos não se dá apenas pela via judicial, embora seja uma via relevante. Atualmente com internet e ativismo judicial na imprensa (ressaltado pelas Assessorias de comunicação dos Tribunais) tende-se a uma exasperação da jurisprudência judicial em detrimento até mesmo da doutrina e da lei em alguns casos.

O Ilustre autor Elmir Duclerc, ressalta na obra Direito Processual Penal,

> Veja-se, inicialmente, que da mesma maneira que o princípio do estado deinocência está diretamente vinculado ao princípio da proteção à liberdade, o devido processo legal parece decorrer de ambos. Assim, para que seja modificada a situação natural de liberdade da pessoa, é necessário que seja definitivamente provada a sua culpa, através de um processo judicial prévio. Observa-se, contudo,que o princípio com o qual estamos trabalhando pode ser compreendido de duas maneiras diferentes. Assim, há quem entenda que dele só se pode extrair a exigência de que a sentença condenatória seja sempre precedida de um processo, e que esse processo obedeça aos trâmites legais previamente instituídos. Outros, todavia, com os quais nos alinhamos, entendem o texto constitucional como exigência de um determinado tipo de processo (o processo devido). Trata-se de uma maneira especial enxergar o due process of Law , compatível com a lição de Canotilho, uma pessoa não tem direito apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado.

[229] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80

> Nesse mesmo sentido, prossegue o mestre português, o devido processo legal poderia então ser considerado como proteção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais, quer nas dimensões substantivas.[230]

Observa-se que o autor segue a linha de que "devido processo legal" é o mesmo que "processo acusatório", ou seja, processo de partes e cita o autor Silva Jardim. No entanto, a abordagem do insigne jurista foca implicitamente no aspecto de que devido processo legal seria apenas o judicial e através do sistema adversarial, necessariamente, um "confronto entre as partes.

11.4 Devido Processo Legal Consensual e Adversarial

O Devido Processo Legal não pode ser restrito apenas ao aspecto adversarial (confronto), sob o argumento de que não há contraditório em caso do modelo consensual. Afinal, o processo consensual também assegura o contraditório, não aos moldes do adversarial, porém qualquer das partes pode manifestar sobre o acordo e até mesmo recusar a proposta, notadamente no direito penal para hipóteses de pena alternativa.

Na verdade, a finalidade instrumental do processo não é buscar uma verdade infinita ou uma justiça valorativa impossível de ser alcançada em uma espécie de luta jurídica eterna que mantém o mercado jurídico aquecido. O objetivo primordial do processo deve ser a busca da igualdade, da pacificação dos conflitos e a segurança jurídica com base na previsibilidade. A maior injustiça é a demora ou decisões desiguais para casos iguais. As pessoas aquiescem com a decisão se for igual para o seu vizinho, o que gera fúria social é a desigualdade de tratamento decisional para casos iguais, como em questões repetitivas (tributos, previdência, trânsito).

Um ponto importante pouco aplicado na prática é que o órgão julgador (judicial ou administrativo) deve analisar todos os argumentos das partes, refutando ou concordando com todos, e não apenas impor sua decisão sem efetiva análise dos argumentos, ou como se aceita na jurisprudência nacional de que basta analisar um dos

---

[230] DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 42/44

argumentos expressamente e não precisa analisar todos, o que foi mudado no novo CPC, mas enfrenta muitas resistências para ser aplicado na prática.

Destaca-se que "ampla defesa" não significa eternamente em defesa como sugerem alguns, mas assim oportunidade para manifestar e mostrar os fatos.

Com relação ao termo "contraditório" prevalece um entendimento de que significa digladiar e discordar da parte contrária, refutando provas. Mas, contraditório significa "ouça a outra parte", e ao ouvir esta pode concordar com o pedido inicial, reconhecer a culpa e inclusive dispensar a produção de prova, embora uma compreensão equivocada seja a de que no processo penal a liberdade é indisponível, o que é disponível é a liberdade de escolha e não o direito de locomoção, pois a pessoa pode até mesmo decidir por ficar "presa" em sua casa ou seu quarto. Inclusive vários países admitem até acordos penais de prisão.

Neste sentido destaca-se brilhante trabalho de Rosimeire Ventura Leite, **J**ustiça Consensual e efetividade do processo, o qual é fruto de tese de doutorado na USP e pedimos vênia para transcrever trecho mais denso:

> As dificuldades mais marcantes do consenso no processo penal relacionam-se com os princípios e as garantias constitucionais que se incorporaram à noção de processo legítimo e que foram sedimentados ao longo do tempo para conferir maior dignidade à figura do acusado, protegendo o contra abusos no exercício do poder punitivo estatal. Nesse sentido, a presunção de inocência, a imposição de pena condicionada à aferição da culpabilidade e à realização de um julgamento, enfim, o direito ao devido processo legal e seus corolários, que são temas frequentemente questionados quando se trata de adotar solução consensuada.
>
> [...]
>
> O principal obstáculo para se admitir poder dispositivo sobre os direitos fundamentais refere-se à idéia fortemente sedimentada de serem eles inalienáveis e irrenunciáveis. Por outro lado, afirma-se que esses direitos devem ser observados não só em garantido titular imediato, mas de toda a sociedade, adquirindo, assim, dimensão objetiva que transcende o interesse do indivíduo em particular.
>
> Para Jorge Reis Novais, a admissibilidade, em abstrato, de renúncia a direitos fundamentais decorre do próprio conceito de titularidade. Em outros termos, sendo o indivíduo titular de determinada posição jurídica de direito fundamental, cabe-lhe, igualmente, e pelo menos em princípio, o poder de disposição sobre essa condição que lhe é reconhecida, bem como a liberdade de escolher a melhor maneira de exercê-la. Trata-se de manifestação da autodeterminação do indivíduo e de sua autonomia pessoal. Nessa perspectiva, a renúncia seria não

> só restrição, mas também forma de exercício do direito fundamental, na qual o titular opta por autorizar limitação com o intuito de obter vantagens que de outro modo não alcançaria.
>
> [...]
>
> O confronto entre os acordos no processo penal e os direitos fundamentais tem desdobramentos bastante polêmicos. Entretanto, ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a autonomia da vontade e o poder de disposição, é mais adequado aprimorar os institutos consensuais, pautando-os pela boa-fé, pela defesa técnica efetiva, pela clareza das conseqüências da manifestação volitiva e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção. Além disso, há de se estabelecer critérios legais que tornem a limitação voluntária de direitos fundamentais instrumento compatível com o Estado de direito e dignidade e da pessoa humana.[231]

No tocante a esta colisão de direitos fundamentais como liberdade e segurança pública, faz-se necessário ressaltar que no modelo consensual o próprio acusado avaliaria, em conjunto, com o seu advogado a vantagem do acordo, pois o cumprimento da pena pode demorar muito menos que a duração do processo e ser muito brando como prestar serviço ou pagar alguma multa. Logo, nem sempre é em prejuízo do réu. Quanto á possibilidade de eventual absolvição ou prescrição também cabe ao acusado e seu advogado avaliarem e assumirem o risco, o que não é efetivamente prejuízo para o acusado.

Já Flávia D´Urso, aborda esta colisão de direitos, na obra Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal, aborda a questão do conflito entre princípios constitucionais:

> A colisão de direitos pode se dar, nas lições de Edilsom Pereira de Farias (obra Colisão de direitos, editora SAFE, 2000 p. 116), de duas formas comuns: (1) o exercício de um direito fundamental colide com outro exercício de um direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais). Na segunda possibilidade, verbi gratia, o direito fundamental à liberdade e o interesse da comunidade na segurança pública.[232]

---

[231] LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 29/31

[232] D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64

Sem dúvida, esta abordagem é relevante, pois o devido processo legal não assegura apenas o direito do acusado, uma vez que há casos em que também temos que ressaltar que a duração do processo deve ser razoável e recursos protelatórios devem ser coibidos, além de aspectos de segurança pública em que o criminoso gera relevante risco para a sociedade.

O consagrado autor Eugenio Paccelli, na obra Curso de Processo Penal, ressalta aspectos de indisponibilidade do direito de defesa:

> Embora seja assim, meio de defesa, já que o acusado tem verdadeiro direito a ser ouvido pelo juiz da causa (art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica – Decreto 678/92), semelhante modalidade de defesa encontra-se no âmbito da disponibilidade do réu, isto é, cabe a ele o juízo de oportunidade e conveniência do exercício de tal direito.Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação à chamada defesa técnica, corolário do princípio geral da ampla defesa, na qual é exigida a participação de um defensor – regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil."Aliás, conforme teve oportunidade de decidir a Suprema Corte, a manifestação da defesa, patrocinada por defensor público ou dativo, quando limitada ao pedido de condenação ao mínimo legal, é causa de nulidade do processo, exatamente por ausência de defesa efetiva (HC 82672/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio). Na oportunidade, o Min. Carlos Brito, vencido no julgamento, argumentou tratar-se de estratégia da defesa, com o único objetivo de obter a nulidade do processo.[233]

Logo, ressalta-se que a consensualidade, por si só, não viola o devido processo legal. Afinal, este pode ser adversarial ou consensual, o importante é a oportunidade para manifestação das partes, imparcialidade do órgão julgador para homologar, seja judicial, ou não, bem como a efetiva possibilidade de discordar da proposta ou de se fazer uma contra-proposta, mas tudo com manifestação fundamentada no tipo penal e no caso concreto, isto para se evitar a impressão de que seria um "leilão".

O Professor Aury Lopes leciona, na obra Direito Processual Penal, que:

> Os dois pólos da garantia do contraditório são informação e reação. A efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração da Justiça. Para tanto, é imprescindível ter a informação. A participação no processo se realiza por meio da reação, vista como resistência à pretensão jurídica (acusatória e não punitiva).[234]

---

[233] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45

[234] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233

Embora, não seja expresso no texto do Professor Aury Lopes, o qual foca mais no contraditório adversarial, o mesmo não exclui o contraditório consensual, pois o acusado pode resistir à proposta de acordo, inclusive apresentando uma contra-proposta. Ou seja, teria direito de informação e de reação, podendo com base nisso chegarem a um acordo.

O doutrinador Alexandre Morais Rosa, na obra Guia Compacto do Processo Penal, conforme a Teoria dos Jogos, explana que:

> O Jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas. Rompido ou antevisto o rompimento, bem assim a impossibilidade, por que não negociar? Constitui-se um jogo de táticas processuais no decorrer do jogo processual guiado por estratégia dos efeitos pretendidos (pena).
>
> Em Resumo: O processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual há (a) conjunto de normas jurídicas; (b) que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos [...].[235]

Logo, observa-se pela Teoria dos Jogos que o acordo pode ser bom para os dois lados, e até mesmo discutido os limites em um contraditório consensual, sendo interessante que a lei regulamente os seus limites.

Apesar da resistência cultural aos acordos penais, ressalta-se que no âmbito da transação penal, o maior problema é a falta de uma norma, por exemplo, estabelecendo a necessidade de uma espécie de dosimetria penal por parte do Ministério Público antes de oferecer a mesma, inclusive com resumo dos fatos, para efetividade da ampla defesa.

Um aspecto pouco discutido e praticado no processo penal ainda é o fato de que a imparcialidade judicial é inerente ao devido processo legal, logo o juiz não pode ser parte, ou seja, prender ou condenar sem um pedido expresso da parte, mas ainda se faz com base em uma visão de segurança pública que teria o juiz como chefe e não como árbitro entre o conflito entre Estado e acusado (processo inquisitivo).

---

[235] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 29

11.5 Devido Processo Legal Formal e Devido Processo Legal Material

Muito embora na seara do processo penal brasileiro haja notória dificuldade de se cumprir o devido processo legal em seu aspecto material, em outros setores já se discute e aplica, em alguns casos, o devido processo legal material, cujas diferenças serão explicadas a seguir:

O Autor Antonio Alberto Machadona obra Teoria Geral do Processo Penal, explica esta diferença:

> Os princípios fundantes são aqueles que se desdobram a partir da cláusula do *due process of Law* dos americanos, ou do Law of the land dos ingleses, como regras eu sustentam aquele que é, por assim dizer, a cláusula pétrea ou a matriz dos processos penais modernos: o devido processo legal.A doutrina costuma distinguir o devido processo legal em sentido material e formal. Em sentido material, ele significa a garantia expressa materialmente na lei, ou na Constituição, de que os direitos fundamentais da pessoa serão efetivamente respeitados e garantidos pelo Estado no processo; em sentido formal, o devido processo representa as garantias processuais de que o processo penal observará as formas previamente estabelecidas para a sua tramitação.[236]

Oportuno citar Hassemer, in Direito Penal libertário, traduzido por Gilmar Mendes,

> Os motivos para o princípio da oportunidade (ou seja, a autorização para finalizar previamente o processo penal, mesma quando da existência de suspeita do delito), tornam-se mais fortes na medida em que o direito penal se conceba como orientação pelas conseqüências. E elas residem na esfera da **efetividade** da administração da justiça penal.[237]

A reconhecida doutrinadora Ada Pellegrini e outros autores, na obra Teoria Geral do Processo, destaca que o processo não é apenas um rito, embora o trecho citado ainda foque na visão de processo pela via adversarial, o mesmo não exclui a possibilidade da consensualidade,

> Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais:

---

[236] MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo. Atlas, 2009, p. 158

[237] HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 53

> para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional.[238]

Já o trabalho profícuode Carlos Roberto Siqueira Castro**,** na obra "O Devido Processo Legal e os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade", ressalta no tocante à Jurisdição Penal, destaca bem a questão do devido processo legal e devido processo substancial, destacando neste último o aspecto de protagonismo jurídico,

> Assim, é que, antes mesmo do fim do Século XIX, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação intervencionista do Estado contemporâneo. Inaugurava-se, aí, a era do "governo de juízes", com os Tribunais assumindo um papel de sensor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (procedural due process) e o início da fase "substantiva"na evolução desse instituto (substantive due process) e o início da fase "substantiva"na evolução desse instituto (substantiva due process) retrata a entrada em cena do Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente "substantivo" no seio das instituições governativas.
>
> Mas, a grande aplicação da cláusula **due processo of Law** na jurisdição penal dá-se com relação aos princípios do "contraditório" e da "ampla defesa" anteriormente previstos no artigo 153 §§ 15 e 16, da Carta de 1969, que corporificam no Direito Constitucional brasileiro o postulado do devido processo legal ante a lacuna do texto constitucional anterior acerca desse indispensável instituto protetor das liberdades públicas. Cita ainda que em linguagem mais sintética, mas por igual sublinhando o aspecto dialético da instrução criminal, verbera Yvan Senra Pessanha, o qual leciona que à tese da acusação se opõe a antítese da defesa, em operação, que, interpretada pelo método dialético, será concebida como esforço em busca da síntese representada pela sentença. Registra o autor Carlos Roberto que: Desdobra-se o contraditório, em síntese, na existência da informação e na possibilidade de reação. [...] Por outro lado, é imprescindível a congruência temática entre a peça de acusação e a sentença condenatória. A quebra do princípio da simetria entre a imputação e a condenação. Consigna ainda na página 284 que: "a obrigatoriedade da apresentação das alegações finais, que constituem o momento síntese do contraditório".
>
> Ao final do capítulo na página 287 destaca que: Em que pese toda essa bem inspirada e necessária teorização das garantias constitucionais no processo penal, é fato inescondível que a discriminação econômica entre réus pobres (a imensa maioria) e aqueles poucos com fartas condições financeiras para custear exitosamente um processo judicial, sem falar dos possuidores de fortunas escusas e forjadas nos meandros

[238] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 84

> da sofisticada criminalidade de "colarinho-branco", faz com que uns possam exercer mais do que outros as prerrogativas das ampla defesa que a Constituição assegura a todos em regime de formal igualdade.[239]

Apesar das bens lançadas argumentações do jurista Carlos Roberto Siqueira, o mesmo ainda foca em uma visão de devido processo adversarial e também de que o problema no processo penal seria a falta de assistência jurídica, o que ousamos discordar, uma vez que crimes cometidos por pessoas com menos grau de estudo são mais fáceis de serem flagrados e punidos, o que não significa que a defesa consiga mudar algo substancial, pois o que ocorre é que quanto mais complexo e elaborado o crime, a prova para acusação fica mais difícil e não necessariamente que a defesa tenha mais trabalho. O mesmo advogado que consegue a absolvição em um crime tributário (cometido por pessoa com estudos), provavelmente não conseguiria a absolvição em flagrante por furto, pois é um crime fácil de provar.

Portanto, no Brasil observa-se um processo penal que não cumpre a sua função de instrumentalidade para o devido processo legal, pois focado em premissas arcaicas e em um Código já ultrapassado e que não comporta mais meros remendos, além de termos um sistema de investigação precário que não consegue desvendar delitos mais elaborados, o que provoca colapso nas pautas de audiências, invertem a função do processo que não é mais garantir a segurança pública, os direitos do acusado, mas também da sociedade, e torna-se um fim em si mesmo e focado apenas no direito do acusado de postergar o processo até prescrição, o que se agravou bastante depois de 2008 ao colocar o interrogatório como último ato processual da instrução.

11.6 O Devido Processo Legal de não Processar Judicialmente

No meio jurídico prevalece o entendimento de que praticamente tudo tem que ser processado judicialmente, o que é replicado pelo modelo de ensino jurídico, pela reserva de mercado de trabalho no sistema judicial e agravado pelo excesso de concessões de gratuidade judicial, inclusive questões meramente patrimoniais passam a ter um aspecto de sacralidade jurídica, para se ocultar o aspecto meramente patrimonial, como no caso de danos morais que são "dinheiro", mas no meio jurídico é tratado como

[239] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 279/287

um “direito praticamente sagrado”, algo quase que místico, e não uma questão financeira e de custo.

Contudo, a nossa Constituição Federal nos incisos II e XXXV do art. 5º define que:

> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em **virtude de lei**; (grifo nosso).
>
> XXXV - **a lei** não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (grifo nosso).
>
> LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, grifo nosso).*

Neste ponto adentra-se na polêmica do direito de não processar, inclusive criminalmente. Apenas a Lei pode obrigar alguém a fazer algo, e não um princípio não positivado. Em suma, um princípio, não positivado, pode orientar e até convencer alguém, mas não obriga. Por outro lado, apenas veda-se que a Lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, logo as partes podem optar, voluntariamente, por não submeter determinado situação ao Judiciário. No caso da Constituição Italiana está expresso no art. 112 que o Ministério Público é obrigado a processar criminalmente, isto desde a década de 40, mas no Brasil não há esta previsão expressa na legislação, exceto no Código de Processo Penal Militar.

No tocante ao Código de Processo Penal comum o art. 24 do CPP não prevê a obrigatoriedade, como sustentam muitos, mas apenas define que é atribuição do Ministério Público oferecer denúncia e não que seja obrigado a oferecer denúncia. Mas, adotamos este dogma da obrigatoriedade em face da doutrina italiana processual traduzida para o português e sem que tivéssemos refletido sobre a nossa situação peculiar.

Afinal, se a Constituição Federal de 1988 assegura ao Ministério Público a autonomia institucional e ao Membro a independência funcional, não pode este ficar refém das prioridades da polícia, afinal se o Promotor é um agente político, este pode e deve fazer políticas públicas, o que consiste em estabelecer prioridades e assumir responsabilidades, o que difere muito do atual perfil de promotor criminal que atua a mercê dos inquéritos que a polícia envia e dos processos que o escrivão judicial remete

ao Promotor, pois este não acompanha, em regra, os processos criminais, nem requer vista na Secretaria Criminal para priorizar os mais relevantes.

E neste sentido destaca-se o pensamento de Elmir Duclerc, Direito Processual Penal, sobre a obrigatoriedade de judicializar a discussão sobre todos os crimes*:*

> Os lugares comuns construídos em torno da base principiológica da ação penal pública (obrigatoriedade/indisponibilidade/indivisibilidade), contudo, estão cada vez mais afastados de qualquer ideal de humanização e racionalização na resolução de conflitos penais, sobretudo na perspectiva do moderno Estado Democrático de Direito, que, como já vimos, exige um processo penal de tipo acusatório, em que as funções de acusar e julgar estejam radicalmente separadas
>
> [....]
>
> Em contrapartida, e numa espécie de paradoxo, vários outros dispositivos francamente permitem ao Ministério Público dispor do Direito de Punir do Estado. Pense-se, por exemplo, que o recurso (que é uma das faculdades do Direito de ação) contra uma sentença absolutória, nos termos do art. 577 do CPP é voluntário, isto é, cabe ao acusador (público ou privado) decidir se quer ou não recorrer. Por fim, note-se que além de alguns dispositivos do CPP (como os arts. 28, 42 e 385, acima referidos) a regra da obrigatoriedade não tem amparo direto nem na Constituição Federal nem em qualquer dos documentos internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Brasil, o que torna suspeita, mesmo, a sua natureza de **princípio.**[240]

Um aspecto prático deste pensamento acerca da obrigatoriedade é o fato de que se for ação penal privada ou condicionada à representação a vítima pode optar por não processar. Então, no caso de estupro e de uma lesão corporal culposa em que a vítima tem a perna amputada, esta pode optar por não processar; mas no caso de um furto de um celular simples, a vítima não pode manifestar o seu desejo de não processar e o Estado é obrigado a processar criminalmente, o que implica em inversão de valores e bens jurídicos a serem tutelados.

Portanto, sem aprofundar neste tópico, ressalta-se que o devido processo legal inclui o direito de acordo, bem como até mesmo o direito não processar. Em geral, acordos com penas alternativas, mas nada impede acordos com pena de prisão, o que é adotado em muitos países. Afinal, a liberdade é indisponível em seu sentido amplo de direito de escolha, logo o direito de locomoção é disponível. Ou seja, o acusado tem o

[240] DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127

direito de liberdade de optar pela restrição de sua locomoção. Neste caso, imprescindível a assistência jurídica através da defesa técnica.

Um aspecto que dificulta o não processamento de ações penais é o mito de que "jus puniendi" é indisponível, bem como a ampla defesa. Ou seja, são duas dimensões de "indisponibilidade". Quanto à segunda hipótese não está havendo abolição da ampla defesa, inclusive o acusado, assistido por seu advogado, manifestará acerca da proposta, ou seja, isto é ampla defesa, inclusive pode rejeitar a mesma, logo não viola o princípio da inocência, nem o de não se incriminar.

A rigor, colaboração premiada inclui as hipóteses de "delação premiada" (delatar terceiros) e a "confissão premiada"confessar o delito.

Importante destacar que o art. 4º, §§ 6º e 7º da Lei 12850/12 (Lei do Crime Organizado) seguem no sentido de prevalecer o acordo do Ministério Público e o acusado, aplicando-se o art. 28 do CPP em caso de discordância omissiva por parte do Ministério Público. Como a Lei fala em "colaboração", e não mais "delação", pode até mesmo incluir a confissão como causa de diminuição da pena e que neste caso evitaria o processo.

No tocante ao primeiro mito, "indisponibilidade do jus puniendi", este impedimento existe para quem? Afinal, vários fatos graves não são crimes e outros têm a possibilidade de não se ajuizar a ação penal como o estupro, e muitos outros não terão a autoria apurada, em outros as vítimas nem delataram o fato. A questão é que a "indisponibilidade da ação penal" tem a boa intenção de uma visão Republicana e Iluminista de que todos são iguais perante a lei e todos devem ser processados, mas isto é inviável, afinal há vários tipos de furtos, alguns mais graves e outros menos graves, logo não se pode ter a mesma dedicação investigativa e processual nos dois casos.

Registra-se pesquisa em que foi constatado que a Polícia investiga apenas um a cada dez roubos, ou seja, está havendo "oportunidade da investigação" e "obrigatoriedade da ação penal", o que é uma incoerência, o que está registrado no site do Instituto Avante Brasil sobre a cifra negra em relação aos roubos:

> Mais precisamente, de todos os roubos registrados (há 11 meses consecutivos esse delito está subindo no Estado de SP), apenas 9,3% deles se transformaram em inquérito policial (2,3 milhões de ocorrências, 215 mil inquéritos instaurados e 2,1 milhões não

> investigados, negligenciados). No item roubo de veículos o problema é mais grave: 764 mil ocorrências, 38 mil inquéritos abertos (5,7%) e 726 mil não investigados. Somente nesses crimes, acima de 2,8 milhões de casos (no período) foram negligenciados (não investigados).[241]

Inclusive o Autor Paulo Fernando Silveira, na obra Devido Processo Legal, asseveraque:

> Outro aspecto de consenso, adotado tanto no direito americano como no brasileiro, é que o devido processo legal aplica-se também ao regulamento ou ato administrativo dele decorrente." E que: "em face do princípio do devido processo legal, há de se rever doutrinária, e sobretudo, jurisprudencialmente o poder discricionário do ramo governamental legislativo para formular as leis (normas abstratas de conduta obrigatória).
>
> Este mesmo autor na página 423 destaca o que muitos chamam de "substantivo devido processo legal" no sentido de que cláusula due process, caso fosse tomada só como garantia processual seria ineficaz na defesa contra leis que pusessem em risco a vida, liberdade e propriedade. E que o substantivo devido processo legal teria como objetivo assegurar a independência do Judiciário e proteger da tirania do Estado. Ressalta que haveria um aspecto da área social e econômica que exigiria a aplicação do princípio da razoabilidade. (SILVEIRA, 2001, p. 259).[242]

Logo, quando o Ministério Público promove o arquivamento, ainda que provisório, de determinada demanda para que possa priorizar delitos mais graves, ou quando ouve a vítima extrajudicilmente para manifestar sobre a efetiva lesão sofrida em seu jurídico e até mesmo submete o arquivamento ao Judiciário (art. 28 do CPP) e publica a ementa da decisão no Diário Oficial, está assegurando o devido processo legal para que a vítima manifeste exerça o contraditório e até mesmo discorde do arquivamento.

De fato, seria interessante que a Lei Processual permitisse que a vítima discordando do arquivamento recorresse ao Procurador Geral ou ao Conselho Superior (mais democrático) para reverter decisão de arquivamento, como fez em 2004 a França ao alterar sua norma processual. Contudo, não é recomendável permitir à própria vítima ajuizar ação penal, pois alguns setores da advocacia, mais focados na visão de

---

[241]AVANTE BRASIL. **Polícia investiga menos de 10% dos crimes**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.jusbrasil.com.br/artigos/124684033/policia-investiga-so-1-em-cada-10-roubos>. Acesso em 15 jul. 2015.

[242] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 259

honorários judiciais, poderiam estimular o demandismo penal como se vê na área dos danos morais, o que seria estimulado ainda mais pela banalização da gratuidade judicial e acabaria aumentando número de processos penais, prescrições e prisões, o que seria o inverso do almejado pelo Estado Democrático de Direito e dignidade humana.

Importante relembrar que o "devido processo legal" não significa o direito de ser criminoso, nem o de ficar impune, ou o direito à prescrição. No entanto, nem todo crime precisa gerar necessariamente uma ação penal. O argumento de que irá gerar impunidade é equivocado, pois o processo penal não é a única forma de se fazer segurança pública. Logo, a lógica do funcionalismo penal de origem alemã é no sistema social e não se preocupar apenas com o criminoso como faz o garantismo de origem italiana. Portanto, haveria foco nos casos mais graves, o que seria possível com o aumento da possibilidade de acordos penais, e até mesmo arquivamentos fundamentados, ainda que provisórios.

Nos Estados Unidos mais de 90% dos processos penais encerram com acordos penais, inclusive com penas de prisão. Mas, na Europa ainda admite-se acordos apenas para penas alternativas, o que já é um modelo avançado para o Brasil, o qual admite apenas transação penal (lei 9099/95)no juizado especial e para delitos de menor potencial, sendo que muitos deveriam até ser arquivados, se não fosse o mito da obrigatoriedade da ação penal, o qual foi substituído pela "obrigatoriedade da transação penal".

Destaca-se a posição de Edimar Carmo da Silva,na obra O Princípio Acusatório e o devido processo legal:

> p.122: Feitos estes apontamentos, cumpre assinalar alguns aspectos relacionados à posição jurídica comumente conhecida por "obrigatoriedade da ação penal", segundo a qual o Ministério Público não dispõe de discricionariedade acerca da promoção da ação penal. Como de conhecimento, a "obrigatoriedade da ação penal" decorre de prática própria e adequada a um modelo de persecução afinado com o princípio inquisitivo. Aliás, merece consignar a provável razão jurídica dessa "obrigatoriedade": outrora a persecução penal mantinha uma estreita relação entre fato–crime à compreensão de que tal prática ofendia a autoridade real, a Deus ou á "Igreja Oficial", a título e laesae majestatis.Sem embargo, pondere-se que dita "obrigatoriedade da ação penal" não encontra guarida na Constituição Federal brasileira de 1988. Certamente que nenhuma disposição constitucional faz menção à obrigatoriedade de o Ministério Público promover a ação penal pública.

> [...]
>
> p.138: Exatamente nesse sentido, merece registro a peculiar situação concreta veiculada em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (H. C. 106/308- DF), que pode assim ser sintetizada: o MPDFT acusou certa pessoa por participação em fato previsto como latrocínio; ante a não localização do acusado, para citação pessoal, o processo ficou suspenso por alguns anos; posteriormente foi cumprida a prisão preventiva, antes decretada por ocasião do artigo 366 do CPP – suspensão do processo e do prazo prescricional-, procedeu-se a instrução e, ao fim, o Ministério Público requereu a absolvição por falta de provas; o juiz condenou por roubo circunstanciado, juntando às insuficientes provas em contraditório alguns depoimentos realizados em sede policial como reforço de uma fundamentação ad hoc; o Ministério Público interpôs apelação buscando a absolvição, sustentando, em questão de ordem, o princípio acusatório como determinante a não recepcionar o artigo 385 do CPP de 1941; o tribunal local negou provimento limitando-se a reiterar os fundamentos da sentença; ante o acórdão o Procurador Geral de Justiça não interpôs recurso especial, daí a impetração de habeas corpus enfatizando a repercussão do princípio do acusatório; o STJ denegou a ordem, invocando precedente, sem enfrentar a questão de direito pertinente ao princípio do acusatório.[243]

Um ponto pouco abordado como devido processo legal (e constitucional) é a previsão expressa de que o processo deve ter uma duração razoável, e isto não é apenas para o Legislador, mas cabe também à Polícia, ao Ministério Público e ao Judiciário buscar meios de se finalizar Inquéritos Policiais e Processos Penais em prazo razoável evitando que o investigado ou acusado fique eternamente sendo processado,ou então que haja prescrições. Em Portugal, depois de um ano de investigação em Inquérito Policial, sem nada apurar, este deve ser encerrado até que surjam novas provas, somente podendo ser prorrogado motivadamente com fatos concretos que demonstrem o curso da investigação.

Por exemplo, o crime de furto responde por parte significativa de processos penais e prisões, uma média superior a 30%. No Brasil, a, ação penal pública para crimes de furto é, em regra, incondicionada desde 1940, mas nos Códigos Penais anteriores não era ação penal pública incondicionada, exceto em prisões em flagrante e outros delitos. Os demais países estão adotando que o crime de furto é ação penal pública condicionada á representação, e em alguns casos, é ação penal privada, como

[243] SILVA, Edmar Carmo da. **O princípio acusatório e devido processo legal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 112 e 138

nos casos de pequenos furtos. No entanto, no Brasil nem se discute isto, e qual o motivo?

O fim do Direito é buscar a paz social e não a guerra processual eterna, sendo a mediação e conciliação penal formas de pacificação social assegurando o direito do acusado de se manifestar, bem como a segurança pública, além de assegurar o julgamento em prazo razoável, sendo que haverá o direito de o acusado recusar, bem como o controle judicial, como no caso da colaboração premiada, a qual inclui a delação premiada, bem como a confissão premiada.

Por oportuno, cita-se texto de Celso Ribeiro Bastos, na obra Hermenêutica e Interpretação Constitucional:

> Por outro lado, não, se poderá olvidar que a linguagem sempre subsiste, já que se interpreta, ao menos em Direito, um texto, e se expressa o resultado dessa interpretação por meio de outro texto. Não se pode, portanto, fugir dos signos linguísticos e seus significados.[244]

Obviamente que a mudança de paradigmas gera resistências, notadamente no meio jurídico focado na dogmática e distante da realidade social. Contudo, eventual acordo em pena alternativa pode até mesmo evitar a pena de prisão.

Através do voluntário contraditório consensual é possível até mesmo a condenação, ou seja, algo bem diferente do previsto na Transação penal e na Suspensão Condicional do Processo, as quais não reconhecem a culpa. Já no modelo de colaboração premiada segue no modelo de reconhecimento de culpa através do devido processo consensual.

Importante ressaltar que há vários modelos de processo consensual penal. Nos **Estados Unidos cita-se o *plea bargaining***, no qual o Ministério Público pode negociar até mesmo a modalidade do tipo penal. **Já na Itália, temos o *pattegiamento***em que o Promotor pode negociar apenas a pena e não o tipo penal. **E na Alemanha há a "absprache"**Outro aspecto é que a Lei pode restringir esta negociação a penas alternativas, ou até mesmo a pena de prisão. Mas, o importante é reconhecer que existe o devido processo legal, tanto na modalidade adversarial, como na modalidade consensual.

---

[244] BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 32

O Promotor de Justiça André Luis Tabosa Oliveira assevera, na obra Acusação Responsável como Direito Fundamental, que:

> No Brasil, o princípio da oportunidade se revela de modo ainda tímido e carente de maior especificação. A idéia de obrigatoriedade da ação penal e de persecução penal criminal submetida a critérios estruturais e a planejamento frente a gastos públicos é matéria que reclama amadurecimento por parto do Ministério Público e demais atores processuais.[245]

Logo, um processo por furto privilegiado, valor do objeto inferior a um salário mínimo e autor primário, poderia ser objeto de acordo penal pelo fato de permitir até mesmo pena de multa, a qual pode ser de apenas 10 dias e nem comporta conversão em prisão, o que evitaria até a prisão provisória para se discutir de forma adversarial e ir até o STF para discutir questões processuais.

Este debate está sendo reforçado pela CONAMP (Associação Nacional do Ministério Público), conforme se vê pelo que foi debatido Durante a XIV reunião do Conselho Deliberativo da CONAMP, realizada nos dias 28 e 29 de julho, 2015, em Brasília,

> Ainda sobre combate à corrupção, em busca da viabilização da justiça criminal brasileira, os presidentes da Associação Goiana do MP (AGMP), Benedito Torres, e da Associação Paulista do MP (APMP), Felipe Locke, apresentaram proposta de regulamentação da "plea bargaining" no sistema jurídico brasileiro a. O instituto cria a possibilidade de acordo da pena entre o réu e o membro do Ministério Público, gerando o cumprimento imediato da pena. Ao mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a "plea bargaining" busca agilizar o processo judicial, reforçando os instrumentos públicos de combate à corrupção. Tanto a "*plea bargaining*" quanto as demais medidas anticorrupção são sugestões da CONAMP para o fortalecimento da Justiça brasileira, em prol da rapidez dos processos judiciais. Os textos ainda estão fase final de formalização e serão encaminhadas ao Congresso Nacional e Ministério da Justiça.[246]

Apesar de a proposta da CONAMP ainda focar apenas no *plea bargaining*, e não diferenciar de outros institutos como o *"Pattegiamento*" de origem Italiana e o *"Absprache"* na Alemanha, o qual é mais adequado ao sistema brasileiro, pois permite

---

[245]OLIVEIRA, André Luis Tabosa de. **A acusação responsável como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 99

[246]CONAMP. **Reunião do Conselho Deliberativo. Plea bargaining** Disponível em: <http://conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/895-conselho-deliberativo-define-medidas-de-combate-a-impunidade.html> . Acesso em 10 ago. 2015.

apenas acordo em relação às penas, enquanto o instituto norte-americano permite negociar até troca de tipos penais (o que é sistemicamente mais agressivo).

Um aspecto também da ampla defesa e do devido processo legal é o fato de que o Ministério Público em suas alegações finais, ou outra forma final de manifestação, deve informar um esboço de pena pretendida através de uma dosimetria, o que já está sendo feito pelo atual Procurador Geral da República, Dr. Janot, e isto poderia ser mantido nos acordos penais, para evitar abusos.

Inegável o crescimento da Justiça Restaurativa, o que implica um aumento da participação da vítima no processo penal. Logo, o que se propõe é a efetivação também do princípio acusatório com maior garantia entre as partes e até maior previsibilidade.

No Brasil já temos o acordo penal legalmente previsto para delitos de menor potencial ofensivo no Juizado Especial, como a transação penal. Bem como para delitos de maior gravidade como o crime organizado, ou seja, a colaboração premiada, a qual engloba a delação premiada e a confissão premiada. Porém, não temos ainda a previsão de acordos penais para delitos de média criminalidade, os mais comuns, como roubos, furtos e similares. Contudo, nada impede que por interpretação analógica, seja estendido este benefício ao acusado para benefício do mesmo.

O Devido Processo Legal na área Penal inclui também o conceito de Devido Processo Constitucional, podendo dar-se tanto na vertente do devido processo adversarial, como na via do devido processo consensual. Assegurando, assim, o contraditório e ampla defesa com a devida manifestação das partes, sempre focando na justa causa penal, além da própria possibilidade e não se processar por falta de justa causa em razão da funcionalidade da pouca relevância para o sistema social.

12. Processo acusatório X Processo Inquisitivo (verdade real)

Observando o julgamento do Mensalão, a Ação Penal 470 no STF, pode-se verificar um dos grandes problemas no sistema processual penal brasileiro, que é pouco discutido. Independente do mérito e do resultado no caso citado, este poderia ser uma oportunidade para se refletir sobre a figura do “juiz acusador”. Esta situação decorre da cultura judicial brasileira de que, na prática, o sistema processual penal é inquisitivo (isto é, com base nos critérios ainda oriundos da Inquisição), mesmo que a Constituição Federal estabeleça que o sistema deve ser acusatório, baseado no contraditório.

No caso do Brasil, se o Ministério Público é, na concepção dominante, obrigado a denunciar por todo crime com autoria apurada, e se o Juiz pode produzir as provas para condenar, incluir agravantes e qualificadoras em pedido da acusação, pode prender de ofício e pode fixar a pena sem que a acusação tenha fundamentado o quantum almejado, então continuamos a ter um processo penal inquisito.

Quem assiste ao julgamento pela TV verifica que há um Juiz, Minstro do STF, tentando provar o fato — juiz acusador — e outro juiz — defensor — tentando "desprovar"o fato, e ambos tentando convencer os demais colegas. As partes ficaram em segundo plano. Isto acontece rotineiramente nos processos penais pelo Brasil afora. A rigor, na AP 470 a acusação que deveria ser feita pelo Ministério Público foi feita de maneira formal, com a devida sustentação oral, mas sem debates. Em tese, seria como se o promotor no júri lesse o libelo — quando existia este ato — e o juiz fosse para o debate com a defesa.

Na maior parte do julgamento da AP 470, observa-se o juiz tentando sustentar as provas para condenar, como se fosse a acusação. Ora, isto é o sistema inquisitivo, e não o acusatório. A maioria dos países já abandonou o sistema inquisitivo, o que provocou uma diminuição no número de presos e de processos penais. Mas, no Brasil, mais presos e processos penais representam benefício até mesmo para a própria defesa, que tem mais argumentos para exigir verba pública.

O mesmo sintoma tem sido observado na Operação Lava-jato, embora em um nível diferente e ainda que focando nos acordos penais permitindo aplicação de pena de prisão, o que já é uma novidade no Brasil.

De fato, no sistema acusatório é diminuída a atuação do juiz, pois este passa a gerenciar o jogo do processo, enquanto o Ministério Público passa a ter o dever de provar efetivamente o que alega, sem o auxílio judicial. Além disso, o sistema acusatório implica na flexibilização da obrigatoriedade da Ação Penal, pois isto permite focar nas provas para delitos mais graves, sendo que atualmente ocorre o contrário, com o sistema policial para manter estatísticas tendendo a focar nos delitos menos graves.

Mas José Frederico Marques, nos idos de 1940, logo após o advento do atual Código de Processo Penal, já destacava a dificuldade da cultura jurídica brasileira em

cumprir o sistema acusatório, conforme consta de sua obra Elementos de Direito Processual Penal.

Alguns tentam sustentar que o sistema processual penal no Brasil é misto, portanto uma mistura de acusatório com inquisitivo. Ora, isto é pura retórica. Seria como a moça dizer para o pai que está "meio grávida", porém, não se tem como estar meio grávida. Ou se está grávida, ou não se está grávida. Da mesma forma o sistema processual penal é inquisitivo ou é acusatório. No Brasil, o sistema processual é inquisitivo, logo notoriamente inconstitucional.

Do ponto de vista do sistema acusatório e constitucional, no julgamento da AP 470 deveria o relator analisar as provas trazidas pelo Ministério Público e decidir se são suficientes para a condenação, e o juiz revisor analisaria as mesmas provas para confirmar — e não apenas para desdizer o que o relator afirma). Em seguida, os demais juízes votariam. Mas, pelo principio da imparcialidade judicial não estariam relator e nem revisor preocupados em "convencer" os demais Juízes, pois isto é tarefa do Ministério Público e da Defesa. Na prática, observa-se que há uma tendência ao juiz querer ser jogador (parte) e não apenas juiz.

Nos Estados Unidos, os casos judiciais são conhecidos pela citação das partes, mas no Brasil os casos são conhecidos pela citação do nome do juiz relator. Ou seja, nos Estados Unidos citam o caso Marbury x Madison, responsável pela "criação" do controle difuso de constitucionalidade. Se fosse no Brasil, nem se saberia o nome das partes, mas o caso seria citado pelo nome do relator. Importante relembrar que raramente o Judiciário cria teses, mas acolhe as teses das partes. Porém, esta colocação das partes em segundo plano no processo brasileiro ainda é a regra.

Curioso que várias entidades questionem o poder de investigação do Ministério Público, inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil, mas nada falam sobre a investigação pelo próprio Judiciário ou acerca da situação de o juiz decretar prisão preventiva de ofício, sem pedido das partes e até sem processo como no caso dos flagrantes. Outro fato é condenar, quando o Ministério Público pede absolvição por falta de provas, ou ainda, constar nas sentenças agravantes e causas de aumento de pena não constantes das alegações finais, e a OAB não questiona. Mas, preocupa-se com a questão da remessa de Inquéritos ao Ministério Público sem homologação judicial.

Toda esta situação de "Inquisição" no Processo Penal gera o excesso de processos e presos na execução penal, mas o problema não está na execução penal, em si, e sim no sistema de inquisição no processo penal.

Por outro lado é fato que a mesma visão de "Inquisição" ocorre na execução penal, e às vezes temos uma concentração de poderes, pois a lei permite que o juiz aplique sanções ao preso, mesmo sem pedido do Ministério Público, o que é inconstitucional. Ou seja, o juiz que já foi investigador, foi acusador, agora vira algoz executor.

Importante ressaltar que este texto não tem o objetivo de dizer se há provas, ou não, na AP 470. Mas, chamar para um tema pouco discutido que é o sistema acusatório no processo penal, o qual é previsto na Constituição Federal, mas pouco aplicado na prática. Nem pretende-se aderir ao garantismo míope que sustenta ser o criminoso vítima da sociedade e a culpa pelo crime é da vítima. Apenas busca-se assegurar neste texto um debate sobre a constitucionalidade processual.

Na França há um ditado popular no sentido de que quando o juiz é o acusador, apenas Deus como defensor tem alguma chance. Logo, não adianta o Brasil gastar apenas com Defesa, sem discutir a efetiva aplicação do sistema acusatório.

Em geral, esta visão de vingança social é bem aceita pela sociedade, pois acostumada a esta figura de juiz Hércules — que tudo pode e tudo faz, evitando-se a figura do Juiz Hércules, um super-juiz e criticado por Dworkin.

Outro aspecto no Brasil é que o Delegado de Polícia pode colocar em liberdade o preso, mas o Ministério Público não pode, mesmo que como titular da Ação Penal veja que o caso está prescrito, que cabe pena alternativa ou suspensão do processo. Mesmo nestes casos o réu deve ficar preso até que o juiz decida colocar em liberdade ou até que seja prolatada uma sentença, exceto se o delegado colocar em liberdade. Ora, se a acusação já verificou a desnecessidade do processo e o cabimento de pena alternativa, no mínimo o réu deveria ser colocado em liberdade, mas isto não acontece na maioria das vezes.

Em razão do bacharelimo no Brasil, tanto a Polícia Civil como a Polícia Militar, querem ser bacharéis em Direito, e isto acaba gerando uma burocratização na fase de

prevenção e investigação, foco em conceitos jurídicos em vez das provas. No caso do Delegado o Ministério Público já tem o conhecimento jurídico, logo o que precisa é de provas que esclareçam a autoria e a materialidade, mas isto exige um raciocínio lógico e expertise que muitas vezes acaba faltando ao trabalho da polícia. Na maioria dos países o cargo de Delegado é cargo de nível superior, curso de graduação, mas não é privativo de Bacharel em Direito, logo um Engenheiro pode ser Delegado nos demais países e usar seu conhecimento de lógica para montar o quebra cabeça do crime e apurar as provas.

Recentemente, observa-se nas bibliotecasde uma Faculdades que um livro de Processo Penal Constitucional mais aprofundado, porém classificado na livraria como "filosofia". Ou seja, apenas manuais que copiam o texto do CPP são livros de processo penal.

Então, reforça-se que no sistema acusatório, o juiz relator leria o seu voto e faria uma análise das provas e dos argumentos da acusação — e não assumiria o papel de escolher as provas no inquérito, pois teria que se reportar à denúncia e não ao inquérito policial apenas. O juiz revisor leria o seu voto e os demais juízes votariam, ou até mesmo leriam seus votos. Poderiam até discutir alguns detalhes. Mas, não haveria uma participação mais ativa. Seria como em um jogo, em que os árbitros não jogam, ainda que dêem a nota, mas esta é para os jogadores e não para os juízes.

Por fim, se queremos evoluir na questão prisional e penal, precisamos adotar um modelo acusatório de processo penal e considerando inconstitucional qualquer dispositivo legal que seja inquisitivo, mas a tendência judicial é o contrário. No sistema acusatório toda a carga probatória, inclusive argumentação para agravantes e causas de aumento da pena é ônus da acusação, a qual atua também pode indicar as atenuantes, pois atua como fiscal e na defesa da ordem jurídica justa, e as liberdades também podem ser concedidas pelo titular da ação penal, pois agiliza este direito, cuja atribuição não é privativa do Judiciário e devemos aproveitar a AP 470 para discutirmos a adoção do processo penal constitucional com sistema acusatório.

13. Problemática do Estado acusa e Estado defende

O poder punitivo do Estado e o seu "dever" de punir sustentado pela doutrina mais tradicional, não sobrevive atualmente a um olhar mais aprofundado, isto é, a uma

análise sobre as funções do Estado, principalmente pelo fato de que praticamente maioria dos processos penais no Brasil, o Ministério Público acusa "com obrigatoriedade" e a Defensoria faz a defesa estatal.

Esta situação comum no Brasil na qual Estado defende e Estado acusa é mais um indício da inexistência do dever estatal de apenas acusar. Importante ressaltar que esta modelo de Estado acusar e Estado defender existe na América Latina com a implantação de Defensorias, mas mesmo assim, prevalece a defesa pela iniciativa privada, exceto no Brasil, em que a OAB ao criar tabela de honorários mínimos e proibir a propaganda na TV e rádio, institucionalizou o cartel, dificultando o acesso ao serviço dos advogados privados pela população, ainda que tenhamos a maior média de advogados por habitante do mundo.

Dentro desta visão de dialética marxista que predominou no Brasil nos últimos anos fortaleceu esta figura de Estado acusando e Estado defendendo. Alguns até mesmo alegando que Ministério Público defende ricos e Defensoria defende pobres, em uma visão reducionista, de uma suposta luta de classes em que o Estado agora seria o litigante uno, um conceito típico da visão estatizante de Esquerda, em que o Deus Estado tudo faz.

Na concepção democrática o Estado deve assumir a defesa, em casos excepcionais, ou seja, a regra deve ser estimular a iniciativa privada para prestar assistência jurídica, inclusive com mecanismos de estímulo. E não destruindo a advocacia privada, como tem ocorrido, em razão da impossibilidade de concorrer com a Advocacia Estatal.

Outro ponto, é que mesmo nos países da América que adotam este modelo de Defensoria (Defesa Estatal), este serviço é subsidiário à iniciativa privada. No Brasil, o lobby tem levado a crer que a defesa privada é subsidiária à defesa estatal, logo, deve-se ter um número de Defensores Públicos próximo aos de juízes e praticamente jurisdicionalizando a atividade de defesa.

Nesse sistema de contradições o doutrinador Ferrajoli sustenta na sua obra Direito e Razão que a defesa nos processos penais seja feita sempre pelo Estado, com uma Instituição própria, e que a advocia privada seja no máximo uma figira assistente da defesa estatal.

Um aspecto interessante é que nem Cuba, nem URSS, nem Venezuela estatizaram a defesa penal. A proposta de Ferrajoli é adota com mais enfoque na América Latina e muito pouco em algumas Federações e Municípios nos Estados Unidos, mesmo assim sempre subsidiariamente à iniciativa privada.

Ou seja, Ferrajoli propõe uma inversão total no sistema de processo penal. Relembrando que a Itália não tem este modelo de defesa estatal, pois adota o modelo de advogados dativos, assim como toda a Europa. O que reforça o viés Esquerdista e estatizante da ideologia de Ferrajoli.

Nesse ponto, transcreve-se trecho da proposta de Ferrajoli, na obra Direito e Razão,

> A segunda condição concerne à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação somente é possível se ao lado do defensor de confiança é instuído um defensor público, isto é um Magistrado a funcionar como Ministério Público da Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público da Acusação [...] Obviamente, tal magistrado não só não deveria substituir o defensor de confiança, como deveria sustentá-lo como órgão complementar, solidário e subordinado às estratégias defensivas previamente selecionadas por este.[247]

Este pensamento de Ferrajoli fulcra na chamada dialética marxista, em que o Estado assume contraditórios papéis e conceitos. Nessa forma de pensamento marxista no processo penal cita-se o Argentino Zaffaroni e também o Constitucionalista português Boaventura Souza Santos, os quais formavam uma tríade que influenciaram enormemente o Ministério da Justiça e a Secretaria de Reforma do Judiciário durante os quase 14 anos de Governo Petista no Brasil.

Contudo, quando Ferrajoli foi questionado sobre esta sua proposta no Congresso em Roma, no mês de setembro de 2015,, sobre como poderia o "Estado opressor" também fazer a defesa, o insigne doutrinador alegou que conheceu brevemente Defensoria apenas na Argentina, através de seu companheiro Zaffaroni, e que fez apenas uma provocação com a proposta em sua obra, sem aprofundamento.

---

[247]FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev.eampl. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 537

A defesa estatal que deveria ser subsidiária à defesa privada, no Brasil tem sido a responsável pela quase maioria das defesas criminais. Ou seja, o Estado supostamente grande opressor também agora faz a defesa, em um país que tem a 2ª maior média de advogados por habitante do mundo, mas alega ter falta de assistência jurídica, uma vez que lobbies corporativos impedem que haja políticas de estímulo ao atendimento pela rede privada, como planos de assistência jurídica, estímulos fiscais, coibição de tabelas de honorários (espécie de cartéis) e organizações de outras formas de atendimentos como ONGs e demais setores, pois há forte pressão para se manter reservas e monopólios de mercado de trabalho e sem re ver o modelo artesanal de trabalho em detrimento do gerencial para reduzir custos e aumentar eficiência.

Dessa forma, em breve teremos pelo modelo Ferrajolista que ter dois modelos de Polícia, a Polícia da Acusação e a Polícia da Defesa, as duas trocando tiros, pois certamente a segunda irá considerar qualquer prisão como violadora dos direitos fundamentais do criminoso, logo irá ter que soltar ou produzir provas que desdizem o que a outra polícia provou, como no Brasil geralmente são provas obtidas no flagrante, o papel da Polícia Defensiva ficaria a uma missão éticamente complexa.

Ressaltamos ainda a obra "Os donos do Saber – Profissões e Monopólios do Saber", de Marli Diniz, da editora Revan, na qual é possível observar a luta de várias profissões para manter os seus mercados, bem como o fato de que novas profissões tentam se aproximar do conceito das anteriores para obterem o seu mercado, o que ao final leva ao fato de "novo com cara de velho". Algo similar ao constatado no clássico "A revolução dos bichos", de George Orwell.

Ressalta-se que na Europa não adota este modelo, pois lá prevalece o regime de advogados dativos, e em geral, cabe ao réu escolher dentre uma lista. No Brasil há uma disputa por parte da OAB e Judiciário, sendo que a OAB tem a prerrogativa legal de indicar, mas geralmente, quem indica é o Juiz. No entanto, a indicação deveria ser pelo réu dentre os inscritos na lista. Porém, na advocacia alguns setores tentam evitar a livre concorrência que beneficia a qualidade e a defesa, para manter um sistema socialista em que há uma espécie de nomeação por ordem cronológica.

Na Europa os países destinam verba para a defesa penal, mas não a fazem diretamente através de órgão estatal, pois entendem que não é papel do Estado acusar e defender. Alguns sustentam que o Defensor Público teria maior autonomia do que o

Defensor dativo, pois este receberia verba do Estado. Ora, mas o salário do Defensor Público também é pago pelo Estado.

Nesta questão de autonomia, não se pode esquecer que nos órgãos públicos, por mais que neguem e não assumam, há interesses por promoções, cargos com menos serviço e outros favores implícitos.

Também não podemos esquecer que quem escolhe na lista tríplice e nomeia o Chefe do Ministério Público, e também o da Defensoria é o Governador do Estado, embora a Constituição Federal não trate da escolha do Defensor Geral. A nomeação do Chefe do Ministério Público está prevista na Constituição Federal, mas do Chefe da Defensoria não está prevista.

Apesar de alguns alegarem que o Chefe destas instituições não determina a atuação nos processos nas fases, isto é parcialmente verdadeiro, uma vez que podem influenciar diretamente nas fases recursais, ou até mesmo com os poderes administrativos é possível estabelecer políticas de prioridades de interesse comum, pois a função do Estado seria una.

Apenas a Lei Complementar 80/94 definiu a forma para eleição do Defensor Geral Federal, mas não poderia ter imposto a forma de seleção aos Estados, princialmente de forma diferente que o estipulou para a área Federal. Logo, cabe aos Estados definirem a forma de escolha do Defensor Geral, e não à Lei Complentar Federal, pois não se trata de caso inserido em norma geral, tanto é que a União optou por uma forma de escolha na esfera federal e outra para a Estadual. Se fosse norma geral, como previsto no art. 134 da Constituição Federal, não poderia haver diferenças entre forma de escolha do Defensor Geral Federal e do Estadual.

Em tese, podem optar os Estados por formas de escolha que não seja lista tríplice com votação exclusiva pelos Defensores e que o cargo de Defensor Geral seja ocupado exclusivamente por Defensor de carreira. Por exemplo, podem optar pelo fim da lista tríplice e que o Defensor Geral seja escolhido apenas pelos Defensores. Mas, também pode optar que haja direito de voto para pessoas comprovadamente carentes. Podem permitir a reeleição por mais de uma vez, ou vedar a reeleição. Podem conferir mandato com períodos diferentes de dois anos. Ou seja, não pode a LC 80/94 violar a autonomia dos Estados para definir sua estrutura.

Reforça ainda esta questão de defesa estatal, o fato de que no Brasil, os Defensores Públicos alegam que não são advogados, nem precisam estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, logo não são advogados, e portanto, a defesa pode, no entendimento deste segmento, ser feita por qualquer servidor público que tenha previsão legal ou até mesmo constitucional, não sendo ato privativo da advocacia, seja pública ou privada.

Temos também a situação em que a Defensoria atua como assistente da acusação, e até mesmo pedindo mandados de prisão e condenação, quanto o Ministério Público pede a condenação, o que estabelece uma espécie de dupla acusação estatal. E não raro, também teremos neste processo a Defensoria fazendo a defesa da vítima, o que implica em Defensoria na acusação e Defensoria na defesa, o que seria o mesmo que um promotor na acusação e outro promotor na defesa.

Havendo, na prática, uma séria dúvida sobre quando inicia os prazos para a defesa e acusação neste caso, ação penal privada ou assitente de acusação, pois os autos vão mediante carga para a Defensoria, mas não se define qual seria, a acusação ou defesa, bem como há dificuldade em saber as substituições em caso de doença, férias e similares no órgão.

Além da situação acima, temos também a questão das ações penais privadas, em que a Defensoria atua no pólo ativo e também poderá atuar no pólo passivo da demanda.

O papel da Defensoria fica meio confuso em razão do entendimento atual de que pode atuar em nome próprio e por representação processual, criando uma atuação opcional que tem gerado alguns problemas. No caso das ações civis públicas, se alguma entidade procura a Defensoria para atuar como advogada da associação, a Defensoria recusa-se, pois quer ser a autora da ação e não a assistente jurídica.

Obviamente que a defesa estatal permite uma estrutura que possibilita uma melhor estruturação na atuação, inclusive recursal. Por outro lado, ao cumprir os prazos acaba acelerando os julgamentos e as condenações. Em regra, os defendidos pela Defensoria são condenados em mais de 80% dos casos, e a tese, consiste mais em discutir o tipo penal e a pena.

A defesa estatal no processo penal deve ser a exceção e não regra.

Lado outro, apura-se a tese de doutorado de Ivan Borin, que analisou em 2002 recursos penais na Capital Paulista de furtos e roubos, discute-se a pena aplicada e não a inocência. Conclui ainda na pág. 84, que em 56,2% dos casos de crime de furto a pena é por regime aberto[248].

Ora, se, em regra, o regime aberto é domiciliar, então qual o sentido de um processo burocrático e que pode chegar até o STF, como "Estado" acusando e o "Estado" defendendo? Tudo leva a crer que o verdadeiro motivo não seria a "ampla defesa", mas a manutenção de um mercado de trabalho para carreiras jurídicas, as quais digladiam e dão tiro de canhão em questões de pouca importância, mas recebem por este serviço.

Ademais, se o dever do Estado de punir fosse tão absoluto, não poderia o Estado ter limites como prescrição, indulto, ação penal condicionada, limites probatórios, valeria tudo com base em um dever de condenar. Obviamente, não teria como obrigação o Estado fazer a defesa criminal, devendo o processo tramitar com revelia, caso o acusado não apresentasse defesa. Hodiernamente, não se trata dessa forma o processo penal, pois existem diversas garantias ao acusado, logo a obrigatoriedade de processar e punir não sãoinstransponível como outrora. Inclusive, pode-se punir, mas não necessariamente com matéria penal, é que alguns chamam de "administrativização" das punições.

Dessa forma, o Estado não tem o dever de punir penalmente todas as infrações, mas o sistema judicial pode eleger as prioridades relevantes para aquele momento social, independente de ser réu preso ou réu solto.

14. A oportunidade da ação penal em outros países:

14.1 Oportunidade da ação penal na América Latina a partir de 1990

A partir da década de 90 os países da América Latina passaram a adotar, expressamente, a oportunidade da ação penal em seus ordenamentos jurídicos. Geralmente, para delitos de pequeno e médio potencial ofensivo e de insignificante

[248] BORIN, Ivan. **Análise dos processos penais de furto e roubo na Comarca de São Paulo.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-155007/pt-br.php>. Acesso em 18 ago. 2016.

interesse público ou social (funcionalismo penal). Em alguns países prevalece o controle do arquivamento pela Chefia do MP e em outros o controle pela via judicial, mas permite-se ao Ministério Público o arquivamento de casos de pouca relevância, como nos delitos de bagatela.

São aproximadamente 20 países e territórios na América Latina, e o único país que não adota a oportunidade da ação penal na legislação é o Brasil, o qual está ainda na fase dogmatismo finalista e nem discute o tema mais debatido atualmente no mundo que é a "oportunidade da ação penal".

Na América Latina é comum que Promotores sejam legalmente chamados de "fiscais" e o Ministério Público também conhecido como "Fiscalia". E em todos os países da América Latina a titularidade da ação penal é atribuição do Ministério Público.

Diante do exposto, passa-se a uma rápida análise da situação dos países atualmente:

a) Argentina: Tinha um Código de Processo Penal Federal de 1991 (o qual já era bem melhor que o CPP Brasileiro de 1940), mas em dezembro de 2014 adotou novo Código, o qual segue o princípio do contraditório e processo de partes. Na Argentina admite-se Códigos de Processo "Estaduais" (lá chamados de Províncias). O novo CPP da Argentina reconhece expressamente a oportunidade da ação penal, estabelecendo a possibilidade em casos de perdão judicial, fatos irrelevantes e sem interesse público; em casos de pena de multa, ou de livramento condicional e sursis ou de inabilitação; ou a pena carecer de importância ou que puder ser imposta em outro processo. (no art. 31 da Lei 27.063/14);

b) Chile: O ordenamento jurídico prevê expressamente a oportunidade da ação penal pública, quando o delito não ofender gravemente o interesse público, o qual é presumido quando a pena mínima não for superior a um ano ou se o delito for cometido por servidor público no exercício da função. (art. 170 do CPP de 2005);

c) Uruguai: Também adota a oportunidade da ação penal, porém mais restritivamente, para delitos culposos, bem como para crimes de pouco interesse público, se transcorrido quatro anos do cometimento do crime e provavelmente não for

o caso de aplicação de pena de prisão, e não tiver ocorrido causa de suspensão de prescrição. (art. 49 do CPP). No dia 01/02/17 entrará e vigor o novo CPP que reforça ainda mais a oportunidade da ação penal.

d) México: O Ministério Público poderá considerar os critérios para oportunidade da ação penal, com base nos critérios que a lei estabelecer (art. 21 da Constituição Federal de 2008). Em junho de 2016 entrou em vigor o novo CPP.

e) Paraguai: O Ministério Público poderá prescindir da ação penal quando o delito for irrelevante para o interesse público, bem como dispensar pena (perdão judicial), mas exige a reparação (art. 19 do CPP de 1998);

f) Venezuela: A Lei processual permite ao Ministério Público prescindir total, ou parcialmente, da ação penal em delitos de pouca relevância e interesse público, exceto quando a pena máxima exceder a três anos ou for delito cometido por servidor público no exercício das funções (arts 40 e. 184 do CPP, de 2001), sempre priorizando também a reparação do dano, bem como a confissão premiada (em audiência judicial preliminar) e a delação premiada;

g) Peru: O Ministério Público poderá deixar de exercitar a ação penal quando o agente não tenha sido afetado gravemente pelas conseqüências do delito e a pena seja inapropriada; delitos que por sua pouca significância ou freqüência não afetem o interesse público; culpabilidade mínima; acordo entre vítima e acusado celebrado em cartório extrajudicial; (art. 2º do CPP de 1991). O furto simples é ação penal condicionada à representação da vítima;

h) Colômbia: Prevê genericamente a oportunidade da ação penal no art. 66 do CPP, conforme política criminal do Estado (art. 250 da Constituição Federal de 2002 e arts. 6º e 66 do CP de 2004);

i) Equador: O Ministério Público, em razão de uma eficiente utilização dos recursos disponíveis para uma investigação, poderá abster-se de investigar e processar quando o delito não comprometer gravemente o interesse público e não tiver pena

máxima superior a cinco anos de prisão; delito culposo e for o caso de perdão judicial; ausência de dano físico grave. (suplemento 555, de 24 de março de 2009.);

j) Bolívia: O Ministério Público poderá deixar de ajuizar ação penal quando ocorrer escassa relevância social e baixa ofensividade ao bem jurídico; quando cabível o perdão judicial; quando imputado sofrer as consequências do delito com grave dano físico ou moral; quando a pena já imposta por outro delito, tornar a punição desnecessária (art. 21 do CPP de 1999);

k) República Dominicana: A ação poderá deixar de ser proposta quando delito for insignificante e a pena máximo do crime não for superior a dois anos, exceto se cometido por servidor público, no exercício de suas funções; quando cabível o perdão judicial; quando imputado sofrer as conseqüências do delito com grave dano físico ou moral; quando a pena já imposta por outro delito, tornar a punição desnecessária. (art. 34 do CPP de 2002);

l) Costa Rica: A ação penal poderá deixar de ser proposta quando delito for insignificante; quando cabível o perdão judicial; quando imputado sofrer as consequências do delito com grave dano físico ou moral; Quando a pena já imposta por outro delito, tornar a punição desnecessária, bem como nos casos de colaboração do acusado com as investigações. A vítima será informada do critério de oportunidade para recorrer em até dez dias. (arts. 22 e 300 do CPP de 1998);

m) Guatemala: Ministério Público poderá deixar de ajuizar ação penal quando A ação poderá deixar de ser proposta quando delito for insignificante e mínima culpabilidade, e a pena máxima do crime não for superior a dois anos, exceto se cometido por servidor público, no exercício de suas funções; quando cabível o perdão judicial; quando imputado sofrer as conseqüências do delito com grave dano físico ou moral, e o danos for reparado; quando a pena já imposta por outro delito, tornar a punição desnecessária (art. 25 do CPP de 1992);

n) Honduras: Estabelece que há o cabimento ao Procurador Geral da República definir quais seriam as hipótese de oportunidade de ação penal que podem ser adotadas pelos demais Membros do Ministério Público. Mas, a vítima deve ser informada do

arquivamento e se não houver reparação do dano, o arquivamento torna-se sem efeito. (art. 29 do CPP de 1999);

o) Nicarágua: Também prevê expressamente a oportunidade da ação penal através da mediação, suspensão do processo, acordo e abdicação da ação penal para delitos culposos e patrimoniais cometidos sem violência física ou grave ameaça; quando cabível o perdão judicial; quando imputado sofrer as conseqüências do delito com grave dano físico ou moral; quando a pena já imposta por outro delito, tornar a punição desnecessária, bem como nos casos de colaboração do acusado com as investigações. (arts. 55 e 59 do CPP de 2001);

p) El Salvador: O Promotor pode prescindir, total ou parcialmente, da ação pena e cabe oportunidade da ação penal quando acusado estiver em estado terminal,; carência de importância em relação à pena imposta; tenha sofrido grave dano físico ou moral, notadamente em crimes culposos; mínima culpabilidade ou afetação do bem jurídico, exceto se servidor no exercício das funções; colaboração premiada. Cabe ao Procurador Geral regulamentar a aplicação da oportunidade, (arts. 19 e 23 do CPP de 2009);

q) Cuba: Também adota a oportunidade da ação penal para delitos de baixa ofensividade ao objeto jurídico autorizando o não ajuizamento da ação penal, o que chamam de "oportunidade regrada". Sendo elogiada a atuação da Fiscalia (Ministério Público) para descongestionar o sistema penal com o poder de disponibilidade e prioridades. Os juízes de carreira inicial são eleitos pelo Poder Legislativo, e os Leigos pelas Assembléias Populares. Quanto ao Ministério Público, a Assembléia Nacional elege o Procurador Geral que nomeia os promotores nas demais instâncias. A base legal para a oportunidade da ação penal advém desde a Lei 87, de 26 de fevereiro de 1999 e foi mantida com o advento do Decreto Lei 310/13, o qual aumentou o número de crimes em que a Fiscalia pode também aplicar multa administrativa (um outro tema de direito penal, e que conhecido como "administrativização do direito penal", tendo autores como Hassemer que defendem esta via).

É possível citar ainda outros países, os quais embora sejam países e territórios de menor expressão na América Latina, faz-se importante destacá-los:**A República Cooperativa da Guiana,** como tem origem inglesa, também adota a oportunidade da

ação penal. E **a República do Suriname** como tem origem holandesa também adota a oportunidade da ação penal.

Além disso, o**s territórios das Ilhas Falklands e Geórgia do Sul**, como são de origem Inglesa e subordinados ainda à Inglaterra também adotam a oportunidade da ação penal, o mesmo ocorre em relação ao **Território da Guiana Francesa,** pois ainda são subordinados à França, onde prevalece amplamente a oportunidade da ação penal.

O sistema de justiça criminal no Brasil é um dos mais caros do mundo e com menor eficiência. Embora não digam isto publicamente, alguns setores alegam que quanto mais processos é melhor, afinal, mais cargos para servidores, promotores, juízes e delegados são criados, o que permite mais nomeação, mais promoção e ou remoção. Logo, o sistema não visa o fluxo (mas quer acervo), e nem mesmo questiona alto número de prescrições. E também há mais necessidade de advogados com a judicialização, ou seja, a mediação penalou arquivamentos de inquéritos policiais acabam reduzindo o mercado de trabalho.

No Brasil, o Judiciário prende de ofício, sem processo penal e condena sem pedido final de condenação, mas a defesa nada fala sobre isto, pois prefere discutir local de cadeiras nas salas de audiências ou no júri. Depois de um longo e caro processo penal a Presidente da República indulta (perdoa) a pena e nada se debate sobre esta "oportunidade da pena", pois muitos focam no processo e no mercado de trabalho, quanto mais processos, melhor, ainda que não haja resultado, ou que sejam perdoados.

Não se pode confundir oportunidade da ação penal com "obrigatoriedade da transação penal ou da suspensão condicional do processo". Afinal, em muitos casos o ideal é a lei permitir o arquivamento por falta de justa causa (o que não é muito claro na legislação brasileira). Uma vez que majoritariamente não se considera a justa causa no conceito de interesse público e insignificância.

Esta tendência de oportunidade da ação penal também já ocorre nos países Europeus e tem reduzido o número de processos, prescrições e prisões por delitos menos complexos.

Na discussão do novo CPP e CP no Brasil até há uma previsão de arquivamento no caso de delitos insignificantes, mas esta possibilidade foi atacada por setores ligados à defesa. Aparentemente, é mais lucrativo ter que recorrer ao STF para que alegue a

insignificância, pois ressalta mais o trabalho e amplia o mercado de trabalho. Paradoxalmente, é comum processos que demorem mais de quatro anos para se aplicar penas de 10 dias multa ou um ano de prisão, e até mesmo estarem prescritos ao final do processo. Outros alegam que não atuar nos pequenos crimes gera impunidade, mas o que gera impunidade é o fato de não se focar nos delitos mais graves. E todos os países do mundo estão adotando a seletividade para focar nos delitos mais graves, e isto não tem aumentado a criminalidade nestes países.

Alguns imaginam que o autor de pequeno furto será um grande criminoso na hierarquia criminosa, isto é mérito improvável. Raramente pedreiros viram engenheiros, enfermeiros viram médicos, esta situação ocorre no crime também.

Por fim, constata-se que todos os países da América Latina, menos o Brasil, adotam a oportunidade da ação penal expressamente em suas legislações, a partir da década de 90. Portanto, na América Latina prevalece a obrigatoriedade da ação penal apenas para os delitos mais graves; e a oportunidade da ação penal para os delitos menos graves. No Brasil, em vez de tentarmos a triagem no início da persecução penal, fazemos na execução penal, ou seja, depois do gasto com processos de menor relevância, e isto acaba atendendo ao lobby de setores jurídicos para receberem mais verba e mais pessoal.

14.2 Oportunidade da ação penal e a Política Criminal do Funcionalismo Penal (Roxin e Jackobs)

Segundo Roxin, nem todo fato típico, antijurídico e culpável justifica obrigatoriamente uma ação penal. Embora, Roxin seja conhecido mais no Brasil pela questão da teoria da imputação objetiva, também é o autor da teoria da tipicidade material na década de 70. Ocorre que naquela época o conceito dominante na Europa era de que a ação penal pública era obrigatória, logo a única forma de não se ajuizar uma ação penal era a de não ser crime. Assim, ao afirmar a atipicidade material ilidia o crime e permitia-se o arquivamento do caso ou a absolvição, se ajuizada a ação.

Posteriormente Roxin e o Direito Europeu evoluíram no sentido de que mesmo sendo crime, nem todo fato justifica uma ação penal, ou seja, oportunidade da ação penal. E na Europa, a oportunidade da ação penal atualmente é adotada para pequenos e

médios delitos tanto para arquivamentos, como para acordos entre réu e Ministério Público.

O autor Roxin sempre defendeu que o direito penal deve integrar também a criminologia e a política criminal, além da mera dogmática penal. Apesar de que os penalistas clássicos sempre se referem apenas à dogmática penal, ou seja, mera aplicação da lei penal adequando o caso à lei, ficando a criminologia restrita a temas acadêmicos e a política criminal para o legislador. Porém, Roxin demonstra o erro desta separação na obra "Política Criminal e Sistema Jurídico Penal".

Contudo, considerando a escalada de delitos de menor potencial ofensivo na Europa, o que praticamente inviabilizava o julgamento dos delitos, acabou-se por adotar a oportunidade da ação penal para delitos de pequena e média gravidade. O Direito Penal Europeu passou até mesmo a discutir maior possibilidade de acordos no processo penal (sistema acusatório) e ampliou a participação da vítima para manifestar em delitos como pequenos furtos (representação). No Brasil, se a vítima apanhar pode não oferecer representação pela lesão corporal, mas no furto a ação é incondicionada, ou seja, protege-se mais o patrimônio do que a integridade física.

É neste aspecto que Roxin defende a adoção de políticas criminais pelo meio jurídico, ou seja, haveria prioridades para ajuizamento de ações penais, bem como para julgamentos. E tudo isto com base na "justa causa", uma vez que mesmo sendo crime, naquele por motivos fundamentados haveria maior prioridade.

Dessa forma sairíamos da prioridade definida pela polícia (Estado policial) e passaríamos para o Estado Democrático de Direito (prioridades fundamentadas).

No Brasil, o Ministério Público tem autonomia institucional, independência funcional, e os Promotores são considerados como Agentes Políticos, além de titulares da ação penal, o que legitima como poder não punitivo, portanto não podem mais atuar como despachantes judiciais da Polícia, isto é, atuando nos inquéritos que a polícia quis instaurar e apurar a autoria. No caso do Ministério Público, há o controle judicial pelo artigo 28 do CPP.

Observe que o lobby é grande para a demanda judicial tanto é que o CPP permite expressamente a análise da "justa causa" no momento em que o juiz receber a denúncia, pois assim o Ministério Público já foi obrigado a processar a pessoa selecionada pela

polícia, ainda que delito de menor gravidade, e a defesa manifestou antes do juiz decidir, logo teve o seu mercado de trabalho assegurado.

Ora, mas se falta justa causa para receber denúncia, então também falta para ajuizar a ação penal, logo tem que ser arquivado, ainda que provisoriamente, pois a Instituição titular da ação penal entende que naquele momento a prioridade para ações deve ser outra.

Hoje é muito comum na prática policial a figura das "diligências preliminares", a qual consiste na prática da Polícia Civil de não instaurar os inquéritos policiais e ficar no limbo de "diligências preliminares". Estima-se que haja três procedimentos de "diligências preliminares" para cada inquérito instaurado. E mesmo nos Inquéritos é comum serem encerrados sem que se apure a autoria. As diligências preliminares não são enviadas ao Fórum.

Para cumprir estatísticas impostas pelo Executivo a Polícia prefere "investigar" delitos mais fáceis como furtos de pequenos objetos em supermercados em vez de crimes mais complexos como eletrônicos e homicídio. É comum que crimes de furtos ocupem a pauta por questão de estarem presos e os de homicídio prescrevem, pois em geral, são réus soltos.

Seria mais eficiente poderampliar a possibilidade de acordos com o réu, para evitar a pena de prisão. Vejamos, o regime aberto é cumprido no Brasil na modalidade domiciliar, e sem fiscalização, por falta de albergues. Além disso, temos a pena de multa que não é cobrada, pois a redação é muito confusa, logo seria melhor que o Ministério Público vislumbrando possibilidade de regime aberto, pena de multa ou medida restritiva de direito já pedisse audiência preliminar, mesmo fora dos casos do Juizado Especial. Não faz sentido um processo penal com instrução para se aplicar pena de dez dias multa (ou menos). Isto penaliza tanto o Estado como o réu, apenas alguns setores são beneficiados com isto, embora digam que o réu pode ser absolvido. Mas, e se não for absolvido?

Assim, o Ministério Público atuaria efetivamentede forma autônoma ao Executivo e sua política criminal massiva de punição e ao mesmo tempo de defesa processual. Ou seja, o Ministério Público faria uma triagem para prioridades evitando a política massiva de punição.

No Juizado Especial trocamos a “obrigatoriedade da ação penal” pela “obrigatoriedade da transação penal” e pouco mudou, pois o lobby da defesa é que havendo audiência judicial assegura-se reserva de mercado, mas muitas questões poderiam ser arquivadas diretamente na Promotoria ou enviadas para núcleos de mediação. E os TCOs são remetidos diretamente para audiências no JESP, sem passar pelo prévio crivo de triagem do Ministério Públicos.

Afinal, o Ministério Público é fiscal dos atos dos poderes estatais, e até mesmo de suas políticas públicas e não despachante judicial. É claro que se houver abusos pelo Ministério Público há instrumentos de controle, como o artigo 28 do CPP e corregedorias.

E nem há necessidade de mudar a redação do art. 28 do CPP, pois basta se admitir a possibilidade de arquivamento provisório, sendo que o texto não fala em arquivamento definitivo. Dessa forma, mesmo sendo o fato criminal, o Ministério Público faria o arquivamento provisório por questões de política criminal falta justa causa naquele momento, pois a prioridade são delitos de homicídio doloso e de trânsito, inclusive a polícia teria que priorizar estas investigações. Nada impede que haja desarquivamento futuro, se não prescrito. As razões de arquivamento provisório, política criminal, poderiam ser rejeitadas pelo Juiz e haveria remessa ao Procurador Geral para decisão final.

Dessa forma, os juristas não vão criar, nem extinguir crimes, pois atividade do Legislativo, mas vão definir prioridades para os ajuizamentos de ações penais e julgamentos, com base na lição de Roxin, o que é uma atividade jurídica e judicial, e tudo com fundamentação, transparência e possibilidade de recursos. Nesse ensejo a figura passiva do Promotor Criminal assume o perfil constitucional de Promotor de Política Criminal.

Nesse sentido citamos Fernando Fernandes, in “O processo penal como instrumento de Política Criminal”,

> [...] na estruturação do processo penal deve ser reservado espaço para que na sua atuação concreta sejam considerados os prognósticos de

> natureza político-criminal, possibilitando uma diversificação de procedimentos.[249]

Em suma, o assunto que o mundo discute, menos o Brasil, é a obrigatoriedade da ação penal pública e os meios para se evitar o obrigatoriedade da ação penal, mas no Brasil há um lobby fortíssimo para se ajuizar ações judiciais, inclusive penais, para se fomentar o mercado jurídico.

14.3 Flexibilização das ações penais para pequenos delitos na Europa e o rigor no Brasil

O presente texto abordará como é atualmente a ação penal por furto em alguns países da Europa, nos quais os pequenos delitos deixam de ser crimes ou passam a depender da "representação" da vítima.

Agora, passamos a analisar a ação penal por crime de furto nos seguintes países europeus que seguem o sistema civil Law de origem romana (o qual predomina no Brasil).

Os sistemas da França e Bélgica são analisados na obra "Processos Penais da Europa", por Antoinette Perrodet que destaca a discricionariedade da ação penal,

> O promotor francês pondera qual "a medida a tomar" acerca das infrações de que tem conhecimento (art. 40 do Código de Processo Penal). O mesmo é válido para a Bélgica, onde a discricionariedade de persecução (que sempre existiu na prática) agora formalmente aparece no Código de Processo Penal como parte das reformas recentes.[250]

Oportuno ressaltar que em 1998 o CPP Francês passou a exigir fundamentação do Promotor para arquivar (o que inexistia antes) e em 2004 a lei passou a permitir recurso por parte da vítima ao Procurador Chefe, quando discordar do arquivamento.

Na Inglaterra também prevalece a "oportunidade" da ação penal, destacando que o Ministério Público na Inglaterra foi criado em 1985, sob protestos da advocacia e

---

[249] FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 73

[250] DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Claúdia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 465

da polícia (a qual fazia a acusação). O arquivamento é passivo de revisão judicial em alguns casos, mas há uma forte ingerência policial no CPS (Promotoria da Coroa).

Na Suécia e Holanda vigora a *oportunidade da ação penal*, sendo relevante destacar que são os dois países na Europa em que está sobrando vagas (faltando presos nos presídios).

Na República Checa o Ministério Público tem poderes para oferecer penas alternativas ao acusado, sendo que na denúncia criminal já deve constar a sanção penal almejada.

Na Eslovênia o Ministério Público pode deixar de exercer a ação penal em razão de vários motivos elencados em lei, bem como para propor aplicação de pena alternativa perante o Tribunal.

a) Ação Penal por crime de furto na Espanha

Na Espanha apenas há prisão para crime de furto se for subtraído objeto com valor acima de 400 Euros (aproximadamente 1.300 reais ou dois salários mínimos), exceto na hipótese do art. 623, I, do CP em que se exige o cometimento da conduta por três vezes desde que o valor somado ultrapasse o mínimo de 400 Euros para que seja caso de prisão.

Nos demais casos prevalecem a pena alternativa conhecida como "prisão de final de semana", a qual não é tecnicamente considerada como prisão, mas pena alternativa. *Isto se cometer a ação criminosa por três vezes no período de um ano e* os objetos subtraídos somados tiverem valor superior a 400Euros. Caso contrário não haverá crime, nem ação penal.

Segue o texto em espanhol constante do CP (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal):

> De los hurtos
>
> Artículo 234-El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de cinqüenta mil pesetas (400 euros).
>
> Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este

> Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito. (Párrafo añadido por LO 11/2003).
>
> Artículo 623-Serán castigados con arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses:
>
> 1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de cincuenta mil pesetas.
>
> Traduzindo para o Português:
>
> Dos Furtos
>
> Artigo 234-O que, com intuito de lucro, tomar a propriedadepessoal dos outrossem que o proprietário autorize, será punido, comoculpado de furto,com pena de prisãode seis a dezoitomeses, **se** omontante daroubadoultrapassa400 euros**.** (grifo nosso)
>
> Com a mesma penaserá punido aquele quedentro de um ano cometer trêsvezesa ação descritano parágrafo1 º do artigo623deste Código, desde que o valor total deviolaçõesultrapassa omínimo dequefigura decrime. (Parágrafo acrescentado pela LO 11/03)
>
> Art. 623- Será punido com penade prisãopor dois a seisfins de semana,uma multa deum a dois meses:
>
> 1. Aqueles que cometemo furto, se o valor do furtonão ultrapassoucinquentamilpesetas.

Uma observação interessante é que a Peseta deixou de ser a moeda espanhola oficial em 2002, sendo que 50 mil pesetas é aproximadamente 400 Euros e equivale a um salário mínimo na Espanha.

b) Ação Penal por crime de furto em Portugal

Outra forma é adotada em Portugal, o art. 203 do Código Penal trata do furto simples e preceitua que depende de representação da vítima, sendo que a legislação portuguesa usa o termo "queixa", a qual tem um sentido diferente do nosso (ação penal púbica de iniciativa privada), conforme CP nos termos DL 48/95,

> **Artigo 203.º**
> **Furto**
> 1 - Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
> 2 - A tentativa é punível
> **3 -** O procedimento criminal depende de queixa**.** (destaque nosso)

Artigo 204.º
Furto qualificado
Quem furtar coisa móvel alheia:
a) De valor elevado;
b) Colocada ou transportada em veículo ou colocada em lugar destinado ao depósito de objectos ou transportada por passageiros utentes de transporte colectivo, mesmo que a subtracção tenha lugar na estação, gare ou cais;
c) Afecta ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos e que se encontre em lugar destinado ao culto ou em cemitério;
d) Explorando situação de especial debilidade da vítima, de desastre, acidente, calamidade pública ou perigo comum;
e) Fechada em gaveta, cofre ou outro receptáculo equipados com fechadura ou outro dispositivo especialmente destinado à sua segurança;
f) Introduzindo-se ilegitimamente em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou espaço fechado, ou aí permanecendo escondido com intenção de furtar;
g) Com usurpação de título, uniforme ou insígnia de empregado público, civil ou militar, ou alegando falsa ordem de autoridade pública;
h) Fazendo da prática de furtos modo de vida; ou
i) Deixando a vítima em difícil situação económica;
j) Impedindo ou perturbando, por qualquer forma, a exploração de serviços de comunicações ou de fornecimento ao público de água, luz, energia, calor, óleo, gasolina ou gás;
É punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Quem furtar coisa móvel alheia:
a) De valor consideravelmente elevado;
b) Que possua significado importante para o desenvolvimento tecnológico ou económico;
c) Que por sua natureza seja altamente perigosa;
d) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público;
e) Penetrando em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou outro espaço fechado, por arrombamento, escalamento ou chaves falsas;
f) Trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta; ou
g) Como membro de bando destinado à prática reiterada de crimes contra o património, com a colaboração de pelo menos outro membro do bando;
É punido com pena de prisão de dois a oito anos.

3 - Se na mesma conduta concorrerem mais do que um dos requisitos referidos nos números anteriores, só é considerado para efeito de determinação da pena aplicável o que tiver efeito agravante mais forte, sendo o outro ou outros valorados na medida da pena.

4 - Não há lugar à qualificação se a coisa furtada for de diminuto valor. (destaque nosso).

Destaca-se ainda que para furtos em estabelecimento comercial a persecução penal dependerá da constituição como assistente (pagamento de taxa de justiça de 102€ e representação por advogado), se a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis expostas de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas – artigo 207.º do Código Penal.

Ressalta-se que têm sido considerados furtos simples quando subtraídos objetos no valor de até 5.000 Euros, e então dependem da representação da vítima (queixa em Portugal) para que o Ministério Público possa ajuizar ação penal. Não podendo se esquecer das exceções que transformam o furto em qualificado em Portugal, em hipóteses bem diferentes das que ocorrem no Brasil e estão previstas no art. 204 do CP Português. O valor de 5.000 Euros equivale a aproximadamente 10 (dez) salários mínimos em Portugal.

c) **Ação Penal por crime de furto na Itália**

Na Itália há necessidade de "querella", representação da vítima, para furtos simples de pequenos valores e outras situações. Logo, para o furto, a regra é a "querela" (representação do ofendido) com pena de 06 meses a 03 (três) anos, e as exceções são**:**art. 625do CP com 08 (oito) agravantes específicas e com pena de 01 (um) a 06 (seis) anos: como se cometido em lugar habitado; se usa violência; se usa arma; usa destreza; se 03 (três) ou mais pessoas; etc. Bem como nas hipóteses do art. 61, inciso 7 (agravante genérica): no caso de o crime ter motivação de lucro ou se houve dano de relevante gravidade, em geral, até 150 euros, conforme doutrina, embora não haja limite objetivo na lei, conforme Lei 128, de 26/03/01 que alterou o art. 624 do CP de 1938:

> Art. 624 **-** Furto –Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine ditrarne profitto per sè o per altri è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da lire sessantamila a un milione.
>
> Agli effetti della legge penale, si considera "cosa mobile" anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico.
>
> Art. 625- Circostanze aggravanti –La pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da lire duecentomila a due milioni:
>
> 1) se il colpevole, per commettere il fatto, si introduce o si trattiene in un edificio o in un altro luogo destinato ad abitazione;

2) se il colpevole usa violenza sulle cose o si vale di un qualsiasi mezzo fraudolento;
3) se il colpevole porta indosso armi o narcotici, senza farne uso;
4) se il fatto è commesso con destrezza, ovvero strappando la cosa di mano o di dosso Allá persona;
5) se il fatto è commesso da tre o più persone, ovvero anche da una sola, che sia travisata o simuli la qualità di pubblico ufficiale o d'incaricato di un pubblico servizio;
6) se il fatto è commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi, ove si somministrano cibi o bevande;
7) se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a
sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza;
8) se il fatto è commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, ovverosu animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria.

Se concorrono due o più delle circostanze prevedute dai numeri precedenti, ovvero se una ditali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da tre a dieci anni e della multa da lire quattrocentomila a tre milioni.

Art. 626- Furti punibili a querela dell'offeso –Si applica la reclusione fino a un anno ovvero la multa fino a lire quattrocentomila e il delitto è punibile a querela della persona offesa:

1) se il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e
questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita (1);
2) se il fatto è commesso su cose di tenue valore, per provvedere a un grave ed urgente bisogno;
3) se il fatto consiste nello spigolare, rastrellare o raspollare nei fondi altrui, non ancoraspogliati interamente del raccolto.

Tali disposizioni non si applicano se concorre taluna delle circostanze indicate nei nn. 1, 2, 3e 4 dell'articolo precedente.

Art. 61 [...]

7) l'avere, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità;

Traduzindo para o Português:

Art. 624 – Furto- Qualquer pessoa que toma posse do que os outros , retirando ao seu titular , a fim de lucro para si ou para outrem , é punido com pena de prisão até três anos e uma multa de £ 60.000 para um milhão.

Para efeitos da lei penal , considera-se " móveis ", mesmo eletricidade

ou qualquer outra energia que tenha valor econômico.

Art 625- Circunstâncias agravantes-

A pena é de reclusão de um a seis anos e uma multa de £ 2.200.000 :

1) se o infrator, para cometer a verdade, introduzir ou manter em um edifício ou outro local usado como uma habitação;

2) se o autor usa a violência contra a propriedade ou faz uso de quaisquer meios fraudulentos;

3) se a porta infrator usar armas ou drogas , sem usá-los ;

4) Se a infracção for cometida com destreza, ou rasgar a coisa das mãos ou corpo Allá pessoa ;

5) se o crime é cometido por três ou mais pessoas , ou mesmo aquele que é deturpado ou simular a qualidade de funcionário público ou empregado de um serviço público ;

6) se o crime for cometido na bagagem de viajantes em todos os tipos de veículos , estações, nos aeroportos ou portos, em hotéis ou em outros anos , quando da administração de alimentos ou bebidas ;

7) se o crime for cometido em coisas existentes em escritórios ou edifícios públicos ou sujeitas a apreensão ou penhora , ou exposto em caso de necessidade ou hábito ou para atingir a fé pública, ou destinados para o serviço público ou de utilidade pública , defesa, ou reverência;

8) se o crime for cometido em três ou mais cabeças de gado criadas no rebanho ou animais de rebanho ovverosu gado ou cavalos, também não coletado em rebanho.

Se você combinar duas ou mais das circunstâncias previstas pelos números acima , ou se um dedais compete com outras circunstâncias entre os enumerados no artigo 61, a pena é de reclusão de três a dez anos e uma multa de £ 400 a três milhões.

Art-626- Furtos puníveis mediante queixa das vítimas

A punição é pena de prisão até um ano ou uma multa de até £ 400 e a infracção for punível sobre a queixa da vítima :

1) se o agente tiver agido com o único propósito de fazer uso temporário da coisa roubada, e este , após a utilização momentânea , foi imediatamente devolvido;

2) se o fato for cometido em coisas de valoresr tênues , sem provocar grave necessidade.;

Estas disposições não se aplicam se qualquer das circunstâncias referidas compete em nos. 1, 2 , 3e 4 do artigo anterior .

Art. 61 [...]

> 7) cometer, nos crimescontra a parimônio, ouque de outra formaofender osbens,ou, em certoscrimespor razões delucrocausadaà vítimado crime deconsiderávelgravidadeprejuízos financeiros

Importante ressaltar que em junho de 2015 foi acolhida importante alteração no artigo 131 do Código Penal Italiano que também será analisada neste trabalho.

d) Ação Penal por crime de furto na Alemanha

Na Alemanha também prevalece a ação penal condicionada à representação da vítima em caso de furto simples, bem como qualificado, desde que de pouco valor, conforme está previsto no art. 243, conforme Código Penal Alemão, de 15/05/1871 com a reforma de 31 de janeiro de 1998, exceto se o Ministério Público entender que há algum interesse público maior que justifique aquela ação penal**.** Geralmente furtos no valor abaixo de 250 Euros enquadram-se nesta situação, embora a lei não estabeleça limite objetivo.

> §242. Diebstahl
>
> (1) WeraußerhalbMöbelsubtrahiereneins zum anderenin einem Versuch,eszu stehlenrechtswidrigfür sich selbstoderfür einen anderen,wirdmit Freiheitsfür bis zufünf Jahren oder mitGeldstrafe bestraft.
>
> (2) DerVersuch ist strafbar.
>
> §248a. Diebstahl undUnterschlagung vonSachenvon geringem Wert
>
> Diebstahl undUnterschlagung vonSachenvon geringem WertdurchBeschwerdenur in den Fällenverfolgtder§ §242 bis 246, es sei denn,die zuständige Behördedie StrafverfolgungbetrachtenratsamInterventionJob, weilvon besonderem öffentlichenInteresse an derStrafverfolgung
>
> Tradução para o Português:
>
> Art.242 Furto
>
> (1) Quemsubtrair ilicitamente bem móvel de terceiro parasi ou para outrem, é punido com pena de prisãoaté cinco anosou multa.
>
> (2)A tentativaé punível.
>
> Art. 248. Furto edesvio debensde pouco valor
>
> Furto edesvio debensde pouco valor somente são processados criminalmente se a vítima apresentar representação em casosjulgadospor artigos 242-246**,** a menos que a autoridade competentedeaplicação da lei**consideraempregointervençãoaconselhável porquede particular interesse públicoem processo** (destaque nosso).

e**) Ação Penal por crime de furto na França**

A França não adota o regime de ação penal condicionada à representação, pois naquele país prevalece a oportunidade da ação penal, mesmo se de iniciativa pública. Logo, entenderam por não adotarem este critério condicional. Desde o ano de 1998 o promotor tem que fundamentar os arquivamentos e a partir do ano de 2004 a lei criou um recurso por parte da vítima, a qual pode discordar do arquivamento e apresentar recurso ao Procurador Chefe.

Um aspecto interessante é que é que lá tanto o furto, como o roubo, são tratados como "vol", havendo necessidade de verificar se há violência, ou não contra a pessoa, para caracterizar o roubo. Lá também é considerado como roubo apenas em caso de violência contra a pessoa. Mas, o latrocínio tem pena de prisão perpétua. Os crimes de "roubo" e "furto" estão previstos no art. 311 e seguintes do CP Francês.

Observa-se que a Europa flexibilizou a obrigatoriedade da ação penal para furtos de pequenos objetos,no valor de até dois salários mínimos, bem como transformou estes furtos em ação penal condicionada à representação da vítima. Logo, no Brasil é preciso discutir as questões atinentes ao furto. Praticamente todos aos países do mundo, inclusive os da América Latina, abandonaram o finalismo e já estão no funcionalismo penal (como sistema penal), menos o Brasil, pois como leciona o Prof. Roxin, o Ministério Público pode fazer política criminal estabelecendo prioridades.

f) Os pequenos furtos no Brasil

No Brasil os pequenos furtos dominam a pauta de investigação e até mesmo a processual, geralmente prisões em flagrante e de objetos inferiores a um salário mínimo, pois são crimes mais fáceis de terem inquéritos e processos encerrados. Paradoxalmente, o rito processual para este tipo de crime ou para um furto de maiores proporções é o mesmo, caso haja necessidade de instrução, ou seja, superando a fase da suspensão condicional do processo. E ambos são ação penal pública incondicionada.

O argumento de uma triagem processual geraria impunidade não sobrevive ao fato de um país em que pune menos de 10% dos homicídios e alega falta de recursos e tempo para investigar e julgar, uma vez que não há sistema penal que consiga

investigar todos os delitos. Ora, então temos que priorizar os homicídios (pois vida é mais relevante que furto de chocolate).

Então, propõe-se algumas medidas:

1) Oitiva da vítima, sempre que possível antes de iniciar a ação penal, para afirmar se o objeto furtado tem relevância jurídica para justificar uma ação penal, pois em geral, a vítima afirma que não tem mais interesse no objeto.

2) Furtos de pequenos valores deveriam ser julgados no Juizado Especial Criminal, o qual teve o volume de serviço diminuído com a transferência da violência doméstica para as Varas Criminais.

3) Estabelecer a necessidade de representação da vítima para furtos de pequenos valores, pois esta deve ter um espaço maior no processo penal, notadamente nos crimes de pequenos furtos.

4) Oferecer denúncia na própria audiência de custódia nos casos de flagrante de furto, o que agiliza o processo penal.

5) Permitir ao Ministério Público arquivar em casos de baixo impacto social, bem como colocar em liberdade nos casos de prisão em flagrante, quando o caso comportar suspensão do processo ou pena alternativa, a qual já pode ser proposta na cota da denúncia e aceita mediante audiência preliminar.

O furto é o maior responsável pelas prisões no Brasil, embora venha perdendo espaço para o "tráfico formiguinha". Em geral, são furtos de objetos com valor inferior a dois salários mínimos e normalmente presos em flagrante pela PM, uma vez que há pouca investigação por parte da Polícia Civil, como por exemplo, em crimes de furtos e roubos de veículos. A maioria dos países já adotou modelos alternativos para delitos de pequenos furtos como sistema penal consensual, representação das vítimas ou até mesmo disponibilidade da ação penal em pequenos furtos permitindo o arquivamento.

No Brasil desde a edição do Código Penal em vigor (1942) o Furto, em regra, é ação penal incondicionada, mesmo que o furto privilegiado de pequeno valor (art. 155, §2º, do CP. Há uma possibilidade de o crime ser ação penal condicionada à

representação no caso do art. 182 do CP, furto entre pessoas de parentesco previsto na lei.

O novo Código Penal no Brasil em discussão no Brasil prevê o princípio da insignificância e também a necessidade de representação para crimes menos graves. Mas, paradoxalmente é criticado por setores da defesa, e embora usem retórica, o motivo provável é porque reduzirá o mercado de trabalho para a defesa criminal, pois haverá menos processos penais e menos prisões.

No atual direito penal o crime de lesão corporal leve ou culposa (ainda que seja a perda de uma perna) depende de representação da vítima, mas o furto de um chocolate em supermercado é ação penal pública incondicionada. Ou seja, protege mais o patrimônio do que a integridade física.

O excesso de visão dogmática no Direito Penal impede a discussão sobre criminologia e política criminal, pois a linha do finalismo visa afastar estas áreas do Direito Penal, o qual se torna algo afastado dos resultados e prioridades (Welzel foi o Kelsen na área penal). Temas como "cifra negra" são desconhecidos no meio jurídico, o qual foca apenas no que a Polícia seleciona para enviar aos Fóruns.

No entanto, os casos de furtos que a Polícia envia ao Judiciário, quase 90% dos casos são de valores inferiores a dois salários mínimos, conforme pesquisa pela Promotora Fabiana Costa, do MPDF, em dissertação de Mestrado na UNB em 2007.[251]

A retórica mais comum no meio jurídico é de que "Ora, mas R$ 10,00 pode ser muito para a vítima". A resposta para isso deve ser então: "Ora, então pergunta para a vítima", mas setores autoritários no Direito acreditam que a vítima é alguém incapaz e que merece ser tutelada notadamente em crimes de furtos (patrimoniais e sem violência).

Também é comum que se alegue que o bem pode ter um valor expressivo em relação da vítima, mas o processo penal não foca, como prioridade, no ressarcimento da vítima.

---

[251] COSTA, Fabiana. **Prisão provisória em casos de furto-Estudo realizado em cinco regiões brasileiras (nas cidades de Recife, Belém, Distrito Federal, São Paulo e Porto Alegre**. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/casosdefurto.pdf>. Acesso em 18 ago. 2016.

Ora, mas se o objeto patrimonial é disponível, não faz sentido que a ação penal seja obrigatória e indisponível, como regra, principalmente se não houve violência no caso. Ademais, não existe nenhum artigo na Constituição Federal (como existe na Itália), nem no Código de Processo Penal afirmando que a ação penal é obrigatória, exceto no CPPM.

O crime de furto responde por mais de 40% das prisões no Brasil. Em geral, são objetos com valor inferior a um salário mínimo. No entanto, pouco se discute sobre como é a ação penal neste caso em outros países, os quais já fazem um critério de prioridade antes do início ação penal, ao contrário do Brasil, que quer fazer ao final do processo penal, na fase de execução penal. Ou seja, rigor no processo (mercado de trabalho), mas flexibilização na execução penal, ainda que contra a lei.

Não se defende a impunidade, mas a vítima também deve ter sua participação ao manifestar sobre a questão do bem e ação penal. No tocante à segurança pública como prevenção, esta pode ser resolvida com mais policiamento e não necessariamente e apenas com ação penal.

Ressaltamos que o termo técnico usado no Brasil como "representação da vítima" é usado em outros países com outra terminologia. Em Portugal é "queixa". Na Itália e Espanha é "querella", já na Alemanha é "Beschwerde".

O que gera perplexidade no Brasil é o fato de que se defende o rigor processual e ajuizamento de ações penais que estarão prescritas ou que as penas não serão cumpridas alegando falta de vagas, ou seja, em vez de racionalizar no começo da ação penal, o que acontece é tentar banalizar e flexibilizar ao final do processo. E com isto o meio jurídico recebe verbas para discutir ações penais sem eficácia alguma. Chegando até mesmo ao problema de o Estado ser obrigado a acusar para ser obrigado a defender.

Viola o principio da proporcionalidade o fato de o Ministério Público focar nos pequenos furtos de valores inferiores a um salário mínimo e alegar que "não tem tempo" para atuar nos crimes mais graves como homicídios, estupros e crimes intelectuais. Nem mesmo é comum no Ministério Público o gerenciamento dos processos criminais, sendo regra a conduta passiva de aguardar que o Escrivão da Polícia ou o Escriváo Judicial remeta os processos, e faltando no Ministério Público uma cultura de titular da ação penal e não apenas "titular da denúncia", ou seja, precisa focar nos resultados relevantes

e também controlar os processos que ficam dormitando nas secretarias judiciais ou nas delegacias, inclusive fiscalizando o cumprimento dos mandados de prisão, se estão cadastrados no BNMP (Banco Nacional de Mandados de Prisão) e, se cadastrados, verificar endereços nos bancos de dados para que sejam cumpridos.

14.4 Inovações recentes no Processo Penal Italiano

Aqui falaremos das atualidades do Processo Penal Italiano, os pequenos delitos e outras peculiaridades. O processo penal na Itália vem passando por constantes alterações desde a década de 90, fundamentadamente, promover o arquivamento das Diligências Preliminares, pois lá quem conduz a investigação é o Ministério Público, auxiliado pela polícia.

Ou seja, na Itália é o Ministério Público quem autoriza o início da investigação e define as prioridades. A Polícia encaminha a notícia do crime ao Ministério Público e este decide, se irá denunciar, se irá arquivar ou devolver à Polícia para investigar. A Polícia na Itália faz a remessa ao Ministério Público antes de iniciar a investigação e não como é no Brasil, em que a Polícia investiga o que quer e depois remete ao Ministério Público.

Portanto, seguindo esta tendência em Junho de 2015 entrou em vigor a nova redação do art. 131, bis, do Código Penal Italiano, no qual crimes com pena máxima de até cinco anos, e desde que não haja relevante consequência, nem seja o autor do fato um a pessoal habitualmente envolvida em crimes, poderá o Ministério Público.

No texto legal consta expressamente que **é caso de não punibilidade**. Mas, quando arquivar o caso neste hipótese, o Ministério Público deverá intimar a vítima, a qual tem o prazo de 10 dias para discordar do arquivamento e pedir a continuidade do processo.

A alteração do art. 131, bis, do Código Penal Italiano tem gerado críticas em alguns setores da advocacia, pois estes alegam que irá gerar a insegurança, discurso esse que geralmente acusam o Estado no Direito Penaldo Inimigo, mas foi invertido neste momento.

Alegam que a alteração viola o art. 112 da Constituição Italiana, no qual está previsto EXPRESSAMENTE que a ação penal é obrigatória. Contudo, setores da

Magistratura reagem e sustentam que não está havendo violação à Constituição, pois é caso de não punibilidade e não de oportunidade de ação penal.

De fato, o que parece preocupar a defesa é a significativa redução de processos penais, e conseqüentemente, do seu mercado de trabalho, embora publicamente digam outros motivos. Afinal, haverá menos réus e menos processos.

O processo penal italiano ainda é considerado um dos mais lentos da Europa e farto em prescrição, pois não há suspensão da prescrição após a prolação da sentença. Porém, mesmo assim, a partir da década de 90 vem sofrendo permanentes melhorias e já está bem melhor que o brasileiro.

A partir da década de 90 o processo penal italiano passou a ser um processo penal de partes, em que o Ministério Público controla e é responsável pela acusação. A polícia não faz pedidos judiciais e o MP já não senta mais ao lado do juiz. Embora, sejam a mesma carreira, o mesmo concurso e até possam mudar do cargo de Magistrado Judicial para Magistrado do MP, mas desde que em Comarca diferente.

Dessa forma, o MP Italiano apenas precisa de autorização judicial para escuta telefônica, quebra de sigilo telemático e infiltração. Nos demais casos, inclusive em sigilo bancário, requisita diretamente. Pode até expedir mandado de prisão por alguns dias, mas tem que pedir validação judicial posteriormenbte.

No cotidiano usam três ritos processuais mais comumente: diretíssimo, o rito abreviado e o comum.

No **rito diretíssimo** o Ministério Público (Magistrado do Ministério Público ou Procurador da República) pede julgamento antecipado quando o autor do ato criminoso é preso em flagrante. Neste caso, o Ministério Público dispensa a investigação e pede instrução oral e já oferece a acusação. No Brasil, a criatividade da defesa quer a Audiência de Custódia, mas depois tudo que se produziu é jogado fora e inicia tudo novamente, na fase de instrução.

Já no **rito abreviado** é a defesa que o pede, e consiste na situação de o réu confessar no início do processo pedir ao Magistrado Judicial a dispensa de provas e que seja julgado com redução da pena em 1/3. O juiz pode rejeitar o pedido e, neste caso,

despreza a confissão. O objetivo é agilizar o processo, logo não é direito subjetivo do acusado.

Já no **rito comum** como peculiaridade podemos citar que o interrogatório do acusado é feito no meio da instrução, entre a oitiva das testemunhas da acusação e da defesa. O Promotor pode fazer propostas de acordo conhecidas como "pattegiamento". Em geral, prevalece a oralidade e os processos são mais rápidos que no Brasil.

Em recente palestra para brasileiros, em outubro de 2015, Ferrajoli, na Universidade Tor Vergata, em Roma, lecionou, em apertada síntese, que:

> "[...] Deve prevalecer a obrigatoriedade da ação penal e processar todos; que os acordos penais violam a garantia do acusado ao processo; que a prescrição é natural; que escreveu sobre Ministério Público da Defesa (Defensoria), mas não aprofundou sobre o tema e não o conhece bem, pois na Europa não adotarão tal modelo tão cedo; Que as penas devem ser pequenas, mas cumpridas em sua integralidade; Que na execução penal o apenado já não é inocente mais, logo as regras processuais são outras e mais rígidas.Também é contra o princípio da insignificância".[252]

Ferrajoli ainda é uma referência na Itália jurídica, mas não tanto como no Brasil. Com a demanda da sociedade por um direito penal que combata máfia, terrorismo e outros crimes com maior rigor, os seus ensinamentos de garantismo (fortemente alicerçados em uma visão de esquerda e de que crime é predominantemente por causa da desigualdade social), têm perdido força na Itália, embora ainda seja forte na América Latina, em razão de países e juristas com ideologia de esquerda.

Por trás do discurso de "garantias constitucionais" e dos dez axiomas, o que é todos nós defendemos, logo não é novidade, há um discurso de esquerda que coloca o criminoso como vítima da sociedade, a qual é considerada pela esquerda como responsável pelo Fato criminoso. Esta posição é melhor esclarecida por Gilberto Callado, na Obra A Barbárie e a Face Oculta do Garantismo, editora Conceito. O Prof. Ferrajoli é um juiz (Magistrado Judicial) aposentado, sempre foi de esquerda, e leciona na Universidade Estadual de Roma.

---

[252] MELO, André Luís Alves de. **Inovações no processo penal italiano evidencia atraso no Brasil.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-10/andre-melo-atraso-processo-penal-brasileiro-parece-intencional>. Acesso em 25 nov. 2016.

Já em sua obra Direito e Razão, Ferrajoli expõe uma versão mais flexível da obrigatoriedade:

> Por outro lado, por 'obrigatoriedade' da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da 'não derrogação' do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime 'leve' ou 'oculto', mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição, caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade.[253]

Na execução penal Italiana não vigora a frouxidão como no Brasil, pois aqui isto desmoraliza o direito penal e aumenta o número de prisões. Lá, não existe direito de visita intima sexual (em nenhum país europeu existe). E quanto às visitas de familiares são apenas feitas com separação de vidro e contato por interfone, ou seja, não fazem piqueniques como Brasil (aqui familiares passam todo um dia inteiro no final de semana bebendo, e comendo com o preso, bem como brincando e conversando).

Já com relação às presas gestantes adotaram um sistema bem mais inteligente e mais barato que o brasileiro, ou seja, simplesmente suspendem a execução penal durante o período de aleitamento e depois a presa retorna para a prisão. No Brasil, querem criar um sistema de hospital maternidade dentro do presídio.

Presos que recebem salário têm parte do mesmo descontado para pagar despesas no presídio.

O modelo de investigação é bem mais avançado que no Brasil e todos os órgãos investigativos criticam, educadamente, a falta de integração de dados no Brasil.

Na Itália ainda prevalece a visão esquerdista de achar que crime é FATO jurídico (criminoso cometeu o crime por pressão externa), em vez de considerar como ATO jurídico (livre arbítrio).

No entanto na Itália, e na Europa em geral, já abandonaram os juizados de instrução e criaram as Procuradorias de Instrução. Aqui no Brasil, queremos criar os Juizados de Instrução, o que já foi abandonado nos países mais desenvolvidos.

---

[253]FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev.eampl. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 525

Um dado importante é que visitando uma Comarca perto de Roma em setembro de 2015 e com aproximadamente 600 mil habitantes foi dito que um juiz tem apenas 800 processos no acervo, e isto já leva alguns a concluírem erradamentede que temos poucos juízes no Brasil. Mas, isto decorre do desejo de se criar mais cargos públicos no Brasil.

Nesta Comarca Italiana há apenas 17 juízes de carreira para 600 mil habitantes e lá julgam causas criminais, cíveis e trabalhistas, tudo em um único prédio e um único tribunal para recurso.

Para comprovar o absurdo do excesso de gastos com sistema jurídico no Brasil cito que em uma cidade mineira há 28 juízes estaduais, 10 federais e 8 trabalhistas, em prédios diferentes e com quatro tribunais diferentes (incluindo o Militar). E cada vara tem uma média de 4 mil processos. Além disso, tem despesas com os prédios do Ministério Público e com a estrutura administrativa.

Na Itália não há nem discussão sobre processo eletrônico, apenas os andamentos processuais estão na internet.

Lá o Ministério Público fica em um Prédio separado, mas é somente um MP único, e a administração do MP e do Judiciário é conjunta. Os concursos são realizados a cada três anos e se aprovado, há necessidade de frequentar uma escola de Magistratura como aluno, sendo possível até mudar da função Judicial para a Ministerial (e vice-versa), desde que não seja na mesma Comarca, o que tem sido restringido nos últimos tempos, mas ainda é possível. Apenas existe sistema jurídico federal, apesar de haver províncias.

Os Magistrados Italianos aposentam com 40 anos de serviço, mas o computam o tempo de faculdade (cinco anos). E não há mais diferença de idade e tempo de servço entre Magistrados e Magistradas para aposentar.

Na Comarca Italiana há também 07 juízes leigos que trabalham com os 17 juízes togados nos julgamentos, além dos juízes de paz que são os responsáveis pelos juizados especiais, os quais julgam até furtos.

Além disso, em alguns casos o próprio Ministério Público pode fazer a citação do acusado.Outro dado importante é que a justiça gratuita não é banalizada como é no

Brasil.Em suma, na Itália há filtros para evitar o excesso de processos. No Brasil o lobby é para aumentar o número de processos e de cargos, e assim aumentar o mercado jurídico.

Ressalta-se ainda que enquanto, no Brasil ocorreram 53 mil assassinatos em 2014 para uma população de 200 milhões de habitantes, lá ocorreram 550 homicídios para uma população de 80 milhões de habitantes. Na Itália o réu aguarda o trânsito em julgado em liberdade, mas não são 40 recursos como é no Brasil.

Na Itália, ainda prevalece o sistema vicariante, ou seja, o Juiz pode aplicar a pena e cumular com medida de segurança, estas muitas vezes são mais eficientes que a pena em si.

Pelo que pude observar, copiamos o a legislação penal Italiana da década de 40, Código de Rocco, mas não fizemos a atualização, ou seja, ficamos com o que havia de ruim no sistema italiano, mas não copiamos o que há atualmente de bom, e isto parece que é intencional.

Importante destacar que na Itália vigora ainda o sistema de aplicação de medidas de segurança, de forma isolada, ou seja, sem pena/condenação, e este instrumento é muito usado para encerrar processos naquele país e até mesmo no início do processo, por exemplo, aplicando uma medida de segurança de não aproximar-se do local X, o que encerra o processo. No Brasil, temos as medidas cautelares ou protetivas, mas não encerram o processo. E na hipótese da Medida de Segurança apenas pode ser aplicada em casos em conjunto com a sentença de condenação ou absolutória imprópria, e restrita a pessoas com problemas mentais e que não são plenamente imputáveis.

14.4.1 Flexibilização da obrigatoriedade da ação penal pública na Itália

Já **na Itália** apesar da previsão expressa da obrigatoriedade da ação penal no art. 112 da Constituição Federal, o que ocorreu em 1948 e tinha como objetivo assegurar a igualdade, mas hoje reconhecem que não há como processar todos por todos os delitos. Antes da previsão constitucional a obrigatoriedade da ação penal passou a fazer parte expressa do Código de Rocco em 1930, o qual foi reformado em 1988 com uma redação que não consta expressamente a obrigatoriedade da ação penal, a qual ainda permanece na Constituição.

A obrigatoriedade da ação penal é expressa na Constituição italiana:

> Art. 112 – O Ministério Público tem obrigação de exercitar a ação penal.

Mesmo assim na Itália tem sido comum o debate sobre a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal, inclusive com proposta de emenda constitucional,

> "In ultimo, nel 2010, il deputato Versace formula un'ulteriore proposta dilegge costituzionale, a mente della quale il Ministro della giustizia, sentito Il Ministro dell'Interno, presenta un atto di indirizzo annuale alle Camere recante i criteri di priorità a cui ciascun Procuratore dovrà attenersi al fine di stabilire Le priorità nel distretto di competenza. Se tale atto di indirizzo – prosegue la proposta in parola – non verrà approvato entro il mese di dicembre di ogni anno, verranno prorogati di un anno i criteri dell'anno precedente 24. La competenza rimane al Parlamento ma i criteri vanno ridefiniti a cadenza annuale e non triennale come, invece, prevedeva (forse più saggiamente) la proposta Pera".[254]

Antoinette Perrodet também analisa os debates na Itália sobre a obrigatoriedade da ação penal, na obra Processos Penais na Europa:

> [...] Alguns críticos dizem que o princípio da legalidade na sua forma na sua forma atual é irreal, e outros dizem que há a necessidade da definição nacional de critérios a serem empregados (talvez por uma resolução do Parlamento).[255]

Mesmo a legislação processual italiana, segundo Eduardo Araújo da Silva, também passou por algumas reformas:

> A recente reforma processual penal operada na Itália (1989) obedeceu a política criminal de descriminalização, buscando a aceleração procedimental, notadamente para os casos de prisão em flagrante (Giudizio direttismo – arts. 409 a 452), reservando também espaços para a iniciativa discricionária do Ministério Público, por meio da introdução do consenso e do procedimento por decreto, que muito se assemelha ao procedimento alemão por ordem penal.
>
> Com essa reforma, observa Ennio Amodio que o sistema processual italiano se encontra hoje numa fase de transiçãoprojetada para a

[254] Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo. Disponível em: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0225_peri.pdf >. Acesso em: 30 nov. 2016.

[255] DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana ClaúdiaFerigatoChoukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 467

> redefinição da regra da obrigatoriedade, que é consagrada em termos constitucionais (art.112). Na verdade, segundo o autor, vai-se difundindo na cultura jurídica italiana a ideia de que o princípio constitucional não exige a instauração de todas as notícias de delito, mas transparência e o controle jurisdicional dos critérios, com base nos quais o promotor de Justiça faz a escolha entre o arquivamento e a formulação da acusação.
>
> Destarte, não adejam dúvidas de que o sistema processual penal italiano também se rendeu ao princípio da oportunidade[256]

14.5 Oportunidade da Ação Penal aplicada na Holanda e na Suéia e facultatividade das defesas criminais técnicas

Na Holanda e Suécia a defesa criminal é facultativa, em regra. Mas, o número de presos tem ficado abaixo da média mundial e diminuído ultimamente, inclusive com sobras de vagas nos presídios.[257]

Diferentemente do que pensam alguns focados na ideologia de esquerda de determinismo social, o segredo do sucesso nestes países é que em vez de vigorar o mito da obrigatoriedade da ação penal, prevalece a oportunidade da ação penal, ou seja, o Ministério Público pode arquivar delitos menos graves, propor penas alternativas imediatamente, bem como suspensões do processo, além de colocar presos em flagrante em liberdade e focar no mais relevante, evitando processos penais meramente burocráticos.

A priori, a defesa criminal é importante, mas o que dá mais resultado nestes países é quebrar o mito da obrigatoriedade da ação penal, pois é fruto do estado policial em que os policiais selecionam o que será obrigatoriamente processado pelo Ministério Público e Judiciário.

Em nosso país para se aplicar uma singela pena de 10 dias multa, ou seja, menos de R$ 300,00, que nem podem ser convertidos em prisão, é preciso um longo processo que pode ir até o STF, logo a tradução de ampla defesa pode ser amplo mercado de

---

[256]SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000 p. 28

[257]GOMES, Luiz Flávio.**Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios.**Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoes-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>. Acesso em: 20 out. 2016.

trabalho, pois a burocracia processual acaba enriquecendo setores jurídicos. Um guarda de trânsito aplica multas com valores bem maiores e sem necessidade desta burocracia.

Chegamos ao absurdo de que o rito processual para se aplicar uma pena alternativa ou pena de prisão, com instrução, é praticamente o mesmo. Ou até mesmo para se aplicar uma multa penal, a qual por vedação legal, não pode ser convertida em prisão.

A multa adminstrativa prevista no art. 165 da Lei 9503/95 (CTB) tem sido maior que a sanção aplicada nos crimes previstos no art. 306 da mesma lei, e ambos tratam de direção de veículo automotor sob efeitos de embriaguez. Dentre dessa visão de vitimismo, excesso de presos e obrigatoriedade de processar por tudo, a tendência judicial é afrouxar as condenações, o que acaba desmoralizando o direito penal. Senão vejamos o julgado abaixo do TJMG em que homicídio no trânsito culposo foi condenado a um salário mínimo e dois meses de suspensão da Carteira de Motorista, o que é uma pena bem menor que a multa de trânsito:

> -Processo: Apelação Criminal
>
> 1.0035.08.123150-4/001
>
> 1231504-03.2008.8.13.0035 (1)
>
> Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho
>
> Data de Julgamento: 10/12/2013
>
> Data da publicação da súmula: 16/12/2013
>
> Ementa:
> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - **HOMICÍDIO** CULPOSO - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO PERÍODO DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO (CNH) E PARA A DETERMINAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNÁRIA - AGRAVAMENTO - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.
>
> .Reconhece-se como necessária a proporcionalidade entre a pena restritiva cumulativa e a pena privativa de liberdade.
> Na aplicação da prestação pecuniária, devem ser conjugados os princípios que norteiam a fixação da sanção penal - individualização e proporcionalidade, responsáveis pela análise do desvalor da ação e do resultado - com os objetivos próprios da reprimenda penal, in casu, adaptáveis à pena alternativa.
> A jurisprudência tem conferido relevância também ao critério da condição socioeconômica do acusado.
>
> [...]

> Inconformado, apelou o Ministério Púbico pugnando pela reforma da decisão no que tange ao prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor (pleiteando o estabelecimento de dois anos e oito meses) e também no que se refere ao valor fixado para a prestação pecuniária, buscando seu aumento.
>
> O pretendido aumento do período de suspensão da CNH violaria a necessária proporcionalidade entre a pena de privação de liberdade e a pena restritiva de direitos. O período de dois anos e oito meses à luz do máximo de cinco anos seria desarrazoado em relação à pena de detenção pelo mesmo tempo, mas cujo máximo patamar seria seis anos.
>
> Neste diapasão, se a pena privativa de liberdade substituída pela sanção alternativa ficou no patamar **mínimo** refletindo a culpabilidade do agente, a pena restritiva de direitos deve espelhar a mesma culpabilidade, não se justificando a fixação da reprimenda em patamar mais elevado.

Em resumo, o cidadão depois de um processo penal, que durou quase três anos em razão de ter matado uma pessoa no trânsito, foi condenado a pagar um salário mínimo e ficou dois meses com a CNH suspensa. E depois o Judiciárioaleganão saber a causa do excesso de mortes no trânsito.

Se o cidadão acima tivesse sido abordado em uma blitz, e constatado que estava embriagado na direção de veículo automotor, então seria rapidamente enquadrado no art. 165 da Lei de Trãnsito, e expedida multa de quase 3,5 salários mínimos e 12 meses de suspensão da Carteira de Motorista. Isto tudo, sem precisar de todo um processo formal com juiz, promotor, advogado e serventuários. A presunção é de legitimidade do Estado na esfera administrativa e, de má-fé dos agentes eestatais no processo penal.

Esse vitimismo do criminoso no direito penal esparramou pelos meios jurídicos e é considerado muito natural. No entanto, no direito administrativo de trânsito ninguém fica discutindo sobre a eventual desproporcionalidade de um motorista de um fusca pagar o mesmo valor de multa que o motorista de uma BMW, ao avançarem o sinal de trânsito.

No ano de 2013 foi apurado em Araguari-MG, mediante cruzamento de dados, que aproximadamente 25 Boletins de Ocorrência policial sobre homicídios de trânsito na BR 050, entre 2010 e 2012, não foram comunicados à Polícia Civil pela Polícia Rodoviária Federal, ou seja, 25 mortes ficariam impunes, e algumas até mesmo ficaram, pois se aplicada a pena mínima de 02 anos e a dificuldade de prova posterior, então a

impunidade é bem provável, mas isto foi tratado com normalidade pela sociedade e pelo meio jurídico.[258]

Além disso, temos o paradoxo, de que a pena por homicídio culposo tem sido convertida em duas alternativas, sendo um salário mínimo e suspensão de dirigir por apenas 60 dias, conforme art. 44 do Código Penal. Ou seja, uma pena bem menor que a administrativa aplicada pelo policial na rua quando alguém flagrado dirigindo sob o efeito de bebida alcoólica, pois gira em torno de dois salários mínimos a multa, e suspensão por 12 meses do direito de dirigir. Ou seja, dirigir veículo automotor embriagado é mais grave do que matar alguém no trânsito? Sem falar na burocracia para se aplicar a pena por homicídio de trânsito se comparada com a multa de transito.

Diante deste excesso de processos penais que reforçam o coitadismo penal, o que se vê na prática é que não se pode prender por falta de vagas e por ser desumano; não se pode impor prestação de serviço de trabalho, pois o acusado não tem tempo; nem se pode aplicar penas pecuniárias ou exigir o cumprimento destas, pois o coitado do réu não tem condições de pagar as mesmas, ou seja, é direito penal do muito em burocracia e do nada em resultados.

Nesse paradoxo de ausência de valores e prioridades a vida da vítima perde o seu valor no meio de tantos delitos para serem processados. Apenas focam no direito à liberdade do criminoso.

Para a visão positivista reinante o ato de ceifar uma vida humana e furtar um chocolate no supermercado têm a mesma importância processual, cabendo apenas ao Legislador diferenciar a pena. A única questão que pode ser usada como prioridade é o fato de o réu estar preso (foco apenas no direito de liberdade do criminoso).

É preciso citar Pietro de Jesús Lora Alarcon, na obra Patrimônio Genético e sua proteção na Constituição Federal de 1988,

> Se as dimensões dos direitos fundamentais não são senão modalidades de observação jurídico-constitucional do resguardo de um bem jurídico concreto, chamado vida humana, e esta é a essência do

[258] Gazeta do Triângulo. Promotor quer apurar destino de boletins de ocorrência com mortes na BR-050. Disponível em: <http://gazetadotriangulo.com.br/tmp/noticias/promotor-quer-apurar-destino-de-boletins-de-ocorrencia-com-mortes-na-br-050/>. Acesso em: 25 nov. 2016.

> constitucionalismo, então, o constitucionalismo não pode subtrair-se da aproximação do bem jurídico que lhe dá sentido, aos novos avanços do campo da Ciência Genética.[259]

Portanto, se o Direito Processual Penal não consegue dar uma sanção proporcional que possa atuar como retribuição e prevenção de novos delitos em relação à proteção da vida, violando assim o próprio conceito de direito segurança previsto no art. 6º da Constituição Federal como direito social fundamental, bem como a vida prevista no art. 5º, caput, da mesma norma, então perdeu o sentido funcional, e tornou um processo penal de fim em sim mesmo e desnecessário.

O Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, alegou que criamos um país de ricos delinquentes em razão da impunidade:

> Para o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, o problema do Brasil está, em partes, na elite, seja ela privada ou seja, pública. Pois, para ele, ela escolhe ser honesta ou não, já que o Direito Penal permitiu, ao não funcionar como deveria, a criação de um país repleto de ricos delinqüentes.
>
> O ministro opina que o Brasil precisa punir para mudar sua imagem relacionada à corrupção e elogia o juiz federal Sergio Moro, o Ministério Público Federal e a Polícia Federal.[260]

Em razão da impunidade até classe média e alta intensificaram o cometimento de crimes. E neste a Esquerda justifica o aumento alegando que o "mercado consumista" induz estas pessoas a cometerem crimes, ou seja, a Esquerda insiste na visão do mercado como inimigo invisível.

No Brasilo Minstério Público é obrigado a processar por tudo que é crime de ação penal de inciativa pública incondicionada, com base no art. 24 do CPP, e ao final, na execução penal, depois de todo o custo, é que criam meios para não se cumprir a pena. Ou seja, em vez de fazerem a triagem no começo, querem fazer ao final, depois de toda despesa do processo. Em suma, aqui é comum o discurso de que falta ampla defesa e que prevalece o punitivismo. No entanto, pouco se fala na questão do mito da obrigatoriedade da ação penal. Porém, em países que há vagas nos presídios a defesa criminal é facultativa, mas o Ministério Público não é obrigado a processar, como na Suécia e Holanda. Logo, iremos abordar este tema.

---

[259] ALARCON, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 318

[260] Consultor Jurídico. Punição insuficiente. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-14/criamos-pais-repleto-ricos-delinquentes-barroso>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Nos últimos anos sob a égide de uma ideologia de esquerda marxista no governo federal prevaleceu o discurso de vitimismo e políticas públicas que acabaram prendendo mais, inclusive com confusos modelos em que se privatiza a execução penal, mas estatiza a defesa, em um modelo em que o Estado é obrigado a processar por todos os crimes e o Estado é obrigado a defender, em processos em que se discute mais a pena do que o crime em si, pois geralmente flagrantes, o que aumenta o número de presos por crimes menos inteligentes e isto paradoxalmente acaba interessando, pois mantém aceso o discurso de opressão estatal, vitimismo e luta de classes, ao passo de que contraditoriamente promove o inchaço estatal.

Com esta criatividade o número de presos mais que dobrou nos últimos 14 anos, entre 2002 e 2016, cujo período coincide com o Governo Petista e os aumentos exponenciais de gastos com Defensoria Pública, em um modelo aparantemente de transtorno bipolar estatal, em que o Estado é obrigado a acusar e obrigado a defender. E em alguns casos, como na ação penal privada, ocorre de a Defensoria estar representando clientes nos dois lados da ação penal.[261]

Vejamos como funciona na Holanda e Suécia:

Na Holanda: Os Membros do Ministério Público também podem decidir sobre a oportunidade da ação penal, arquivando em alguns casos, ou aplicando penas alternativas ou medidas que suspendem o processo. A defesa criminal é obrigatória apenas se o réu estiver preso. Nos demais casos, a defesa é facultativa. O Estado apenas fornecerá advogado gratuitamente nos demais casos, se for comprovadamente pobre. Mas, mesmo assim, não concede o Estado apoio judiciário (assistência jurídica gratuita) para réus em processos penais que a pena provável será de multa ou alternativa, mesmo que seja carente. Neste caso, ou o réu contrata um advogado às suas expensas, ou faz a sua defesa pessoalmente.

O Gabinete de Apoio Judiciário verifica os rendimentos e o patrimônio do requerente e da sua família. As pessoas solteiras com um rendimento líquido máximo de 1.518 euros e um patrimônio máximo de 7.300 euros podem recorrer ao apoio judiciário; para pessoas casadas/uniões de fato/famílias monoparentais os limites são

[261]RODRIGUES, Fernando. **Número de presos no Brasil mais que dobra em 14 anos**. Disponivel em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/26/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/>. Acesso em: 20 out. 2016.

2.135 euros e 10.500 euros, respectivamente. Aplica-se uma isenção especial de 65.344 euros pela habitação familiar. Os beneficiários de apoio judiciário devem pagar uma contribuição em função do seu rendimento. A contribuição está compreendida entre 90 euros e 769 euros (em 2005). Em determinados processos penais os litigantes com recursos limitados estão isentos do pagamento da contribuição. Isto equivale de 1,5 a 2 salários mínimos naquele país.[262]

Na Suécia: Os Membros do Ministério Público decidem sobre o ajuizamento, ou não, da ação penal, ou de medidas alternativas já no início do processo. O acusado pode defender-se pessoalmente, ou através de advogado. Mas, o Estado apenas pagará advogado, se os rendimentos do requerente não devem exceder um limite máximo, que actualmente é de 260.000 SEK (cerca de 27.375 euros anuais), Na Suécia não existe salário mínimo em lei, os salários são negociados em convenções coletivas. Mas o valor de 260.000 SEK equivale a uma renda anual das categorias mais comuns, ou seja, uma média mensal de um salário da categoria.[263]

No Brasil, os Membros do Ministério Público são obrigados a processar, sob pena de punição, (mito da obrigatoriedade, conhecido como principio) o que a polícia seleciona nas ruas, geralmente delitos cometidos de forma menos inteligentes e presos em flagrantes. Qualquer pena por mais singela que seja deve ser objeto de um longo processo penal e que pode ir até ao STF para discutir a insignificância. A Defesa é obrigatória em qualquer processo, até mesmo para uma singela transação penal de 10 dias multa e sem reconhecer culpa. Com este modelo que beneficia o mercado de trabalho da defesa, os presídios estão lotados, mas a defesa alega que a culpa é do Ministério Público. Enquanto isto o Governo com viés de esquerda usa os presídios para 'cura social' e suposta ressocialização de pessoas que nem precisariam estar presas, caso o Ministério Público tivesse alternativas para não processar. Com este número de presos em excesso a Esquerda consegue aumentar o seu discurso de vitimismo e luta de classes.

---

[262]European Justice. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_defendants_in_criminal_proceedings_-169-NL-maximizeMS-pt.do?clang=en&idSubpage=1>. Acesso em: 20 out. 2016.

[263] European Justice. Disponivel em: <https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-se-pt.do?member=1.>. Acesso em: 20 out. 2016.

Outros países em que a defesa criminal também é facultativa: Albânia, a Áustria, a Bósnia, a Bulgária, a Espanha, a Finlândia, a Inglaterra e a Romênia.[264]

É preciso romper com o mito de que é obrigado a processar por todo delito, o Estado apenas tem o dever de punir em delitos de relevância social (funcionalismo penal), o qual foca na política criminal. A quantidade de prescrições em muitos casos varia de 50% a 80% dos processos, além de processos com réus foragidos e sem punição alguma.

A seletividade pela polícia fica clara no artigo de Sérgio Rodas em que cita a pesquisa de Sérgio Adorno:

> Investigação ineficaz
>
> No entanto, para diminuir a impunidade no Brasil, também é preciso aumentar drasticamente a qualidade das investigações policiais. De acordo com pesquisa feita em São Paulo nos anos 1990 pelo coordenador do Núcleo de Estudos da Violência da USP Sérgio Adorno, apenas 6% dos 344 mil boletins de ocorrência analisados viraram inquérito.
>
> E pior: em 90% dos BOs, a autoria do crime é desconhecida, mas 90% das investigações recaem sobre os delitos nos quais o autor já foi identificado(flagrantes). "Se, por um lado, a punição não pode ser arbitrária, não pode haver arbítrio no que investigar e no que não investigar", declarou o pesquisador.[265]

O modelo atual de processo penal no Brasil é de total irracionalidade, com excesso de processos, e que provocam lentidão, falta de vagas para as audiências,(pois sempre criam mais diferentes tipos de audiências), prescrição, aumento de mercado de trabalho para a defesa, e implicam em prisões desnecessárias, além de focarem em flagrantes de crimes menos inteligentes. E ao final de tudo, propõe a ainda o caos da flexibilização da execução penal em vez de flexibilização no início (denúncia), além do transtorno bipolar do Estado acusando e defendendo, em um modelo que além disso estatiza a defesa e privatiza presídios, invertendo os papéis totalmente.

---

[264] PINHEIRO, Aline. **Em nove países europeus, advogado é dispensável.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-05/reu-nao-precisa-de-advogado-em-9-paises-europeus>. Acesso em: 20 out. 2016.

[265]RODAS, Sérgio. **MP não vive onde punitivista, apenas segue a lei, dizem especialistas.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-26/mp-nao-vive-onda-punitivista-apenas-segue-lei-dizem-especialistas>. Acesso em: 20 out. 2016.

Logo a solução é, independente de investir em argumentos do lobby da defesa, mas também é preciso discutir alternativas para flexibilizar a obrigatoriedade da ação penal no Brasil, pois isto é o que tem funcionado na Suécia e Holanda.

14.6 O Ministério Público na Constituição de Portugal

A Constituição da República Portuguesa em vigor é de 1976 foi elaborada logo após a Revolução dos Cravos e refere-se ao Ministério Púbico nos seguintes artigos:

> Ministério Público
>
> Artigo 219.º - Funções e estatuto
>
> 1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, **participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.**
>
> 2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei.
>
> 3. A lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares.
>
> 4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, *hierarquicamente subordinados*, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei (grifo nosso).

Importante ressaltar que a Constituição Portuguesa prevê expressamente a participação do Ministério Público na execução da política criminaldefinida pelos órgãos de soberania. Portanto, o que se discute em Portugal é o direito/dever de também participar do planejamento da política criminal, pois não é órgão de mera execução. Embora, em Portugal não haja na Constituição referência expressa à independência funcional do Membro do Ministério Público e haja uma pequena ingerência do Ministro da Justiça na Instituição, na prática o Ministério Público Português tem mais autonomia que o Brasileiro na área criminal.

Observa-se que a Constituição fala em princípio da legalidade, o qual embora tenda a ser traduzido como obrigatoriedade, tanto este como a oportunidade podem ser respaldados pela lei. Além disso, o termo “legalidade democrática” atualmente tem sido

no sentido de atuação democrática, ou seja, discricionariedade regrada, e que influencia também na área penal.

O Ministério Público em Portugal também atua como defesa do Estado, isto é, como Advogado da União.

O debate sobre a oportunidade da ação penal já está bem avançado em Portugal, mas o que se discute são os meios para se estabelecer esta prioridade. Ou seja, isto será definido por promotores burocratas dentro de seus gabinetes e sem discusão? Cada gabinete terá sua política criminal?

Portanto, em cidades como Belo Horizonte e São Paulo em que há até dezenas de Promotores Criminais como a Polícia e a Sociedade saberiam desta política criminal ? Se cada Promotoria tiver uma política criminal diferente isto poderia transformar o trabalho policial em confusão.

Este tema será oportunamente nos próximos capítulos.

Assim, corforme é possível vislumbrar, a obrigatoriedade da ação penal é a regra, mas as exceções são as previstas nos artigos 280.º a 282.º do Código de Processo Penal.

> Artigo 280.º - Arquivamento em caso de dispensa da pena
>
> 1 - Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa.
>
> 2 - Se a acusação tiver sido já deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos da dispensa da pena.
>
> 3 - A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não é susceptível de impugnação.
>
> Artigo 281.º - Suspensão provisória do processo
>
> 1 - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos:

a) Concordância do arguido e do assistente;
b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;
d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;
e) Ausência de um grau de culpa elevado; e
f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

2 - São oponíveis ao arguido, cumulativa ou separadamente, as seguintes injunções e regras de conduta:
a) Indemnizar o lesado;
b) Dar ao lesado satisfação moral adequada;
c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ou efectuar prestação de serviço de interesse público;
d) Residir em determinado lugar;
e) Frequentar certos programas ou actividades;
f) Não exercer determinadas profissões;
g) Não frequentar certos meios ou lugares;
h) Não residir em certos lugares ou regiões;
i) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas;
j) Não frequentar certas associações ou participar em determinadas reuniões;
l) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime;
m) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, tratando-se de crime para o qual esteja legalmente prevista pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor, é obrigatoriamente oponível ao arguido a aplicação de injunção de proibição de conduzir veículos com motor.

4 - Não são oponíveis injunções e regras de conduta que possam ofender a dignidade do arguido.

5 - Para apoio e vigilância do cumprimento das injunções e regras de conduta podem o juiz de instrução e o Ministério Público, consoante os casos, recorrer aos serviços de reinserção social, a órgãos de polícia criminal e às autoridades administrativas.

6 - A decisão de suspensão, em conformidade com o n.º 1, não é susceptível de impugnação.

7 - Em processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, o Ministério Público, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1.

8 - Em processos por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado, o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do

> arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1.
>
> 9 - No caso do artigo 203.º do Código Penal,é dispensada a concordância do assistente prevista na alínea
> a) do n.º 1 do presente artigo quando a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas.
>
> Artigo 282.º
> Duração e efeitos da suspensão
> 1 - A suspensão do processo pode ir até dois anos, com excepção do disposto no n.º 5.
>
> 2 - A prescrição não corre no decurso do prazo de suspensão do processo.
>
> 3 - Se o arguido cumprir as injunções e regras de conduta, o Ministério Público arquiva o processo, não podendo ser reaberto.
>
> 4 - O processo prossegue e as prestações feitas não podem ser repetidas:
>
> a) Se o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta; ou
> b) Se, durante o prazo de suspensão do processo, o arguido cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado.
>
> 5 - Nos casos previstos nos n.os 6 e 7 do artigo anterior, a duração da suspensão pode ir até cinco anos.[266]

Em **Portugal**, com o advento do novo Código de Processo Penal de 1987 (arts. 280, 281 e 392) permite-se ao Ministério Público arquivar, unilateralmente, procedimentos investigatórios relativos a crimes punidos com pena não superior a seis meses (desde que preenchidos os requisitos legais); além de prever a suspensão de processo para crimes punidos com pena de prisão de até três anos. Importante destacar que o art. 276 prevê prazos para encerramento do inquérito contados entre 06 meses e 18 meses a partir de autoria definida e findo este prazo o Ministério Público deve arquivar (por falta de provas) ou denunciar.

15. Audiências de Custódia no Brasil e na Itália

Na Itália o instituto similar à Audiência de Custódia no Brasil tem o nome de **Rito do Diretíssimo**. Porém, lá já se permite ao Ministério Público oferecer a denúncia

[266] Constituição da República Portuguesa. Disponível em:<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 ago. 2016.

na própria audiência, citar o réu, o qual pode até concordar com a acusação, e tem um benefício considerado como causa de diminuiçãoda pena (uma espécie de confissão premiada). Logo, é um instrumento que contribui com o julgamento em prazo razoável, mas no Brasil querem uma Audiência de Custódia apenas para perguntar se o preso foi bem tratado na prisão e tudo o mais em benefício somente do criminoso. Tudo referente à natureza probatória para o crime é ignorado e até vedado, apesar de todo o custo de mais uma audiência que foi criada, nada pode ser usado na instrução processual.

A nossa legislação penal tem como base o Direito Italiano da década de 40. Contudo, a partir da década de 90, a Itália mudou substancialmente nesta área, embora o direito brasileiro tenha poucas alterações estruturais na área penal.

No Diretíssimo na Itália, o réu preso em flagrante é apresentado ao Magistrado Judicial, com a Presença do Magistrado do Ministério Público, além de um Advogado. Nesta Audiência, o Magistrado do Ministério Público decide se há necessidade de mais provas, ou se já pode oferecer a denúncia oralmente (ou ser caso de arquivamento), e a defesa tem que apresentar a resposta defensiva oralmente oral. E já se inicia a instrução com oitiva das testemunhas conduzidas pela Polícia ou oitiva dos próprios Policiais, além de provas periciais, com sentença oral no próprio ato (absolvendo ou condenando). Ou seja, um sistema com visão ideológica do funcionalismo.

Na Itália, o Juiz não pode manter prisão sem pedido expresso do Ministério Público.

Observa-se que apesar de a Itália ser a terra do Garantista Ferrajoli, lá o foco é a proteção das pessoas e da sociedade, em razão de problemas como Terrorismo e Máfia, logo se busca equilibrar e agilizar os processos, pois também é comum a prescrição.

A mudança proposta pela Audiência de Custódia decorre de um Tratado Internacional ratificado pelo Brasil, pelo Pacto de São José, mas ainda não tem legislação nacional específica, embora o CNJ tenha regulamentado a mesma (Res. 213/15). O foco da Audiência de Custódia é apenas na liberdade do acusado, em uma visão de esquerda que acredita que o criminoso é uma vítima da sociedade e perseguido pelo Estado e elites burocráticas, ou seja, uma visão ideológica do garantismo (viés jurídico da Teologia da Libertação) .

Lado outro, no Brasil faltam dados para comparar o número de solturas antes em que se analisavam os Autos de Prisão em Flagrante no papel, e atualmente com as Audiências de Custódia, ou se houve eventual agilização dos procedimentos para a soltura.

No entanto, **um dado é cristalino**, ou seja, *o aumento do custo no Brasil com as audiências de custódia, em que o Estado gasta com deslocamentos, mais juízes, mais promotores e mais advogados, em uma audiência em que se alega que tudo o que foi produzido na mesma, tem que ser descartado*. Mas, isto viola até mesmo o princípio da moralidade, boa-fé e até mesmo da verdade real (para quem ainda crê neste princípio inquisitivista.

Em um país que falta recursos para a saúde de pessoas que não cometeram crimes, e vive em uma situação de colapso, é preciso rever os custos em todos os seus aspectos.

Porém, a liberdade do preso na Audiência de Custódia não significa a sua inocência, mas apenas que aguardará em liberdade o julgamento, o qual pode ser preso ao final do processo.

Ante o exposto, fazemos um resumo dos modelos:

1) **Na Itáliao preso em flagrante** é apresentado ao Magistrado Judicial, com a presença do Magistrado do Ministério Público e também do Advogado de Defesa.

O Ministério Público decide:

a) optar pelo rito **diretíssimo** (assumindo o risco) e dispensa mais investigações, já apresentando denúncia oral, com as testemunhas conduzidas pelos Policiais ou apenas oitiva destes, além de provas periciais já disponíveis, a defesa já faz a defesa oral, o juiz *tem que ouvir todos e sentenciar em audiência*. O Promotor nas alegações finais deve informar e justificar a pena máxima pretendida. Os casos de pequenos furtos são julgados pelo Juizado Especial.

b) Se há dúvida razoável, o Promotor pode requisitar mais diligência policial e deixar de denunciar no ato. Contudo, deve manifestar acerca da manutenção da prisão.

Juiz não pode manter prisão sem pedido expresso e fundamentado do Ministério Público.

c) Ministério Público pode decidir pelo arquivamento por falta de provas, atipicidade ou outra extinção. Se vítima ou Juiz discordarem do arquivamento, podem recorrer à Chefia do Ministério Público.

d) Também já pode o Ministério Público oferecer a proposta de acordo penal e evitar a instrução (pattegiamento)

2) **No Brasil em caso de prisão em flagrante** temos a **Audiência de Custódia** em que o Juiz está presente, bem como o Ministério Público e a Defesa, além do réu.

a) Neste ato o Juiz "interroga" o acusado e depois solta ou mantém prisão. Mesmo se Ministério Público pedir soltura ou arquivamento, o Juiz pode manter a prisão.

b) Não se aceita o Ministério Público já denunciar e até mesmo agilizar o procedimento para que o processo tenha uma solução rápida, inclusive absolvendo ou já aplicando pena alternativa.

c) O Estado dobra despesas com estruturas jurídicas e com o número de audiências, as quais já eram um problema desde 2008 pelo excesso de tempo que consomem e agora dobra o número do que já era colapso.

d) Forte tendência garantista no sentido de que toda a prova produzida, ainda que confissão perante o Juiz, com a assistência da defesa, deve ser desprezada e jogada no lixo.

e) O Promotor na Audiência de Custódia, então encaminha o caso para a Polícia Civil que, em regra, ouvirá as testemunhas arroladas pela PM, e depois tudo será reproduzido novamente na fase judicial, em uma repetição burocrática de atos probatórios.

Em suma, na Itália a "audiência de custódia" tem o objetivo de evitar a instrução processual e a demora, enquanto no Brasil apenas criaram mais uma audiência, a qual foca apenas no bem estar do preso, sem possibilidade de eliminar a Audiência de Instrução,

Por fim, analisando o sistema da Audiência de Custódia no Brasil e o do Rito Diretíssimo na Itália, o desafio que se faz aos leitores é que definam qual o sistema é mais inteligente e racional? O Brasileiro ou o Italiano? Ressaltando que nenhum dos dois está expresso em Lei brasileira.

16. O Promotor Criminal no Brasil X Promotorias de Segurança Pública

Promotor Criminal no Brasil: um ser passivo e burocrata.

No Brasil é comum discutir problemas prisionais e processuais sem analisar as soluções já testadas em outros países. A atuação predominante do Ministério Público Brasileiro na área criminal é resumida em uma frase no último capítulo em uma série de cinco reportagens da Rede Globo sobre os problemas da impunidade e insegurança *pública na qual um entrevistado analisa que o promotor criminal no Brasil é um ser passivo que atua passivamente o que a Polícia seleciona nas ruas*[267]*e há uma comparação entre o sistema brasileiro e o chileno.*

Esta passividade do Promotor Criminal é uma realidade pouco discutida na própria Instituição. Prevalece um "ethos" de que promotor criminal é mero promotor de denúncia e não tem que acompanhar processos, nem estabelecer prioridades.

Equivocadamente entendem o conceito constitucional de "titularidade privativa da ação penal" como mera titularidade da denúncia e em um contexto burocrático, sem focar nos resultados, prioridades e na segurança pública.

Na maioria dos casos quem define a pauta do promotor é a Polícia ou o Escrivão Judicial. Se este ficar cinco anos sem mandar o processo para a Promotoria, a maioria esmagadora dos Promotores Criminais não tentará agilizar o processo e simplesmente cairá no esquecimento.

Há muito de verdade neste comentário na Rede Globo, inclusive, após pesquisa que realizamos analisando a legislação de todos os países da América Latina, em torno

[267]Justiça no Chile consegue combater a violência com segurança pública. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/justica-do-chile-consegue-combater-violencia-com-seguranca-publica.html>. Acesso em 18 ago. 2016.

de 25, o que se constata é que a mais atrasada legislação é a brasileira, pois todos os demais países já abandonaram a obrigatoriedade da ação penal para os pequenos delitos e nem mesmo é obrigado a fazer transação penal. No Brasil segue um rigoroso "dever" de processar por tudo, e que gera grande número de prescrição ou de prisões por delitos menos complexos, pois não se consegue apurar os crimes mais inteligentes.

Embora o discurso seja de que a oportunidade da ação penal haveria impunidade, geralmente o Promotor criminal não se preocupa com prescrições, com cifra negra, em proteção da vítima, com pauta de audiências, nem se reúne com órgãos para maior fluxo de trabalho, como um email, ou seja, é um trabalho burocratizado.

No portal SINESP, <https://www.sinesp.gov.br/estatisticas-publicas>, é possível verificar estatísticas sobre segurança pública, inclusive com gráficos, mas não há uma ligação entre a fase policial e a fase processual. Nem há como priorizar os delitos ali descritos, pois a pauta de audiências é "para tudo", logo apenas diferencia-se no cotidiando processual, entre réus presos e réus soltos, independente da gravidade do ccrime.

Exemplificando, um Promotor Criminal tradiconal (finalista) não se preocupa com as causas e resultados do combate ao crime, ou então em medidas para reduzir a criminalidade, pois tende a acreditar que aquele processo isolado em sua mesa é a salvação da humanidade para ter segurança, ainda que seja furto de chocolate em supermercado ou farelo, e isto é a regra comportamental comum no mundo real.

Apenas reúne-se para tratar de algum caso concreto, mas raramente para tratar do funcionamento do sistema, ou como agilizar as perícias como um todo, por exemplo.

Outro ponto é que o Finalismo no Brasil trouxe uma atuação do Ministério Público focada em questões processuais e penais burocráticas e sem preocupar com a relevância do caso ou com prioridades. De forma resumida, para o finalismo (como sistema) o Operador do Direito não pode eleger prioridades (política pública), tem uma função meramente normativista.

Já para o Funcionalismo, pode sim eleger prioridades públicas para o processamento judicial.

Tanto o Finalismo como o Funcionalismo são de origem alemã, mas o finalismo não prevalece mais na Europa, pois concluíram que é inviável processar por tudo com base na tipicidade meramente formal. Para o finalismo basta a adequação do fato

criminoso ao tipo penal. Sendo que apenas o Legislativo pode definir prioridades e penas, e cabe ao Judiciário apenas diferenciar na dosimetria da pena.

O Finalismo admite apenas prioridade para réu preso, independente da gravidade do fato. Logo, como no Brasil prende-se em flagrante, como regra, e para crimes menos inteligentes, então se explica o fato de que processos por crimes menos inteligentes tramitam mais rapidamente. Portanto, para o finalismo ortodoxo não importa se furtou um chocolate ou se matou cem pessoas, se o assassino estiver solto não será uma prioridade. Este modelo prevalece no Brasil ainda e pouco se discute. Mesmo que a lei estipule prioridades, isto não é obedecido na prática.

Muitos Promotores nem estão preocupados com o cumprimento do mandado de prisão, das intimações para audiências e mesmo nos mais novos Membros este problema persiste gravemente, pois mais focados na forma do que no conteúdo e resutlado. Em determinado caso um Promotor, em estágio probatório, manifestou da seguinte formapara localizar o foragido “requeiro os ofícios de praxe”.Ora, esta conduta demonstra descompromisso com o resultado, delega para o Judiciário de localizar endereços, e adivinhar os ofícios de praxe.No entanto, o Ministério Público tem acesso a vários bancos de dados que permitiria localizar o endereço das testemunhas e até do acusado, mas não o faz, prefere a comodidade de pedir citação por edital.

Mas, a gravidade da postura passiva não pára por aí. Nos pedidos de dilação de prazo de Inquérito Policial é comum alegar que “não tem tempo” e então “bate carimbos padrão” concedendo dilações sem analisar a necessidade, descumprindo o artigo 17 do CPP. Afinal, em muitos casos já poderia arquivar ou até mesmo oferecer denúncia, principalmente se couber Suspensão Condicional do Processo.

Além disso, existe a conduta comum de denunciar com provas fracas, pois acredita no milagre de que podem ser melhoradas em juízo (o que nunca acontece, exceto se for algum milagre). Este problema decorre do fato de que confundimos naturalmente “indícios” com mera “suspeita”.

Durante muitos anos, particularmente, ficamos reféns dos flagrantes do tráfico de drogas pela PM, pois não havia como pedir absolvição antecipada, nem desclassificação para o delito de uso de entorpecente. E a solução era denunciar, o que gerava uma pauta exagerada de tráficos de 1,6 gramas, provas muito mal feitas, baseadas apenas em palavras de policiais ou em “denúncia anônima” do 190 (que

podem ser manipuladas) e uma perda grande de tempo em audiências como se fosse assistente jurídico criminal da polícia.

No entanto, após ler a obra da Maria Thereza de Assis Moura,Ministra do STJ, com o título "A prova por indícios no Processo Penal", conseguimos identificar a diferença entre "suspeita" e "indícios". Suspeita não é indício, mas apenas um elemento para justificar a investigação. Apenas os "indícios" são justa causa para uma ação penal (denúncia).

Com esta medida é possível ao receber os Inquéritos Policiais geralmente baseados em flagrantes da PM ratificados pela Polícia Civil e sem nenhuma outra investigação, o que se alega é que há apenas suspeita (cidadão em atitude suspeita, e com droga de 1,6 até 20 gramas na maioria dos casos), logo é o caso de se relaxar a prisão e retornar o IP para a Delegacia para INVESTIGAR o cidadão suspeito e até mesmo para atuar na cadeia de fornecimento e não apenas na ponta do problema, pois como as abordagens nem são filmadas, sempre fica uma dúvida razoável entre ser traficante ou usuário. E assim, passa-se a ter uma conduta de controle sobre a atividade policial e não atuando como assessor jurídico da polícia.

Outro aspecto desta passividade do promotor criminal brasileiro é o mito da obrigatoriedade da denúncia (na prática não é da ação penal como um todo), o qual é difundido até mesmo pela defesa, pois quanto mais processos mais penais, porém é necessário o Estado arcar com as despesas para defender e mais o mercado de trabalho da defesa aumenta.

Com a obrigatoriedade da ação penal, a qual praticamente já acabou em todos os países do mundo para pequenos delitos, o Ministério Público acaba sendo um órgão de passagem, sem autonomia e sem independência funcional.

Em muitos países, como na Alemanha, o Promotor não tem a independência funcional expressamente no texto Constitucional, mas consegue ter independência para eleger as prioridades. No Brasil, tem independência funcional na Constituição, mas ainda atua como espécie de advogado da Polícia, sem poder eleger prioridades.

Outro paradoxo é que apesar de o Ministério Público ter lutado pela derrubada da PEC 37,quando recebe uma demanda criminal, acaba por requisitar IP em vez de fazer a investigação. Muitos casos poderiam ser solucionados com uma notificação do suspeito para prestar esclarecimento por escrito ou em audiência ministerial. E após isto,

gerar o processo penal ou o arquivamento de forma muito mais rápida. Afinal, se requisita IP, ao menos na área estadual, prevalece a conduta de apenas "ouvir" na Depol, o que pode ser feito no próprio MP, mais rapidamente e focado no que entender mais relevante, o que evita que os IPs fiquem passeando entre DEPOL, Fórum e MP sem que nada seja feito.

Por exemplo, a maioria dos promotores criminais não se preocupa com questões como falecimentos de réus, e não junta a certidão de óbito nos processos, nem procura a certidão nos cartórios. Gera perplexidade, mas há casos em que o Promotor fica sabendo em um processo sobre o falecimento de X, e pede apenas naquele a baixa, nada fala nos demais, pois tem que fazer carga destes processos. Em regra, que acha que isto não é sua obrigação, ou seja, não tem gestão processual. Ora, mas quem é prejudicado com a tramitação de um processo em que o réu já morreu? A sociedade e o Ministério Público, pois se gasta tempo e dinheiro com um processo sem pena.

Outros acham que é obrigação da Secretaria Judicial fazer esta pesquisa, porém o Ministério Público já tem servidores e estagiários, mas ainda não se desapegou da prática de tudo requerer judicialmente.

Também não informa o Ministério Público, em regra, a pena pretendida em suas alegações finais. Nem mesmo informa as agravantes e causas de aumento de pena. E o mais grave é que depois recorre alegando omissão do Juiz. Ora, se não informou estes dados nas alegações finais, não pode recorrer por falta de interesse recursal. Afinal, pediu condenação genericamente e obteve o que pediu. O sistema acusatório constitucional deve ser assegurado plenamente, pois a defesa não foi informada pela acusação sobre a totalidade de sua pretensão.

No entanto, um fato muito preocupante é o descaso com a pauta. Geralmente o Promotor Criminal no Brasil não conversa com o Juiz para priorizar os casos mais graves. Se o Juiz marcar a pauta para 2020, quatro anos para a frente, o Promotor Criminal tende a achar natural. Afinal, tende a ser "finalista" e não pode fazer política pública.

Alpem disso, não se preocupa se o condenado irá cumprir a pena, nem se está havendo muitas prescrições. O mundo do Promotor finalista resume-se aos retângulos de cada processo individualmente. Se o escrivão envia o processo para o Promotor, este é capaz de focar em questões processuais ou jurisprudências, mas se o escrivão ou a

Polícia não envia os processos e procedimentos, está tudo bem. Em suma, este tipo de promotor não age, apenas reage.

Este tipo de promotor passivo (finalista) acha que cumpriu sua missão ao manifestar nos processos. Se o escrivão irá dar andamento ao processo isto não é problema seu, pode ficar parado dois anos e o Promotor não irá reclamar, pois não tem gestão processual. Ou seja, quer processar por tudo, mas sem acompanhar nada. Seria como ter mil filhos, mas não cuidar de nenhum alegando "falta de tempo".

O Brasil em lugar de flexibilizar a acusação estatal com várias alternativas, optou-se por focar na defesa, o que implica em exaltar o processamento de tudo. Ou seja, o Estado é obrigado a acusar, para o mesmo Estado ser obrigado a defender e recorrer até o STF para decidir que é insignificante. E se condenado, tem um grande risco de prescrição ou de banalizar a execução penal, inclusive com indultos presidenciais benevolentes. Ou seja, isto é um paradoxo. Em todos os países a flexibilização é no início do sistema penal e não ao final (depois de todo o custo processual).

Em razão da matriz ideológica do finalismo (que prevê uma atuação neutra, sem racionalidade de prioridades e sem política pública criminal), o promotor criminal de ideologia finalista não vislumbra que o seu trabalho esteja integrado na política pública criminal como fomentador das prioridades, mas sim acredita que processar por pequenos furtos é que dará segurança à sociedade, sem se preocupar com estatísticas, com dados de criminalidade, sem participar da organização e outras políticas de prevenção direta. E em razão disso acaba a seletividade criminal sendo feita pelas Polícias, principalmente pela Policia Militar que decide até os locais de câmeras de vigilância, locais que terão mais prioridades.

Para o finalismo a ação penal e segurança pública preventiva não estão interligadas. Afinal, acredita que a ação penal é a única forma de segurança pública e prescrição, e mesmo que não tenha resultados, ou demore dez, ou mais, anos.

Um ponto de colapso são os mutirões para "colocar serviço em dia", nos quais há uma atuação dispersa, isolada e sem planejamento. E acabam por beneficiar quem não trabalhou e deixou o serviço atrasar e fica sem nenhuma sanção. Tudo sem planejamento, sem foco nos resultados, pois quem faz o trabalho no mutirão não irá atuar posteriormente.

Nessa mesma linha segue a tendência de se fracionar a atuação, pois tem um promotor nos Autos de Prisão em Flagrante, outro no Inquérito Policial, outro na instrução (até vários), outro na fase recursal e outro na execução penal, todos sem uma linha integradora de atuação, pois têm independência funcional e gera uma atuação caótica.

Sem dúvida, quando se fala em política criminal não se pode esquecer do risco que o pensamento de esquerda impõe ao afirmar que a origem do crime é desigualdade social (para a esquerda todos os pecados são pela desigualdade social). Mas, para a direita o crime é uma decisão do criminoso em razão de sua ambição e baixo risco. Ou seja, são visões diferentes. Em regra, quem estuda criminologia consegue identificar e optar pela sua visão ideológica de forma consciente. O que não ocorre com quem desconhece a importância de temas como economia, filosofia, criminologia e outros para o direito penal (em sentido amplo).

Outro ponto comum é Promotores que atuam na área penal e estão há mais de 15 anos sem fazer cursos de atualização e apenas fazem pesquisas jurisprudências pela internet. No entanto, as inovações estão na doutrina e no direito comparado, sendo que a jurisprudência não muda se não tiver provocação das partes, o que inexiste se as partes apenas copiam e reproduzem jurisprudência (círculo vicioso).

Além disso, na fase recursal criminal o Ministério Público manifesta duas vezes antes do TJ julgar, e muitas vezes, com Procurador de Justiça desdizendo o que foi dito pelo Promotor Recorrente ou Recorrido. Mas, depois não se recorre da decisão do Tribunal alegando "falta de pessoal" e "excesso de serviço". Ora, mas então por qual motivo que em vez de manifestar duas vezes antes do julgamento, não fala apenas uma vez? E assim destina o pessoal a recorrer da decisão do TJ.

Importante definir critérios de controle sobre esta possibilidade de não processar para se evitar que muitos o façam, apenas para terem menos serviço. Mas, no Brasil já existe o controle judicial no art. 24 e 28 do CPP. Em suma, o direito penal no Brasil protege-se mais o patrimônio do que a integridade física.

Este comportamento passivo do Promotor Criminal Brasileiro é muito comum, e visto com assustadora naturalidade. Não há nem mesmo discussão institucional para se mudar este paradigma, logo não se vê um futuro muito promissor para uma atuação mais eficiente e seletiva. Contudo, para se mudar é necessário o seguinte:

- mudança de paradigma da cúpula para cobrar resultados e focar nos delitos mais relevantes, inclusive com gestão processual.

- mudar a forma dos concursos na área penal para cobrar conhecimentos de criminologia, política criminal e gestão processual.

- formação contínua obrigatória para reforçar os conhecimentos de criminologia, política criminal e gestão processual.

- reforçar que titular da ação penal não é mero burocrata que assina denúncias por delitos simples.

- Definir critérios para a seletividade e prioridade de casos mais graves, independente se réu preso.

- Reforçar a diferença entre suspeita e indícios, pois a mera suspeita não pode gerar uma denúncia.

-Estabelecer estatísticas para verificar demandas mais comuns e resultados obtidos, inclusive mensurando a prescrição.

- Definir que somente pode existir "independência funcional" se o Membro demonstrar a atuação eficiente, pois ambos conceitos estão expressos na Constituição Federal (independência funcional e eficiência).

- Estimular uma atuação mais ativa e menos reativa e atuando preventivamente. Ou seja, seria uma promotoria mais focada na segurança pública e menos na pena ou no crime já ocorrido.

16.1 O objetivo (finalidade) do Direito Penal

Nesse ponto tocamos em um assunto pouco discutido e talvez o mais relevante, a divisão que deveríamos fazer é entre criminosos habituais (profissionais do crime) e criminosos eventuais (por algum vacilo cometeram o crime). Criminosos habituais não querem ser ressocializados, pois o crime lhes dá mais lucro e alegam ostensivamente que não querem trabalhar. Já os criminosos eventuais serão "ressocializados" automaticamente, pois quando saírem do presídio, retornaram à sua vida normal, pois não são bandidos profissionais.

É recorrente dizer-se no Brasil que a finalidade da pena é “ressocializar”, este é um discurso bem enraizado e que, por vezes, supera até mesmo o fim punitivo do direito penal. No entanto, tem como o Estado obrigar alguém a ressocializar-se?A resposta é não. Afinal, como poderia o Estado obrigar a alguém a ressocializar, ou seja, a deixar de cometer crimes futuros e adequar às regras sociais?

Este viés ideológico é tão fortemente disseminado pela Esquerda que não existem mais criminosos e nem apenados na execução penal, são apenas “reeducandos”, embora a lei não use esta expressão, a Esquerda conseguiu impor este viés através de seu lobby nos órgãos de execução penal.

A religião dá dicas sobre o bom caminho para a ressocialização, em uma analogia com “reintegração ao berço celestial”. Portanto, o primeiro passo para ressocializar deve ser a confissão dos pecados e o segundo o arrependimento,e por fim, declarar que quer determinado destino, logo que cabe ao líder religioso apenas estimular, mas não tem como decidir pelo seu discipulando. Assim, adaptando para o meio penal, deveria primeiro o criminoso confessar os seus crimes, depois se arrepender e ao final o criminoso deve decidir ressocializar-se e isto não pode ser imposto pelo Estado, apenas pode estimular.

Geralmente confundimos “dignidade humana” com “ressocialização”. E o discurso é o seguinte os presídios não “recuperam” ninguém, pois são degradantes. Contudo, o fato de serem degradantes violam é a dignidade humana e neste aspecto o Estado é responsável, pois a pena deve ser cumprida com dignidade humana, mas não pode obrigar a ressocializar.

O criminoso habitual é um “empresário do crime”, se ele verifica a possibilidade de lucro com base na ilicitude, ele cometerá o ato, independente de ter doutorado ou apenas primeira série do ensino fundamental, o que irá mudar é o tipo de crime.

Neste giro, o Estado pode até disponibilizar mecanismos para “ressocializar”. Mas, o que ressocializa uma pessoa? Esta é uma questão ideológica. Para pensamentos mais alinhados à esquerda o presídio seria uma espécie de terapia laboral e ensinando o preso a ter profissão, ele não cometeria mais crimes, pois reduziria a desigualdade social.

Porém, para pensamentos mais alinhados à direita tendem a sustentar que estabelecer políticas de assistência religiosa e de fortes valores sociais e morais,bem como a hierarquia, é que trariam mais resultados.

Ressalta-se que nos últimos 20 anos os dois partidos que ocupam destaque no Comando têm uma origem ideológica mais de esquerda, embora correntes diferentes, logo sustentam uma espécie de cura social através das prisões e que criminosos são vítimas da sociedade e da desigualdade social.

A questão da "ressocialização" da pena não é algo pacífico no mundo. Países como Estados Unidos e Alemanha não a reconhecem como uma obrigação da pena, mas sim que o Estado deve assegurar dignidade humana na execução da pena, e também disponibilizar meios que permitam ao preso OPTAR pela ressocialização, logo não há como o Estado obrigar a ressocialização.

Se entendermos a resssocialização como objetivo da pena e até mesmo, como sustentam alguns, superando o aspecto punitivo, então haveria dois problemas estruturais, no primeiro problema a finalidade do direito penal é "ressocializar", então não precisamos mais do tipo penal, ou seja, qualquer conduta "antissocial" deveria ser processada para manter a boa convivência e aplicada pena, ainda que alternativa. Ou mais, para evitar a conduta "antissocial" poder-se-ia processar até mesmo preventivamente. Obviamente, este não é um bom caminho para o Direito Penal.

Já no segundo problema estaria a situação de que se a finalidade do Direito Penal é ressocializar, a pena somente poderia ser declarada extinta quando houvesse provas de que o apenado está ressocializado. Nem poderia haver prescrição, pois prevaleceria a "ressocialização" Contudo, isto traria uma incerteza e então o aspecto punitivo é que estabelece os limites da pena em lei.

Um aspecto cultural é que geralmente o Direito Penal nas Escolas é estudado sem que se conheça a realidade dos processos penais, ou até mesmo dos presídios. Fica muito na retórica, decoreba de termos, e reprodução de uma visão que coloca o réu como vítima do Estado e também que excluiu a vítima do problema. Esta não sofre, apenas quem sofre é o réu para esta visão dogmática.

Em razão destes aspectos é que não pode nominar o condenado de "reeducando", pois não se pode obrigar o mesmo à reeducação. O que se pode obrigar é a cumprir a pena legalmente prevista, logo é apenado.

Um dos resultados de quando se inverte os papéis e passa-se a considerar o criminoso como vítima da sociedade ou torna o crime compensador é que se perde o controle social, e o criminoso perde a "vergonha" de ser criminoso, e passa a cometer delitos sob o manto da impunidade, e o resultado é o paradoxo do aumento de prisões.

É comum associar, em países de ideologia mais de esquerda, que o crime decorre de desigualdade social, pois avaliam apenas os criminosos presos. No entanto, crimes ocorrem em todas as camadas sociais, mas são de natureza diferente. Quanto mais estudado o criminoso, mais elaborado o crime, menos violento, menor pena e mais dificuldade de provar o crime. Estes crimes não identificados são considerados como "cifra negra".

Conforme a ideologia do leitor irá sustentar que o crime é uma doença social decorrente da desigualdade e que precisa ser ressocializado (esquerda). Ou então que o crime é um fato natural, decorrente da oportunidade, e que deve ser punido com dignidade humana (direita).

Um ponto interessante é que pesquisa do IPEA em 2010 comprovou a diminuição da desigualdade social, mas houve um aumento da criminalidade, logo no tocante há outros fatores como os biológicos e psicológicos,além até mesmo da própria ambição e oportunismo.[268]

No cotidiano de defesa do caráter ressocializador da penafrequentemente afirma que se o Direito Penal não ressociliza ele não funciona. No entanto, o papel principal da do Direito Penal é manter a ordem e a segurança pública em níveis razoavelmente aceitáveis, sendo do ponto de vista ideal que o cidadão tenha receio e não cometa o

[268]Jornal Opção. **Aumento da renda não diminui violência no país**. Disponível em: www.jornalopcao.com.br/post/reportagens/aumento-da-renda-nao-diminui-violencia-no-pais. Acesso em: 14 out. 2016.

crime. Mas, no Brasil apenas 1% dos crimes são punidos, logo isto leva a uma lógica de "lucro da ilicitude". Menos de 10% dos homicídios têm a autoria descoberta.[269]

É recorrente também sustentarem que o efeito punitivo da pena não funciona, mas basta relembrarmos que quando o Guarda de trânsito começa a multar, tanto o infrator, como os demais, tendem a não avançar o sinal. Portanto, alegar que melhor seria reeducar, é uma visão importante, mas sem o aspecto punitivo a adesão é muito baixa.

Outro viés muito repetido é que o presídio é "escola de crimes". No entanto, apenas transforma a pena em aprendizado de outros delitos quem quer. Geralmente já eram criminosos habituais (bandidos por profissão) e que vêem no presídio uma oportunidade para trocar experiências. É praticamente um criminoso eventual (p.ex. um homicida passional transformar-se em criminoso habitual porque conviveu no presídio.

Embora os discursos foquem em liberdade do criminoso, é importante também destacar que há ameaça à liberdade de 99% da população e até mesmo à vida destas pessoas. Logo, não pode haver apenas um debate de garantias e proteção do criminoso.

Sustenta-se que o Direito Penal não reduz criminalidade, mas um Direito Penal sem uma Execução Penal que seja rigorosa acaba desmoralizado e aumenta-se a criminalidade. Logo, o sistema de justiça criminal depende de vários fatores.

As punições demoram muito no Brasil, são processos lentos, temos um Código de Processo Penal que precisa ser revisto, pois o processo para um furto simples ou para um latrocínio é o mesmo, o que é desproporcional. Não adianta ter um direito penal sem punição, pois sem efetividade.

Se considerarmos o crime de pequenos furtos de até um salário mínimo como ação penal condicionada á representação da vítima, é provável que mais de 100.000 presos não sejam presos. Isto já foi feito na maioria dos países. Logo, se o objetivo é evitar a prisão, pois o patrimônio é objeto privado, a vítima teria que ser ouvida.No entanto, esta discussão praticamente inexiste no Brasil. Isto não gera impunidade, pois crimes de furtos em supermercados, por exemplo, podem ser combatidos de outra

[269] Jornal da Globo. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. Disponível em: <g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-não-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Acesso em: 14 out. 2016.

forma, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, e isto permitiria focar nos casos mais graves. Hoje nem mesmo é possível acordos penais nos processos de pequenos furtos.

Nada impede que um criminoso habitual possa deixar a profissão de risco. Geralmente quando casa ou quando reduz o hormônio Dopamina (hormônio natural e que tende mais a riscos e lucro), o criminoso tende a largar profissões de perigo, isto começa a partir dos 30 anos. Mas, estas questões refogem ao Direito Penal.

Atualmente ignora-se até mesmo a impossibilidade de se ressocializar "psicopatas", pois são pessoas que não têm o mecanismo do arrependimento, isto é uma questão biológica e não educacional. E pode ser detectada por scanner cerebral, além de ser "incurável".

Por outro lado, no Brasil ainda foca-se no Direito Penal como apenas de prisão,ou seja, restrição à liberdade, mas já há países mais avançados em que se mira no patrimônio do criminoso, para cessar o lucro do criminoso. No Brasil, ainda pouco discutimos sobre esta questão, mas já alguns avanços.

A forma para se reduzir a criminalidade é simples: "o crime não pode compensar". Quando se flexibiliza a execução penal com entendimentos em que uma pena de seis anos torna-se quatro meses em regime domiciliar(o que é real), acaba-se por desmoralizar todo o sistema penal, é melhor que nem se processe por estes delitos para que não se transforme em motivo de descrédito,

Isto fica claro na obra Economia do Crime, de Luiz Tadeu Viapiana, da editora Age, vejamos:

> Um dos fatores decisivos na equação do crime, segundo Becker e Eharlch, é o efeito exercido pela probabilidade de prisão e condenação - o mais importante risco que o indivíduo assume ao optar pelo crime.[270]

Alguns setores alegam sempre que o Direito Penal é ineficaz. Certamente não consegue o Direito Penal acabar com a criminalidade, pois isto seria uma missão impossível. No entanto, um Direito Penal com sanções razoáveis, inclusive de natureza patrimonial, contribui para uma segurança pública e diminuição da criminalidade. Mas, não adianta termos um Direito Penal que é desmoralizado com uma execução penal que

[270] VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do crime: uma explicação para a formação do criminoso**. Porto Alegre: Age, 2006, p. 40

não se baseia na disciplina e meritocracia. Se é para flexibilizar que seja feito no início do processo permitindo que ações penais não sejam ajuizadas em casos de insignificância, mas não faz sentido que depois de um longo processo é que haja esta flexibilização (na execução penal).

Nos Estados Unidos quando um preso comete uma falta na execução penal, o tempo de punição administrativa é ampliado na pena do apenado, ou seja, se foi condenado a três anos de prisão e descumpriu uma regra do presídio e foi punido com suspensão de direitos por dez dias, estes dez dias são acrescidos ao tempo da pena que passa a ser 3 anos e 10 dias. E depois de cumprir a pena há casos em crimes como pedofilia que o apenado, ainda fica até 08 anos sob vigilância estatal indireta. No Brasil, até presos com falta grave recebem perdão (indulto) e há uma total frouxidão na execução penal que paradoxalmente aumenta o número de prisões, pois sabem que ficarão apenas menos de seis meses presos. Alguns chegam até dizer que estão de "Férias no presídio" para descansar da exaustiva vida criminosa.

Quando se perde o medo do direito penal, o que impera é o caos e a impunidade. Há risco de se violar a liberdade de alguns, mas por outro lado, 99% da população não se envolve em crimes (ao menos não são processadas), logo é preciso equacionar esta questão. E a vítima que foi estuprada não precisaria de dignidade humana e até de estímulos para ser decidir pela sua ressocialização?

Ou seja, é possível cumprir a pena com dignidade humana e sem ressocialização, pois conceitos diferentes. Inclusive alguém que teve a sua dignidade humana violada em presídios precários, pode voltar para a sociedade e não mais cometer crimes, estando plenamente ressocializada. Afinal, ressocializar é uma decisão pessoal do apenado.

O mais importante é reforçar que o crime é um ato de vontade, comete quem quer. Não é uma imposição social como sustenta o pensamento dominante.

A criminalidade organizada continua crescendo enquanto o sistema penal foca nos pequenos delitos, em um vídeo disponível no YouTube é possível ver a ligação entre as FARC (Forças Armadas Revolucionária da Colômbia) e o PCC[271]. Na verdade, o PCC é conhecido como Primeiro Comando da Capital, mas foi criado em Taubaté,

[271] YouTube. Ligação entre PCC e as Farc. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZMO9sK9ipgo>. Acesso em: 05 dez. 2016.

logo nunca teve sua origem na Capital. O que ocorreu é que o seu primeiro nome pretendido era Partido Comunista Carcerário, mas mudaram o nome para evitar problemas. No link sugerido é possível observar que depois de um encontro entre FARC e PCC é que iniciou no Brasil o uso de explosivos para assaltar bancos, bem como de armamento pesado e explosivo para assaltar carros fortes e empresas de valores. Também é fácil pesquisando na internet ver a ligação de alguns partidos no Brasil, notadamente um partido, com as FARC. Essa rede criminosa passa até mesmo por alguns sindicatos, os quais gozam da prerrogativa e não prestam contas a nenhum órgão público sobre o uso de seus recursos financeiros.

Na verdade, o que move a sociedade são três fatores medo, punição e recompensa. Enquanto o direito penal recompensar o criminoso o resultado será mais crimes e mais vitimas.

Por fim, conclui-se que a finalidade do Direito Penal, em tese, é punir com dignidade humana e estabelecer um certo temor preventivo, além de vergonha (controle social) para evitar os crimes. No tocante à ressocialização é algo que depende do apenado querer ressocializar-se, logo na é algo coercitivo, sendo que pensamentos de esquerda focam na terapia laboral nos presídios e os de direita sustentam como política estatal mais valores religiosos e morais nos presídios), logo tendem a ver mecanismos diferentes para ajudar o apenado a decidir ressocializar.

17. Arquivamento provisório por prioridades no Código de Processo Penal e no Direito Comparado Europeu

Importante destacar que o CPP não veda o arquivamento provisório para se estabelecer prioridades, portanto é possível uma interpretação extensiva do art. 18 do CPP, o qual se refere a arquivamento provisório por falta de provas.

Há de ressaltar que o art. 28 do CPP também não diferencia entre arquivamento definitivo e arquivamento provisório. Logo, em tese, é possível o arquivamento provisório do Inquérito para priorizar os casos mais graveis. Dessa forma estaria o Ministério Público usando o fator tempo para estabelecer a política pública local de prioridades e se o Juiz discordar poderia aplicar o art. 28 do CPP remetendo ao PGJ, logo a situação não é abusiva como sustentam alguns. O texto legal apenas fala em "razões de arquivamento".

No entanto, o Direito Penal que deveria ser a ultima ratio, tornou-se a primeira ratio no Brasil, afinalmuitos cidadãos acreditam que a Polícia é a porta de acesso para os seus direitos e até mesmo processos judiciais.

É comum muitos órgãos exigirem boletins de ocorrência policiais para questões que nem são criminais. Logo, urge discutir o mito da obrigatoriedade da ação penal e caminhar para a discricionariedade regrada por prioridades, não podendo o Direito Penal ignorar a Criminologia e a Política Criminal, o que visa um sistema penal funcionalista, não se atendo a mera dogmática penal alienista, acrítica e automatizante.

Por outro lado, em uma situação real real há processos judiciais aguardando atos de secretaria judicial há mais de um ano na comarca pesquisada. Há quase 200 mandados de prisão não cumpridos e 90 guias de execução não expedidas, logo o serviço não tem efetividade, neste modelo irracional. E nem a polícia consegue investigar tudo, e acaba focando nos casos mais simples para evitar excesso de prazo e o que não consegue apurar, então relata o inquérito para encerramento. Ou seja, acaba tendo discricionariedade para prioridades. Algumas ordens judiciais para expedir mandado demoram mais de 06 meses para que a Secretaria envie à Delegacia e ainda há lacunas na comunicação.

Mesmo com a instalação de uma outra Vara Criminal, ou seja, passando de uma para duas Varas, poucas melhorias ocorreram, e também ocorreu que o salário dos escrivães judiciais, diretores de secretaria, praticamente triplicou neste período, mas não se vê resultados positivos.

Com a proposta de medida de prioridades é possível priorizar os casos mais graves como roubos, quadrilhas, homicídios e outros e de forma transparente com publicidade judicial.

Em geral, os réus são condenados, mas na pena mínima, principalmente se considerarmos a simplicidade da maioria dos fatos criminais julgados. Nos processos penais corriqueiros há pouco espaço para discussão sobre teses inovadoras e diferentes, exceto para temas repetitivos como é se tal crime é hediondo, ou não. Ou, se é “insignificante, ou não”, pois os Tribunais Superiores são omissos e não pacificam a questão de direito.

Nesse diapasão, o exercício seletivo da ação penal para priorizar delitos de menor gravidade é uma via de solução em face do colapso processual e prisional, o que demanda um foco constitucional do processo penal de partes, menos inquisitivo, e focado na visão de processo consensual, com penas alternativas, para a efetivação dos objetivos de prevenção geral, pois devido processo legal não é apenas judicial, ou adversarial, é o previsto em lei, e ninguém é obrigado a aceitar os acordos e devidamente assistidos por advogado.

Nesse sentido, cita-se Hellmuth Mayer, na obra Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo,

> A doutrina do direito penal de Kant diz respeito somente ao direito criminal em sentido estrito dos tempos mais antigos, portanto, não ao, naquele tempo, chamado direito civil ou de política. Ás 'penas penosas' estavam sujeitos, por exemplo, não a massa dos casos de furtos, mas apenas o furto especialmente qualificado, assim, o grande furto, acima de 20 floris de outro (=valor de 1-2 cabeças de gado grosso) na reincidência. Somente as matérias penais completamente graves, por exemplo, o assassinato, pertenciam ao âmbito tomado em consideração por Kant. Somente crimes graves de tal maneira ele considera antijurídico, digno de retribuição e carente de retribuição. O direito da infração pequena,o chamado antijurídico civil ou policial, Kant trata, quanto muito, à margem.[272]

O florim era a moeda que prevaleceu na Idade Média, em e geral, um florim poderia ser convertido hoje para aproximadamente 20 dólares, ou um pouco acima do salário mínimo brasileiro, embora não se possa fazer uma conversão direta em razão das diferenças de poder de consumo.

Registra-se que Kant não era uma penalista, e apenas tratou deste tema em um pequeno capítulo da sua obra "Metafísica dos Costumes", como imperativo categórico do direito de punir, ou seja, a retribuição.

Lado outro, retornando ao tema da questão penal, mesmo que o **ato** seja típico, antijurídico e culpável (em sentido estrtito), pode não haver justa causa para se instaurar uma ação penal pela desproporcionalidade ou até mesmo pela ausência de interesse público ou da própria vítima em alguns casos de ação penal pública incondicionada, o que justifica "razões de arquivamento" previsto no art. 28 do CPP, ainda que provisoriamente, e por questões de prioridade e política criminal.

---

[272]HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo.** Tradução Eduardo Schenato Piñero et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 213

Dessa forma, o Ministério Público e o Judiciário deixariam de dividir a prioridade apenas em **réu solto/réu preso** e passariam a administrar a pauta com base no **crime grave/crime de menor gravidade**. Pois, hoje um réu de latrocínio solto terá audiência para o ano de 2018 na Vara Criminal, mas se preso em flagrante por furto de chocolate terá audiência em até 90 dias.

Logo, a prioridade precisa ser repensada em nível nacional, tanto na doutrina como na jurisprudência, pois a política criminal está sendo decidida pelo soldado da PM que decide se faz a prisão em flagrante, uma vez que se não conseguir fazer o flagrante (por motivos vários, ainda que medo), a audiência de instrução vai para os anos seguintes. E o acusado ainda terá direito a 40 recursos processuais em liberdade, mesmo que o delito de furto seja por insignificância e até mesmo que a vítima não tenha interesse no processamento do feito.

Normalmente, a Polícia Militar tem estrutura apenas para tratar dos crimes de atavismo (crimes cometidos com menor inteligência) e isto leva ao círculo vicioso da cifra negra para delitos mais elaborados como estelionatos, corrupção e colarinho branco. Sendo que a maioria dos processos criminais inicia com Boletins de Ocorrência lavrados pela PM e com precária e limitada investigação pela Polícia Civil, os quais vão sendo denunciados pelo Ministério Público conforme ordem cronológica da remessa de Inquérito Policial, exceto diferenciando entre acusados presos (novamente o empoderamento do PM e do PC para os flagrantes) e soltos.

A atuação do Ministério Público deve ser filtro das ações penais para reduzir o poder punitivo do Estado, visando racionalização e eficiência, o que é inerente ao seu papel de controle externo da atividade policial, defensor do Estado Democrático de Direito e fiscal da lei, logo não é mero despachante judicial da polícia ou apenas órgão de acusação. Contudo, no modelo atualmente predominante na prática basta a polícia decidir atender à ocorrência e definir a autoria e o Ministério Público é obrigado a processar, o que implica em processar apenas crime de “furto de varal” e outros de menor complexidade.

O MPF vem formalizando aspectos da oportunidade da ação penal através de suas Câmaras de Revisão Criminal, pois não adotam o art. 28 do CPP, e sim, o art. 62,I, da LC 75/93, esta medida pouco comentada no meio jurídico é uma revolução copernicana, conforme orientações transcritas abaixo, em razão de sua importância:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

ORIENTAÇÃO CONJUNTA Nº 01/2015

As 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, reunidas em 16 de março de 2015,

CONSIDERANDO que, nos termos do artigo 62, I, da Lei complementar nº 75/93, compete às Câmaras de Coordenação e Revisão "promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em ofícios ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional";

CONSIDERANDO, ainda, que, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei", **bem como conforme dispõe o artigo 62, IV, da Lei Complementar nº 75/93, compete às** Câmaras de Coordenação e Revisão "manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral",

ORIENTAM os membros do Ministério Público Federal atuantes em ofícios vinculados às 2ª, 5ª e 7ª Câmaras a submeterem as promoções de arquivamento de inquéritos policiais, de procedimentos investigatórios criminais (PICs) e de notícias de fato ou peças de informação diretamente à Câmara competente, para fins de revisão.

Brasília, 16 de março de 2015.[273]

ORIENTAÇÃO Nº 25/2016

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas no artigo 62, I, da Lei Complementar nº 75/93, e respeitada a independência funcional,

ORIENTA os membros do Ministério Público Federal que oficiam na área criminal a procederem ao arquivamento de investigações criminais referentes a condutas que se adéquem ao contrabando de cigarros, quando a quantidade apreendida não superar 153 (cento e cinquenta e três) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, ressalvada a reiteração de condutas que cobra a persecução penal.

Brasília, 18 de abril de 2016[274]

---

[273]Ministério Público Federal. Orientação Conjunta nº 01/2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/Orientacao%20Conjunta%202a%205a%20e%207a%20CCRs.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

[274] Ministério Público Fedderal. Orientação nº 25/2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-25. Acesso em 25 nov. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO (MATÉRIA CRIMINAL)

ORIENTAÇÃO Nº 30

Assunto: Critérios a serem observados nas promoções de arquivamento referentes aos crimes não considerados prioritários pela 2ª CCR

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas no artigo 62, inciso I, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993,

ORIENTA os membros do Ministério Público Federal com atuação na área criminal sob sua coordenação a observarem, em suas promoções de arquivamento, os seguintes critérios, não se aplicando à hipótese a regra do Enunciado nº 36: Nos crimes não considerados prioritários pela 2ª CCR, em que se comprove a não reiteração e verificado o mínimo grau de reprovabilidade da conduta, são circunstâncias que autorizam o arquivamento da investigação:

a) Delito de bagatela – a demonstração da mínima ofensividade da conduta, associada ao baixo grau de periculosidade social da ação;

b) Subsidiariedade do Direito Penal – a verificação de que a aplicação de sanção extrapenal é suficiente para a prevenção e repressão do ilícito;

c) Adequação da sanção penal – a concreta e fundamentada ausência de necessidade e utilidade de aplicação da sanção penal, conforme os fins da pena.

Brasília-DF, 4 de julho de 2016[275]

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL 2ª Câmara de Coordenação e Revisão

ORIENTAÇÃO Nº 26/2016

Assunto: promoção de arquivamento

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 62, inciso I da Lei Complementar n.º 75 de 1993, ORIENTA os membros do Ministério Público Federal com atuação na área criminal sob sua coordenação a observarem, em suas promoções de arquivamento, o seguinte critério, não se aplicando à hipótese a regra do Enunciado nº 36:

A antiguidade do fato investigado, o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea, adequadamente sopesados no

[275] Ministério Público Fereral. Orientação nº 30. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-30>. Acesso em: 25 nov. 2016.

> caso concreto, justificam o arquivamento da investigação, sem prejuízo do disposto no art. 18 do CPP.
>
> Brasília, 4 de abril de 2016[276]

Ocorre que uma interpretação equivocada acredita-se que para a "oportunidade regrada (motivada) da ação penal" é preciso de lei autorizativa, mas não há necessidade, pois oportunidade é fulcrada na Constituição Federal e na dignidade humana, bem como princípio da eficiência.

O funcionalismo segue a clássica divisão de delitos em menor gravidade, média gravidade e alta gravidade, e propõe que a discricionariedade seja apenas para delitos de baixa ou média gravidade e não para os de alta gravidade (maior potencial ofensivo), logo não é um poder ilimitado e sem fundamentação permitindo uma melhor gestão processual penal.

A ligação de políticos com o crime organizado também é um fator que dificulta a mudança de leis para focar em um direito penal mais eficiente.

Portanto, nada impede o arquivamento provisório por prioridades, com base nos arts. 18 e 28 do CPP.

18. Autonomia Constitucional do Ministério Público e obrigatoriedade/oportunidade da ação penal

A autonomia constitucional do Ministério Público é um aspecto, em geral, ignorado nos livros de processo penal, os quais apenas focam na questão da denúncia, e obrigatória, como aspecto da autonomia do Ministério Público e separação da função de acusar e julgar, o restante da marcha processual pode ser impulsionada praticamente apenas pelo Juiz. No entanto, transcrevemos o trecho da Constituição sobre o novo papel do Ministério Público na área penal:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
>
> [...]
>
> VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

[276] Ministério Público Federal. Orientação nº 26. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-26>. Acesso em: 25. Nov. 2016.

> Art. 127. O Ministério Público é 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.
>
> § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.
>
> § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

O objetivo do legislador com a estatização do Direito Penal e da Acusação, como regra, foi evitar a vingança privada judicializada e o aumento dos processos penais, logo é preciso avaliar a obrigatoriedade da ação penal para delitos de pouca relevância e que nem mesmo a vítima tem interesse no mesmo, caso contrário a prática jurídica está contrária ao previsto inicialmente. Uma vez que está ocorrendo é o demandismo e não o contrário, ou seja, reservar o Direito Penal para as questões mais relevantes, logo precisa-se fazer também uma análise do tipo penal material e tipo penal formal.

Uma pesquisa do Ministério da Justiça em 2014 comprova que júris demoram até 10 anos para serem realizados em Minas Gerais.[277]

A Comissão de Reforma do Código Penal no Senado é pela aprovação de ação penal condicionada à representação por furto em alguns casos, uma vez que aproximadamente 65mil pessoas estão presas por pequenos furtos.

Os Juízes Federais concluíram que defesa confunde ampla defesa com eternização do processo e querem multas para abusos.[278]

.. Curioso que apenas se entenda que exista "obrigatoriedade da ação penal", mas não se discute obrigatoriedade da persecução penal na fase policial, por exemplo, e nem mesmo na fase da execução penal. Dessa forma, o Ministério Público fica refém

---

[277] BRESCIANI, Eduardo. **Julgamentos de homicídios no Brasil demoram até dez vezes mais do que prevê a legislação**. Disponível em: <oglobo.globo.com/brasil/julgamentos-de-homicidios-no-brasil-demoram-ate-dez-vezes-mais-do-que-preve-legislação-14852884>. Acesso em: 17 out. 2016.

[278] MACEDO, Fausto**. Juízes Federais querem o fim da 'eternização do processo'**. Disponível em: <política.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juízes-federais-querem-o-fim-da-eternizacao-o-processo/>. Acesso em: 17 out. 2016.

dos órgãos policiais que alegam ter discricionariedade, pois a PM faz blitz onde e quando quer, e também aborda quem quer! E a Polícia Civil não pode arquivar Inquéritos Policiais, mas nada veda que arquive os Boletins de Ocorrência Policial.

Nesse sentido, caminha-se no Brasil para um processo penal quase "esquizofrênico", em que o Estado acusa e cria outra instituição estatal para fazer a defesa. Oportuno destacar que, nos últimos anos, a maciça política do Governo Federal para *estatizar* a assistência jurídica acarretou um aumento de 80% no número de presos, conforme dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) entre 2002 e 2010. No entanto, tal fato precisa ser pesquisado com maior profundidade para se apurar suas causas, mas não há muito interesse em face do encantamento atual com a estatização e seu forte *lobby* sindical. E, ao final, a mesma instituição que defendeu a maioria dos presos quer mais verbas para atendê-los nos presídios, alegando ainda que o Estado abusa na quantidade de presos.

Ora, mas então por qual motivo prendeu e depois é o próprio Estado a "desdizer" o que ele próprio acusa? Embora o índice de condenação nas ações penais seja superior a 80%, excluindo-se as prescrições e suspensões do processo. É fato, contudo, que o "ritmo de metralhadora" de denúncias permite apenas condenações por delitos simples, como furto, roubo e tráfico de pequenas quantidades, pois não há como aprofundar as investigações em crimes mais elaborados.

Ora, mas por qual motivo o Estado é obrigado a processar alguém por delitos que não são prioridade? E também a oferecer defesa, se nem deveria ter iniciado a ação penal? Por qual motivo a lesão corporal leve é ação penal pública condicionada e o furto de bagatela não? Por qual motivo se alguém apanha pode retirar a "queixa" [representação], mas não a do furto do seu lápis? Por qual motivo um processo precisa chegar ao STF para se dizer que é insignificante? Parece-me que por meras resistências de se mudar paradigmas e, em alguns casos, por puro interesse de se manter o mercado.

Paradoxal que órgãos públicos como o CADE, a RECEITA e o CVM possam arquivar casos de crimes socialmente graves, embora cometidos sem violência, mas não precisam nem comunicar ao MP e nem ao Judiciário, o que comprova a inexistência do mito da obrigatoriedade da ação penal. Ou seja, para se arquivar o caso do furto de bala no Carrefour tem que passar pelo crivo do Judiciário e discutir tipicidade. Mas, se o Carrefour, por exemplo, comete crime tributário ou contra a ordem econômica pode ser

beneficiado com acordos extrajudiciais e nem se chega à esfera judicial. Logo, o problema de se ter mais pobres presos não é por falta de assistência jurídica, mas por causa de brechas legais. Ou seja, para os ricos é a Oportunidade da ação penal, mas para os pobres é a Obrigatoriedade da Ação Penal**.**

> 1) **DELIBERAÇÃO CVM Nº 457, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2002.**
>
> A intimação deverá conter a advertência de que o acusado poderá propor a celebração de termo de compromisso, em conformidade com o disposto no art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, exceto quando da apuração de irregularidades relacionadas com a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.
>
> **2) Lei 12529-11 (LEI do CADE)**
>
> Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.
> Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.
>
> **3) Crimes Tributários**
>
> A partir da promulgação da Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003 a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária ganhou novo regramento. O dispositivo que trouxe a inovação foi o artigo 9º, in verbis:
> **"Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.**
> **§ 1o A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.**
> **§ 2o Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios".**

Destaca-se que o dispositivo legal supracitado não fazia qualquer menção ao recebimento da denúncia, silenciando, outrossim, quanto ao momento processual em que o pagamento integral do débito pode ser feito, com a consequência extinção da

punibilidade, o **que somente foi alterado com o advento da Lei 12.382/11**, *lei do salário mínimo*, a qual estabeleceu no art.6º que o parcelamento ou pagamento tem que ser requerido antes do recebimento da denúncia (nova redação ao art. 83 da Lei 9430/96):

> Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário
> § 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
> § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
> § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
> § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
> § 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
> § 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).
> Art. 7º Esta Lei entra em vigor no primeiro dia do mês subsequente à data de sua publicação.
> Art. 8º Fica revogada a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010.
> Brasília, 25 de fevereiro de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

A questão é que a legislação brasileira não estabelece expressamente a obrigatoriedade da ação penal. Mas, como na década de 40 a doutrina e legislação italiana adotavam este princípio (hoje bem mitigado naquele país), copiam-se textos ideológicos em "Manuais de Processo Penal". Também não pode alegar que decorre do princípio da legalidade, pois, se não existe lei obrigando expressamente, não há ilegalidade alguma. Mesmo nos países que a prevêem de modo expresso, como na

Itália, a necessidade de se implantar a oportunidade vem aumentando imensamente. Ou seja, no Brasil, o problema não é o Rito, mas o Mito.

Outros alegam que a obrigatoriedade está prevista em princípios, que são tratados como "normas quase divinas" e, portanto, imutáveis. Isto, porém, acaba engessando o debate.

Atualmente, a questão penal vive sob o paradoxo de leis que afrouxam a punibilidade e outras que endurecem o combate. Em suma, vivemos sob o embate do "prende e solta", cujo objetivo é permitir que governadores apareçam na mídia com viaturas e batidas policiais e alguns setores da defesa criminal possam ter assegurado o mercado de trabalho. Isto fica nítido na política do Conselho Nacional de Justiça ao realizar mutirão carcerário para soltar preso. Ora, se é para soltar, então por qual motivo prender ou processar? Ademais, não há controle algum sobre as prioridades de combate ao crime, eleitas pelas Polícias, nem mesmo transparência nos dados sobre o destino das ocorrências policiais.

19.. O papel do Ministério Público na ação processual penal, no sistema punitivo (jus puniend e jus persequendi) e a evolução nas Constituições Brasileiras

Fazendo uma abordagem histórica do Ministério Público nas Constituições brasileiras, constata-se que na **Constituição Imperial de 1824** não há previsão expressa sobre Ministério Público, apenas uma breve passagem sobre o Procurador da Coroa. Mas, na prática o Ministério Público integrava o Poder Moderador, e não ao Judiciário, porém já tinha como atribuição a ação penal, com base no Código de Processo Criminal da época.

Com o advento, da Constituição Republicana **de 1981,** esta também não abordou expressamente as atribuições e estrutura do Ministério Público, apenas previu de maneira indireta a forma da nomeação do Procurador-Geral da República, no art. 58, §2º, o que dar-se-ia por meio do Poder Executivo, o qual escolheria o PGR dentre os 15 Ministros do STF.

Já na **Constituição de 1934,** Ministério Público integrava a estrutura do Executivo, pois estava previsto **no art. 95** como **"**órgão de cooperação nas atividades governamentais", juntamente com os Tribunais de Contas e os "Conselhos Técnicos".

A **Constituição de 1934** foi promulgada em 16 de julho de 1934 e vigorou por menos de 04 (quatro) anos, pois deixou de existir juridicamente com o Golpe de 1937 arquitetado pelo próprio Getúlio Vargas, em razão da disputa entre a Esquerda nacionalista e a Esquerda comunista, pois até mesmo na Europa estas correntes estavam em conflito como Nazismo e Fascismo (Esquerdas Nacionalistas, pois valorizavam o nacionalismo) com a Esquerda Marxista (que defendia o fim das fronteiras, pois trabalhador é trabalhador em qualquer parte do Planeta).

Previa ainda isonomia de requisitos e salários entre o Procurador Geral da República e Ministros da Corte Suprema, embora o primeiro fosse demissível ad nutum. Além disso, não elencava rol de atribuições do Ministério Público, exceto que no caso de inconstitucionalidade incidental reconhecida pela Corte Suprema caberia ao mesmo comunicar ao Senado para suspensão da norma.

No tocante às garantias do Judiciário e Ministério Público já estavam previstas como limite para legislar para os Estados. (art. 7º, I, CF)

Posteriormente com o advento da **Constituição Federal de 1937**, e conhecida como Polaca, a qual foi editada durante a ditadura de Getúlio Vargas, esta praticamente nada se referiu ao Ministério Público, ou seja, foi um retrocesso para a evolução institucional.

Registra-se que o nosso Código de Processo Penal entrou em vigor em 1942, e foi editado por Getúlio Vargas, adepto da Esquerda Nacionalista. Nesta época nem mesmo havia ainda concursos para assumir o cargo de Promotor de Justiça, os quais eram livremente indicados e sem mandato.

Somente na **Constituição Federal de 1946** é que se voltou a tratar do Ministério Público em título específico, mas sem definir as atribuições (art. 125-128), embora tenha ficado na Seção do "Judiciário".

A Constituição de 1967 também não se referiu às atribuições do Ministério Público apenas preservou a questão do quinto na composição dos tribunais, definiu a

forma de seleção por concurso, e assegurou isonomia com o Judiciário, além de garantias como a vitaliciedade (implicitamente), irredutibilidade e inamovibilidade.

Contudo, a **Constituição Federal de 1988** ampliou o papel do Ministério Público, com uma visão mais democrática, especialmente nos arts. 127 a 129. Contudo, com isto não visava criar um "super" órgão de acusação, tanto é que não tem esta expressão, mas sim, como garantidor de direitos fundamentais e da ordem jurídica justa. Ademais, destacou o Ministério Público da tutela do Executivo, bem como a ação penal, com o objetivo de se focar no regime democrático de direito e da ordem jurídica.

Apesar de toda esta mudança histórica na posição do Ministério Público nas Constituições e consequentemente na titularidade da ação penal, a doutrina e jurisprudência processual penal praticamente ignoram estes aspectos.

Faz-se relevante destacar que quando a Constituição Federal de 1988 estabelece que cabe ao Ministério Público promover a ação penal, e de forma privativa, o faz em um aspecto estrutural bem diferente do previsto no CPP, em seu art. 24., na década de 40.

A mudança essencial é que o Ministério Público do ponto de vista constitucional atual não integra o Executivo, nem o Judiciário, não se subordina aos mesmos administrativamente e no exercício de sua função essencial à Justiça (conceito mais amplo que judicial).

O que a Constituição Federal estabelece é a autonomia do Ministério Público e a independência funcional do Membro, logo pode estabelecer prioridades para a ordem do ajuizamento e promovendo o arquivamento provisório de delitos menos relevantes naquele momento, mas que poderão ser ajuizados em outro momento, se não estiverem prescritos.

No Brasil o Direito Penal também ainda vive de mitos, inclusive repetem-se chavões como "o direito penal é que restringe a liberdade", porém, a grande maioria dos processos criminais comporta transação penal ou pena alternativa, e isto não envolve restrição à liberdade. Ademais, temos crimes com pena exclusiva de multa, o que nem pode ser convertido em prisão (artigo 51 do CP), ou seja, modificaram-se os fatos, mas não os mitos.

Afinal, como é titular privativo do jus persequendi nas ações penais públicas não pode ser mero órgão de passagem, e deve exercer sua função de política criminal, limitando o poder punitivo do Estado, ou seja, atuando como barreira no jus puniendi.

Por fim, no aspecto processual penal a visão sobre Ministério Público estacionou em 1941 e não reconhece as mudanças constitucionais, nem a atual, nem as anteriores, embora tenha passado de órgão de colaboração vinculado ao Executivo4 para órgão de fiscalização e com autonomia em 1988.

19.1 Teorias da Ação e do Processo e seu reflexo na atuação penal do Ministério Público

Estas teorias influenciam diretamente no pensamento, e consequentemente, no agir, sobre a função da ação penal, embora muitas vezes fiquem despercebidas.

Tradicionalmente ainda predomina uma concepção de que procedimento é menos que processo, e que a ação é a busca de uma sentença condenatória. A rigor, tem prevalecido que não tem a parte ré o direito de exigir uma ação para que seja declarada a sua não culpabilidade, pois esta já se presume, ainda que seja não culpabilidade diminua a cada grau de condenação.

Por oportuno, fazemos uma pequena síntese das principais teorias, para logo a seguir, analisar o seu impacto no CPP quando de sua elaboração, bem como em relação ao advento da Lei 11719/08, a qual consolidou a mudança do referencial da teoria aplicada.

Teorias do Processo:

a) Conceito Privatístico: Contrato ou quase contrato,

A primeira formulação sobre a natureza do processo baseava-se no processo romano em que o processo era concebido como um contrato no qual as partes se submetem voluntariamente prevalecendo até 1850, quando Savigny defendeu que deveria ser um quase contrato ao alegar que a parte assentia com a decisão judicial, havendo um nexo entre juiz e partes.

b) Processo como relação jurídica

Sustentava a autonomia do processo frente ao direito material e foi desenvolvida por Büllow, em 1868, sendo uma relação de natureza pública. No Brasil foi estimulada por Liebman. Os autores no começo do desenvolvimento da teoria divergiam sobre ser a natureza plana, angular ou triangular. A teoria plana foi adotada por poucos, prevalecendo o debate entre triangular e angular.

A teoria influenciou no conceito de direito de ação, o qual tratou como direito subjetivo. Este também é muito adotado por penalistas mais clássicos, e na época foi uma evolução, pois deixou de considerar o acusado como objeto do processo e o transforma em sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discrição do juiz. Para os defensores da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, este direito público subjetivo, embora diverso do direito material lesado, só existe quando também exista o próprio direito material a tutelar.

c) Processo como situação jurídica

Esta teoria foi desenvolvida por Goldschmidt, por volta de 1925. Nesta teoria o processo seria realizado pela atividade jurisdicional, na qual o provimento final (sentença) definiria simplesmente, um duelo entre as partes, como se fosse um jogo em que os lutadores buscassem uma vitória fenomenal. A sentença nem precisaria ter fundamentação jurídica, poderia apenas aproveitar os argumentos trazidos pelas partes. No entanto, sustenta ainda que direito processual e direito material são interdependentes

d) Instrumentalidade do Processo

Considera o processo como mero meio, instrumento, para discussão do direito material. Esta escola é capitaneada no Brasil por Dinamarco, ou seja, para ela o Processo não é um fim em si mesmo, sendo um mero auxiliar para discussão sobre o direito material. Em suma, para esta corrente não existe nulidade processual absoluta, o prejuízo sempre ser demonstrado para se anular o ato. Direito Material e Direito Processual são independentes.

e)Processo como Instituição

Teoria pouco estudada no Brasil, tem natureza sociológica, mas constou de manuais jurídicos em razão da adoção por Couture, o qual logo também abandonou esta teoria e passou a integrar a escola do processo como relação jurídica.

Esta teoria concebe o processo como uma instituição histórico-cultural,um complexo de atos, um método que visa obter um fim.

f) Processo como procedimento em contraditório

Desenvolvida por Fazzallari estabelece o contraditório como condição fundamental do processo. Também reformula o conceito de direito subjetivo, pois passa a considerar uma posição de vantagem assegurada pela norma incidente sobre uma faculdade ou poder dela derivados, e não como um poder sobre a conduta alheia ou direito à prestação decorrende da relação jurídica

No processo penal revisitado pela Teoria do Processo como procedimento em contraditório ressalta-se o aspecto do principio acusatório, em que acusado tem que ser ouvido e se manifestar sobre as alegações do Ministério Público, um processo de partes com juiz equidistante. Mas, não é uma oitiva ou participação das partes sem efetividade, e sim, necessidade de refutar ou acolher expressamente os argumentos refutados. No entanto, este procedimento com contraditório no sentido da Teoria dos Jogos não pode implicar em obrigação das partes litigarem.

No caso do arquivamento o contraditório dar-se-ia permitindo aos interessados manifestarem nas investigações (durante ou ao final, conforme o caso) e com a publicação das decisões de arquivamento, até mesmo na internet, e permitindo à vítima e outros interessados manifestarem e discordarem com eventuais recursos.

Teorias da Ação:

a) Teoria Civilista ou Imanentista

Até o século XIX, os juristas, imbuídos pela ideia de que ação e processo eram simples matérias do direito substancial.

A partir da desvinculação do direito material do direito de ação, alguns teóricos partiram dessa premissa no intuito de demonstrar a efetiva autonomia do direito de ação.

Destarte, formaram-se três correntes fundadas em sua autonomia:

a) a que a considerava como um direito autônomo e concreto;

b) a que a qualificava como direito potestativo; e

c) a que a classificava como direito autônomo e abstrato.

d) Teoria eclética

b) Teorias da ação como Direito Autônomo

b.1) Teoria da ação como Direito Concreto

Para os defensores da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, este direito público subjetivo, embora diverso do direito material lesado, só existe quando também exista o próprio direito material a tutelar. Em outras palavras, para essa corrente, embora o direito material seja agora desvinculado do direito de ação, aquele é pressuposto para esse.

Bulow, Hellwig e Chiovenda (primeira fase)

b.2) Teoria da ação como Direito Potestativo

Posteriormente, Chiovenda formula a teoria da ação como direito potestativo, que surge como mais uma ramificação da teoria concreta. Para ele a ação configura um direito autônomo, diverso do direito material que se pretende valer em juízo; mas o direito de ação não é um direito subjetivo – porque não lhe corresponde a obrigação do Estado – e muito menos de natureza pública. Dirige-se contra o adversário, correspondendo-lhe a sujeição.

b.3) Teoria da ação como Direito Abstrato

Por outro lado, firmada a autonomia do direito de agir em relação ao direito material, alguns juristas passaram a pensar sobre a situação do autor que, movimentando o juízo, chega a uma sentença que nega a existência do direito material. Além disso, argumenta que o que obriga o réu a participar do processo é o direito de agir, que nada tem a ver com o direito material, a partir de 1868 com Büllow.

b.4) Teoria Eclética do Direito de Ação

A teoria eclética do direito de ação é a que prevalece no Brasil atualmente e tem como seu maior expoente Liebman. Esse autor definiu ação como direito subjetivo instrumental e, mais do que um direito, um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo com uma pretensão material.

19.1.1 Reflexo das teorias no Código de Processo Penal

No tocante à área penal o conceito de ação penal coube à doutrina estabelecer seus conceitos, já que o Código de Processo Penal e o Código Penal não o definiram.

O Código de Processo Penal de 1941 foi influenciado pela *Teoria da Ação de natureza concreta de direito potestativo,* de Chiovenda, em razão de ser a teoria que dominava o meio jurídico brasileiro até meados da década de 40. Embora, Rocco o Jurista Italiano que elaborou o Código de Processo Italiano e inspirou o brasileiro fosse adepto da *Teoria da Ação como direito abstrato.*

Apenas, em 2008, é que o CPP começou a adotar expressamente a teoria eclética de Liebmam, passando a incluir as condições da ação penal no art. 395 através da Lei 11.719/08. Alguns defendem que já se aplicava a questão das condições da ação antes de 2008, mas não eram expressas.

As idéias de Liebman influenciaram mais diretamente o CPC de 1973, pois quando chegou ao Brasil, tanto o CPC de 1939, como o CPP de 1941, já estavam em vigor. No entanto, o CPP até hoje não foi mudado, embora o CPC já tenha sido mudado duas vezes.

Embora tenham havido várias alterações pontuais no CPP de 1941, a sua essência não foi alterada, e em alguns pontos, foi até piorada em razão da colcha de retalhos.

Alguns asseveram que no processo penal não há lide, embora haja contraditório, logo apenas pretensão, o que é polêmico, pois acaba havendo um litígio entre o interesse estatal e o do acusado, mas esta questão não será aprofundada nesta obra.

Chiovenda defendia a ação como natureza pública, aspecto autônomo, mas sendo direito potestativo, e não subjetivo. Ora, potestativo significa quando seu cumprimento depende da vontade exclusiva de uma das partes. Portanto, no momento da edição do CPP, em 1941, não prevalecia o conceito de ação como direito subjetivo, conforme proposto por Liebman, mas potestativo de Chiovenda. Nesse sentido, o autor Lanza transferiu o conceito da Teoria do Chiovenda da seara civil para a penal, afirmando ser potestativo por corresponder ao poder de tornar não condicionada a atuação da lei penal, mediante uma declaração de vontade de o sujeito titular da ação mesma.

Visando conciliar as teorias abstrata e concreta, Liebman formulou a denominada teoria eclética, estabelecendo as condições da ação como uma ponto comum entre os aspectos processual e material, um "filtro", impedindo o acesso à jurisdição, quando faltassem requisitos legais indispensáveis para o alcance de 4.

Em suma, esta diferença entre Liebman e Chiovenda tem reflexos práticos na ação penal. Isto é, o **direito potestativo** é a possibilidade de interferência no âmbito jurídico da pessoa humana, sem que esta resista, cabendo-o somente aceitar, não admitindo contestações, como o poder do empregador o empregado, este apenas pode aceitar, se tiver nas hipóteses legais**. O direito subjetivo** é a faculdade que temos de exigir algo a alguém, inserindo neste contexto o elemento vontade. Eu, o Estado, posso ou não ajuizar a ação penal, ou exercer outro direito.

Na verdade, a ação penal é um direito subjetivo da acusação à persecução penal através da ação processual em relação ao Judiciário, e também e há um direito potestativo em relação ao réu, no sentido de que este deve se sujeitar à mesma, até que seja extinta.

Obviamente que nada impede que o conceito de Teoria do Processo e da Ação evolua com o tempo, como no caso do CPP, mudando-se as interpretações, mas é preciso entender o aspecto histórico para retirar a essência do texto de alguns artigos processuais e compreender sua finalidade.

O atual art. 395 do CPP, alterado em 2008, não estabelece quais seriam as condições da ação penal, nem os pressupostos processuais, mas atualmente com o

NCPC de 2015, usado por analogia, são "interesse de agir" e "legitimidade das partes", pois a possibilidade jurídica do pedido foi excluída no NCPC, rompendo, assim, com a clássica e polêmica classificação como condições da ação.

Narra o artigo 17 do CPC/2015 que: "*Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidad*e", portanto, o interesse de agir (necessidade, adequação e utilidade) e a legitimidade ad causam, para alguns, passaram a ser tratados como pressupostos processuais e não como condições da ação penal. Logo, apesar de constar no art. 395 do CPP, a tendência é que não sejam mais tecnicamente usados como condição da ação, também no processo penal, mas como pressupostos processuais.

Nesse aspecto, caso o Ministério Publico apenas erre o nome do acusado na denúncia, deverá o Juiz apenas extinguir o processo sem analisar o mérito, por falta de uma condição (legitimidade passiva). No entanto, se restar provado que não A que cometeu o crime, mas B, então deverá absolver (decisão de mérito). Logo, há diferenças práticas nesta conceituação e irá depender do teor do processo. Na atual redação do CPP, a partir de 2008, então no primeiro caso citado seria a hipótese de rejeição da denúncia (sem mérito), enquanto no segundo seria caso de absolvição sumária ou ao final, quando já ultrapassada a fase do recebimento.

Há uma hipótese no processo penal em que a falta de provas não faz coisa julgada material que é no caso de impronúncia no rito do júri, ou seja, quando não se remete o caso ao júri por falta de provas, mas esta decisão não impede a reabertura do caso posteriormente, desde que antes da prescrição.

Prevalecendo assim, a Teoria Eclética da Ação, mas na corrente da Asserção, a qual não prevê a possibilidade jurídica como condição (ou pressuposto processual), diferentemente da corrente da Apresentação, a qual se presume como decisão de mérito, não cingindo o julgamento. Obviamente no processo penal não se pode ter este rigor, pois uma sentença com base na falta de interesse de agir alegando prescrição, terá o efeito de decisão de mérito e impedirá ajuizamento de nova ação penal, ainda que outro Promotor alegue que a pena deveria ficar acima do imaginado na ação penal anterior.

O ideal seria a edição de um novo CPP para tratar destas matérias, inclusive estabelecer maiores requisitos para o oferecimento da denúncia.

No entanto, aliando-se a teoria da ação eclética e conciliando à teoria do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari, podemos concluir que a partes interessadas manifestando, e sendo ouvidas, desde a fase de apuração, consuma-se o direito de acesso à persecução penal, principalmente se implantada a fase recursal, uma vez que na área penal, não tem a vítima um direito de ação penal quando for ação penal pública. E o Ministério Público ao submeter o arquivamento, transação penal, a suspensão condicional do processo ou até mesmo o ajuizamento da ação penal teria exercido o seu direito de ação em sentido amplo.

Nada impede até mesmo acordos penais com efeitos de punição, inclusive prisão, como está previsto recentemente na Lei de Crime Organizado, nos casos de colaboração premiada, uma vez que estaria havendo o contraditório pela via consensual, e o direito de locomoção é disponível, pois este difere do direito de liberdade, o qual é mais amplo, e consiste na liberdade de escolher,ou não, a proposta de prisão, desde que prevista em lei.

O problema é no caso do MPF, o qual utiliza o art. 62,I, da LC 75/93 em vez do art. 28 do CPP, logo submete os arquivamentos de Inquérito Policial diretamente à Cúpula do Ministério Público (Cãmaras de Revisão) e não ao Judiciário, neste caso a persecução estaria sendo exercida pela via extrajudicial plena, embora haja previsão expressa de intimação da vítima para eventual recurso. Mas, isto apenas para quem sustenta o entendimento de que para absolver também é atribuição exclusiva do Judiciário. Em tese, para absolver pode a lei optar por outras vias, pois o objetivo é limitar o poder punitivo do Estado.

Por fim, embora a Lei 11719/08 tenha adotado expressamente no CPP a teoria eclética de Liebman na redação do art. 395, o qual prevê os filtros das condições da ação, ou pressupostos processuais, na rotina processual penal isto trouxe pouco efeito, inclusive o próprio STJ ignorou tal previsão legal do filtro ao editar a súmula 438 em 2010, desconsiderando a figura da condição da ação consistente no interesse de agir (utilidade processual) ao obrigar a denunciar em casos que sabidamente estarão prescritos usando como parâmetro a pena que provavelmente seria aplicada e não a

máxima. Assim agindo, o STJ inverteu a própria Teoria Processual da Relação Jurídica, estabelecendo uma espécie de direito de ação penal pelo réu, na qual ao cometer um crime, obriga o Estado a ajuizar uma ação desnecessária, não tendo o Estado opção e devendo apenas sujeitar (potestativo ao inverso), bem como a instrumentalidade processual, pois focou na linha do formalismo do processo (um fim em si mesmo).

19.1.2 A Legitimação Ordinária do Ministério Público na ação penal e as consequências.

A legitimidade ativa do Ministério Público na ação penal é ordinária (direito próprio), e não extraordinária, substituição processual (direito alheio em nome próprio). Na verdade, a Constituição Federal procedeu verdadeira revolução copernicana na legitimidade ativa da ação penal e até a presente data vem sendo ignorada, pois o foco dos estudos é no Código de Processo Penal e não na Constituição Federal.

Nesse sentido transcreve trecho de artigo de Ada Pellegrini Grinover,

> Assim sendo, legitimado ativo à ação penal condenatória, no Brasil, **é o Ministério Público, na ação penal pública (legitimação ordinária**) e o ofendido (legitimação extraordinária), na ação penal privada. Na queixa-crime o que se dá é o fenômeno da substituição processual, pois a lei legitima o ofendido (que não é o titular do jus puniendi), extraordinariamente, ao exercício da ação, deduzindo a pretensão punitiva" (grifo nosso).[279]

O Ministério Público atua em nome próprio, e não como substituto processual da vítima, da sociedade ou do Estado.

Com o intuito de reforçar esta diferença entre Estado e Ministério Público, cita-se julgado cível no TJMG que diferencia entre parte Estado e parte Ministério Público ao não reconhecer litispendência cível na ação nº 0171502-15.2012.8.13.0433:

> A Advocacia-Geral do Estado (AGE) obteve reforma da sentença que havia extinguido Ação Civil Pública (ACP), por falta de interesse processual, sob o fundamento de litispendência da ação com outra ajuizada anteriormente pelo Ministério Público de Minas Gerais. A

[279] GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007, p. 198

> decisão deu provimento ao recurso de Apelação nº 0171502-15.2012.8.13.0433 interposto pelo Estado de Minas Gerais.

Representando o Estado, os Procuradores da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, Paulo Roberto Lopes Fonseca e Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta, sustentaram a inexistência de litispendência, primeiro porque a ação anterior já havia sido extinta, segundo, porque não havia identidade entre as partes das demandas.

Com o mesmo entendimento da AGE, o relator, Desembargador Versiani Penna, ressaltou que não havia litispendência, porquanto uma ação foi ajuizada pelo Ministério Público e a outra pelo Estado de Minas Gerais, estando excluída a identidade de partes, na forma do art. 301, V, §§ 1 e 2 do CPC. Assim, o Desembargador deu provimento ao recurso, para reformar a sentença, retornando os autos à origem para regular processamento.

Recentemente no Brasil teve o debate, único país no mundo a discutir este tema, sobre a possibilidade de o Ministério Público investigar, ou seja, produzir prova para ajuizar ação, ou até mesmo para arquivar nos casos mais complexos. Afinal, toda parte, até mesmo o réu, pode investigar e o Ministério Público poderia obter provas que não sejam necessariamente da Polícia, como INSS, Banco Central, e outros órgãos, inclusive até mesmo obtidas pela própria vítima. Ora, est discurso é importante para compreender o aspecto ideológico ao se sustentar a obrigatoriedade da ação penal, mas a oportunidade da investigação penal para a Polícia, pois sabidamente não investiga tudo, em razão também da impossibilidade.

Dessa forma, se o Ministério Público tem autonomia institucional e o Membro independência funcional, bem como cabe ao mesmo o controle externo da polícia, a ordem lógica da interpretação e atuação é diferente da preconizada pela doutrina atual. Não é a polícia que deve impor a ordem de prioridades ao Ministério Público, pois atualmente a polícia escolhe as prioridades para atendimento de ocorrência policial e para conclusão dos inquéritos policiais, o que vincularia o Ministério Público, pois acabam focando em pequenos delitos que são mais fáceis de apurar a autoria, e quase sempre presos em flagrante.

No entanto, como cabe ao Ministério Público a promoção da ação penal, então cabe ao mesmo definir as prioridades para a ordem de ajuizamento das demandas. Da mesma forma que cabe ao Juiz decidir a prioridade para designação de audiências.

Portanto, em se tratando de legitimação ordinária, a parte figura na relação de direito material. Nesse ponto ultrapassa-se a teoria da asserção em que há uma análise superficial da legitimidade na fase inicial do processo.

Para reforçar este conceito registramos que substituição processual é quando se defende direitos de terceiros (alheio) em nome próprio, mas a legitimação ordinária é quando se defende direito próprio em nome próprio. Logo, o Ministério Público age em nome próprio e não no do Estado ou do Executivo, como ainda prevalece atualmente. Ou seja, o jus puniendi passa a ser também do Ministério Público e não apenas o "jus persequendi" (direito de ação).

Manter esta visão unitária de Estado no processo penal é insustentável em razão de se ter estatizado a defesa nos processos criminais, em que o Estado acusa e o Estado defende, o que geraria paradoxos, caso não se separe este conceito em que Ministério Público acusa e réu defende assistido pela Defensoria. Estado divide-se em atribuições e algumas com autonomia, logo não é o Estado que acusa, mas o Ministério Público, o qual não é subordinado nem ao Executivo, nem à Polícia. Não se pode esquecer das lições da obra clássica "*Vigiar e Punir", de Michael Foucault,* em que demonstra que a função do Estado é vigiar e punir, logo da defesa estatal também é influenciada por este paradigma, ainda que se diga o contrário. Portanto, é preciso estabelecer prioridades para processos penais com mais gravidade.

Não se está defendendo a teoria imanentista do processo penal, em que direito de ação e direito material seriam o mesmo conteúdo, qual vigorou por séculos até meados do século XIX.

Ainda que se reconheça a autonomia do direito processual, tal direito é exercido contra o Estado. Não tem um direito direto a uma condenação, mas o interesse do direito de punição (jus puniendi) está diretamente ligado ao da legitimidade ativa (jus persequendi). Inclusive a função do monopólio do direito de punir não se passa apenas pelo Judiciário. Sendo que o intuito ao se estabelecer monopólio de acusação foi que reduzisse os espaços para a vingança privada e não que o Estado se transformasse em

um acusador implacável, tanto é que separou o Ministério Público do Executivo e da Polícia, bem como do Judiciário.

É fato que a ação penal difere da ação cível quanto ao seu conteúdo e legitimidade. Pode-se afirmar que ação penal é o direito público subjetivo a um provimento judicial sobre a pretensão punitiva. Esta pretensão punitiva também insere-se na legitimidade ativa, sendo que o Ministério Público integra o Estado, mas com autonomia, logo sem subordinação. Esta divisão de funções é uma das seguranças do cidadão contra o absolutismo estatal, inclusive judicial.

Nesse aspecto ressalta Liebman para o qual a ação é mais que um direito, mas um poder que implica na sujeição e instrumentalmente conexo a uma pretensão material, colocadas como ponto de intersecção entre o direito/poder de ação e a situação material.

E em consequência quando se fala que cabe ao Ministério Público promover a ação penal pública, o que se afirma na Constituição é que o titular da ação penal é o Ministério Público, em legitimação ordinária, e disto decorre que cabe ao mesmo uma parte da titularidade do direito material, ou seja, "jus puniendi". Ou seja, não é apenas o "jus persequendi", direito de ação, isto seria se fosse apenas substituto processual (legitimação extraordinária), mas é **legitimação ordinária.** Logo, pode o Judiciário decidir se pune apenas se for ajuizada a ação penal.

Não pode ser o Ministério Público órgão de mera passagem, sua decisão sobre o ajuizamento já foi reconhecida pelo STF em 1971, na Reclamação 849-2: quando o PGR negou-se a ajuizar ADI e naquela época era o único legitimado para tal:*Importante ressaltar o julgado do STF no julgamento do DL 1.077 em face da* ***Reclamação 849/2, julgada em 1971****, proposta pelo MDB em desfavor do Procurador Geral da República em virtude de ter arquivado pedido de ajuizamento de ação Direta de Inconstitucionalidade e que estaria usurpando competência do STF (na época a titularidade do PGR era exclusiva). No julgamento o STF entendeu que se o PGR fosse obrigado a encaminhar toda representação ao STF, então seria transformado em um*

mero mensageiro ou intermediário de representação de qualquer interessado e não titular legitimamente ativo, sendo o voto divergente de Adauto Cardoso.[280]

E esta discussão sobre legitimação não é apenas acadêmica, pois incorre em vários efeitos práticos ao romper com o mito de que o jus puniendi é privativo do Judiciário. Afinal, se a Suspensão do Processo Penal é obrigatória, direito subjetivo, nos casos em que a pena mínima não ultrapassa a um ano, então pode ser facultativa em outros casos, a critério do Ministério Público, o mesmo em relação à transação penal. Também pode ser aplicada ao se propor pena mínima para o acusado, principalmente se alternativa. Obviamente o Judiciário não está obrigado a acatar, mas não pode aplicar pena mais grave do que a proposta, considerando o processo penal de partes e o Estado Democrático de Direito. Em suma, o Juiz pode até absolver ao recusar o acordo ou aplicar pena menor, mas não pode agravar a situação.

19.2 O Ministério Público Brasileiro no Século XXI e modelos em outros países

O Ministério Público Brasileiro teve sua participação no cenário social e nacional ampliada com a Constituição Federal. Contudo, pouco se discute sobre o seu novo perfil na área criminal, afinal seria necessário muitas mudanças em suas estruturas administrativas, institucionais e até mesmo no ethos coletivo de seus Membros, ou seja, mudanças principalmente culturais.

Como bem ressaltado pela Dra. Maria Tereza Sadek, cientista política da USP, em palestra no dia 22-09-08 em Belo Horizonte/MG, setores como Judiciário, Legislativo, Executivo, OAB, Polícia, Defensoria são concorrentes e adversários de nosso trabalho. Curiosamente, o maior concorrente é o próprio Judiciário, um pouco ressentido com a projeção do Ministério Público e pelo fato de ajuizarmos ações que o colocam em difícil situação social e política.

Outro dado importante lecionado pela Professora foi de que o Ministério Público decide quem será processado e por quais fatos, ou seja, tem controle de agenda.

---

[280] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 343

Interessante que um olhar externo consegue perceber o que não vemos, pois muitas vezes envolvidos em disputas internas por poder institucional, e deixamos de ser uma unidade para passarmos a ter verdadeiras políticas internas. Em geral, com o mesmo discurso e com poucas propostas de mudança principalmente para melhorar o atendimento ao usuário.

Não se pode deixar de analisar que o Judiciário possui atribuições que nem são jurisdicionais, como emitir autorizações de viagem, expedir título de eleitor, e outras atividades que precisam ser reavaliadas, sob pena de se ter também o colapso judicial por excesso de demandas.

Em recente pesquisa social, constata-se que o Ministério Público goza de confiança pela sociedade ficando em 4º lugar perdendo para Igreja , Forças Armadas e Imprensa, mas fica 1º lugar entre as Instituições de natureza jurídica, como Judiciário e Polícia.[281]

Por outro lado, como bem ressaltou a Dra. Sadek, o Ministério Público não possui dados de resultados obtidos.

Diante desse cenário brasileiro, passamos a analisar o funcionamento do Ministério Público em outros países.

Ministério Público na Alemanha: a forma de seleção entre Magistrados e Membros do Ministério Público é única, a qual se dá através de concurso e permanência em um curso de formação. Ao final do curso escolhe-se a carreira. Porém, a forma de exercício varia conforme o Estado, onde no Sul existe a possibilidade de ser ao mesmo tempo magistrado em uma Comarca e membro do Ministério Público em outra, desde que em expedientes diversos. Mas, nos Estados do Norte não há essa possibilidade. No entanto, guarda-se paridade de garantias entre os membros judiciais e ministeriais. No Ministério Público Federal a divisão da função após a conclusão do curso de formação é permanente.

[281] Cenas da Semana. Confiança no Judiciário é menor que em empresas de TV, diz FGV. Acesso em: http://m.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/confianca-no-judiciario-e-menor-que-em-empresas-de-tv-diz-fgv/>. Acesso em: 05 dez. 2016.

Ministério Público na Argentina: está previsto na 4ª seção constitucional em posição similar ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um em uma Seção. Tendo sido reestruturado em razão de Reforma Constitucional em 1994, sendo considerados Magistrados os seus integrantes.

Um dado interessante, e que poderia melhorar o nível técnico permanentemente no Brasil, é que o concurso na Argentina é para cada cargo e não para uma carreira, o que evita comodismos. Assim, se quiser mudar de cidade terá de se submeter a novo concurso público, o qual é aberto a qualquer cidadão que preencha os requisitos.

O Ministério Público atua na esfera criminal, e faz fiscalização no serviço público, bem como investigações criminais e administrativas.

Na Argentina é vedada a defesa do Estado pelo Ministério Público, sendo que na Lei Orgânica de 1997 ficou estabelecido que o Ministério Público é parte integrante do Judiciário.

O Ministério Público Argentino possui duas carreiras e duas Instituições separadas, mas agregadas sob o mesmo título Ministério Público, é o Ministério Público Fiscal e o Ministério Público da Defesa, ambos com chefia própria. Na prática, o primeiro ficou com a ação penal e com as atribuições de fiscalizar e investigar. Enquanto o segundo ficou com as curadorias como família, ausentes, menores, sendo que apenas eventualmente exerce a assistência jurídica aos carentes, sendo apenas uma das funções de uma defensoria argentina. Apesar de serem instituições separadas, a Lei Orgânica é única e as atribuições são previstas de forma global, sem divisão legal para cada Instituição. No Entanto, a força política do Ministério Público Fiscal é maior.

Ministério Público na Austrália: é conhecido como "Procurador da Coroa" e atua apenas em causas criminais mais complexas. Existe o cargo de "Promotor de Polícia", o qual sustenta acusações criminais em se tratando de pequenos delitos, mas é um cargo ligado à Polícia e normalmente são advogados em início de carreira, apesar de não ser necessário que seja advogado. A Austrália segue um modelo semelhante ao Inglês. Destaca-se que o modelo inglês difere do norte-americano, pois o primeiro baseia-se nos costumes e o segundo na jurisprudência, mas ambos têm mudado para um aspecto mais legalista, o que desagrada à classe jurídica, pois transfere parte do Poder

para os sistemas legislativo e regulatório. Na Austrália, como na Inglaterra, há duas classes de advogados, sendo privativo aos "barristers" atuarem nos Tribunais Superiores. Observam-se conflitos Institucionais entre os Procuradores da República e a Polícia acerca da condução da investigação.

Ministério Público na Bolívia: Está previsto em Título separado dos demais Poderes Estatais como "defesa da sociedade". O Ministério Público na Bolívia tem como missão a ação penal e a investigação criminal, além da defesa da legalidade e do Estado e da Sociedade, tendo sofrido atualizações legais em 2002 e 2005. O Chefe do Ministério Público é Fiscal General, ao qual se exige os mesmos requisitos para Ministro da Corte Suprema e é designado pelo Legislativo para um mandato de dez anos podendo ser reconduzido por igual período. Presta contas anualmente ao Congresso Nacional e participa ativamente da política de segurança pública. *Na Bolívia, o Procurador Geral da República seria uma espécie de Advogado Geral da União e o Defensor do Povo não seria similar à Defensoria no Brasil, pois fiscaliza o servidor público, assemelhando-se mais a um Ombusdman ou Ouvidor*. Embora não seja reconhecido expressamente como Poder Estatal, está em Título próprio na Constituição, mesmo posicionamento adotado para os Poderes Estatais, o que reforça a sua autonomia e até mesmo independência. O país também tem jurisdição administrativa.

Ministério Público na Colômbia:tem alguns elementos diferenciadores. A função Criminal é exercida pela Fiscalia com atuação criminal prevalente, mas fazendo investigações também. O Fiscal Geral é escolhido pela Corte Suprema para um mandato de quatro apenas, sem reeleição e nomeado pelo Presidente da República. Além da parte criminal também atua na defesa dos direitos humanos e fiscaliza os julgados de paz. Sua função foi revista constitucionalmente em 1992 e possui autonomia administrativa e funcional, sendo considerado um ramo judicial, fiscalizando a administração da justiça e a defesa dos princípios constitucionais. Os Membros do Ministério Público exercem também a função de "defensor do povo" (ombusdman).

Há uma divisão de atribuições na Constituição da Colombiana em que o Ministério Público (constando esse nome na Constituição) defenderia a sociedade e direitos coletivos e fiscalizaria o serviço público, inclusive o judicial. O Chefe do Ministério Público é o Procurador Geral da Nação indicado por quatro anos entre lista

de integrantes de Cortes Superiores e eleito pelo Senado. A Fiscalia é ramo judicial, previsto em Capítulo do Poder Judicial, já o Ministério Público é organismo de controle previsto em Título Separado. A Constituição da Colômbia não discrimina os poderes estatais expressamente. Além disso, o país possui jurisdição administrativa. Também sofreu reformas na área jurídica em 2005. No Brasil, ambas as funções estão concentradas no Ministério Público.

Ministério Público no Chile: os Promotores são chamados de fiscais e em cada Promotoria criminal há uma Delegacia, sendo que é comum encontrar cartazes com dez direitos das vítimas e dez dos criminosos. No Brasil, apenas divulga-se os direitos dos criminosos, infelizmente. Em 2000 a criminalidade começou a ser reduzida com maior rigor nas leis processuais penais, sendo que o Promotor/fiscal pode expedir mandado de busca e apreensão domiciliar. É conhecido como Ministério Público Fiscal e composto por Promotores escolhidos por concurso público para bacharéis e há isonomia entre fiscais e magistrados.

O Fiscal Geral é nomeado pelo Presidente da República com participação do Senado e do Tribunal Constitucional.

A Controladoria Geral da República seria uma espécie de Tribunal de Contas. A Constituição Chilena é de 1980, mas foi reformada em 2005, e não faz referência expressa à divisão de poderes estatais.

Ministério Público na China: os seus membros são selecionados por concurso. O Ministério da Justiça é conhecido como Ministério do Outono, pois nesse período eram julgados os casos mais importantes. A partir de 2003 iniciaram os julgamentos com jurados para causas cíveis e penais, após críticas internacionais ao rigor nos julgamentos com penas de morte. A Constituição em vigor é de 1982.

Apenas 30% dos julgamentos criminais contam com advogados, carreira que foi reestruturada e fortalecida apenas a partir de 1980. Com ou sem advogado a condenação é praticamente certa. O Advogado pode quase sempre apenas pedir clemência na execução penal. Um quarto dos crimes prevê pena de morte, mesmo que seja apenas envenenar gado. O Judiciário pode prender até 3 meses sem acusação formal, além de prender parentes de foragidos até que se apresentem.

Ministério Público no Equador: tem autonomia funcional e financeira, sendo o Fiscal Geral eleito pelo Congresso Nacional com base em lista enviada pelo Conselho Nacional de Judicatura por seis anos podendo ser reeleito. O Ministério Público exercerá sua função processual e investigativa criminal, contando com corpo policial e pericial, além de defender a legalidade e a ordem constitucional. A Constituição é de 1998 e não há divisão rígida de poderes estatais no corpo da Carta, sendo considerado o Ministério Público um organismo de controle.

Ministério Público na Espanha: atua em todos os ramos na defesa da sociedade e dos direitos fundamentais, além da legalidade, interesse público e atividade criminal. Os Promotores (fiscais) são escolhidos mediante concurso para bacharéis em Direito. O Ministério Fiscal integra o Poder Judicial com isonomia. O Fiscal Geral será nomeado pelo Rei mediante indicação do Governo e do Conselho Judicial. É uma Constituição de 1978 e não possui uma divisão rígida de poderes estatais, apesar de se declarar uma monarquia parlamentarista.

O Ministério Público nos Estados Unidos da América do Norte: tem uma estrutura selecionada não por concurso, mas por indicação política, ou eleição direta ou indireta, conforme se Federal ou Estadual. Em geral, para os cargos superiores são eleitos, mediante voto direto e facultativo, para um mandato de quatro anos, exceto o The United States Attorney General (figura correspondente ao nosso Procurador-Geral da República), que é indicado pelo Presidente da República ao Senado e demissível ad nutum.

No Parquet Norte-americano não existe um quadro de carreira; Cada Procurador-Geral que é eleito tem poder para demitir promotores contratados na gestão anterior e contratar novos auxiliares, dentre profissionais da área jurídica que sejam de sua maior confiança, isso para os cargos menores, pois os intermediários, em alguns casos são eleitos. No entanto, os seus membros possuem disponibilidade da ação penal e grande possibilidade de acordo para reduzir trâmite processual penal, desde que fundamentadamente. É preciso registrar que "Fundamentar" no direito de origem Viking não significa escrever um livro como no Romano, basta expor um motivo justo ou legal. Em torno de 80% das ações criminais terminam em acordo.

Nem todos os Membros têm independência funcional, além disso, há um controle social e estatal, pois não existe concurso, mas sim eleição/escolha direta ou indireta.

A Constituição Norte Americana é de 1787 e não prevê expressamente o Ministério Público, mas na prática há uma influência do Executivo sobre o mesmo, o qual exerce uma fiscalização da função judicial.

No Ministério Público dos Estados normalmente os promotores são escolhidos para mandatos mediante eleição direta ou indireta. No âmbito federal são escolhidos pelo Presidente da República.

Mas, nos Estados Unidos há também Sistema Jurídico nos Condados e Municípios, inclusive polícias. Logo, temos Promotores Municipais. A Federação norte americana tem quatro níveis de Entes e não apenas três como no Brasil.

Ministério Público na França:tem seus Membros selecionados mediante concursos e na Escola faz-se a opção entre a Magistratura judicial ou a carreira Ministerial, embora haja possibilidade, não é comum o cruzamento entre cargos nas carreiras após a escolha, mesmo assim há uma harmonia e poucos conflitos. Na França desde a Revolução Francesa não há Poder Judicial, mas apenas Função Judicial.

Ministério Público na Índia: não existe formalmente, pois adota o direito inglês como base e ainda não foi criado. Ainda é exercido pela Advocacia, embora sejam funções diferentes. Na Corte Suprema temos a figura do Advogado Geral. No entanto, a ação penal é estatal. Na índia há cinco níveis de Entes Estatais e também respeita-se os julgamentos pelos costumes das várias Etnias, por exemplo, o Direito Hindu e diferente estruturalmente do Direito Indiano. Embora tenha sido colônia da Inglaterra adotou no século passado o sistema federativo.

Ministério Público na Inglaterra: o Ministério Público foi criado em 1985, após grandes pressões contrárias de setores policiais e advocatícios. Pois a iniciativa penal era da polícia e a advocacia temia perda de mercado de trabalho. Ao final, o Ministério Público ficou como titular da ação penal, mas precisa ter um advogado para assinar a denúncia criminal, o que limita a sua independência de tipificação. A seleção dos membros é por indicação, de forma similar aos juízes. Os Juízes são nomeados

anualmente pela Rainha, raramente há problemas. Apenas recentemente tem se difundido que o Estado pode ser processado judicialmente, antes prevaleciam conceitos de Realeza. O sistema Inglês difere do Norte Americano em razão de valorizar os costumes enquanto o norte americano valoriza a jurisprudência, pois esse último receava manter os costumes de quem os manteve como Colônia. Na Inglaterra não há Constituição Escrita. O sistema de costumes tem a dificuldade de fazer mudanças, pois é um longo processo social e de dominação de princípios supostamente naturais, mas criados por elites dominantes.

Ministério Público na Itália: é selecionado mediante concurso em carreira única para a Magistratura judicial ou Magistratura ministerial (Magistratura de Pé), a carreira é única, mas as funções são diferenciadas. Podendo mudar de carreira a cada promoção ou remoção, mas isto vem sendo restringido nos últimos anos, mas uma regra é que não pode ser para a mesma Comarca que já atuava. O membro do Ministério Público pode expedir mandados de prisão, em casos de emergência, mas comunicando ao Juiz de Instrução, o qual não será o mesmo que atuará na fase processual. Recentemente iniciou-se o debate para separar as carreiras, mas ainda permanece o modelo anterior.

Na década de 40 praticamente copiamos o Código de Processo Penal Italiano, mas na tradução considerou os termos "Magistrado" como "Juiz" e passamos a ter um Código Inquisitório, pois muitas funções seriam do Magistrado Ministerial, e outras do juiz de instrução ou do Tribunal de Julgamento. Apesar de a Itália já ter modernizado o seu Código, no Brasil disputas por espaço entre advogados, delegados, juízes e promotores impedem a tramitação das leis processuais penais. O nosso Código Processual em vigor no Brasil é uma das razões da criminalidade, pois produz impunidade e lentidão.

Ministério Público no Japão:também tem previsão constitucional com autonomia e atua na esfera criminal, podendo fazer investigação e até mesmo interrogatórios. São selecionados mediante concurso.

Ministério Público no México:atua na esfera criminal, além de casos de interesse público como inconstitucionalidade. A polícia judiciária foi colocada sob a autoridade e o comando imediato do Ministério Público, conforme o art. 21 da

Constituição daquele País. O mesmo acontece na França, na Itália, na Espanha e em Portugal. Qualquer prisão deve ser comunicada imediatamente ao Ministério Público e pode prender por até 48 horas. Também é obrigado a ajuizar a ação de reparação de danos após sentença criminal condenatória. Tem disponibilidade motivada da ação penal. Mas o Procurador Geral pode ser removido livremente pelo Executivo. É dividido em Ministério Público das Federações e da República. O Ministério Público está dentro do capítulo do Poder Judicial. A Constituição é de 1917, mas foi alterada em 2005.

Ministério Público Paraguaioé conhecido como "Fiscalia General" e ainda defende os interesses do Estado (e não da sociedade). A Procuradoria Geral da República lá exerce as funções da AGU no Brasil e é chefiada pelo Procurador Geral. O Ministério Público tem como chefe o Fiscal Geral do Estado e a sua função é defender os interesses da sociedade, da Constituição e a ação penal pública, gozando de autonomia funcional e administrativa. O Fiscal Geral é escolhido por um mandato de cinco anos nomeado pelo Executivo com acordo do Senado e mediante indicação do Conselho Nacional Judicial. Os Agentes Fiscais (promotores e procuradores ministeriais) gozam das mesmas garantias dos Magistrados.

A polícia judicial é subordinada ao poder judicial e colabora diretamente com o Ministério Público e ambos são capítulos dentro do Título "Poder Judicial". A Constituição é de 1992 e o Ministério Público pode emitir mandados de prisão por prazo certo e curto.

Ministério Público Peruano: a Constituição assegura autonomia. Tem como função a ação penal pública, a investigação criminal e a defesa do interesse público e coletivo, bem como a legalidade, inclusive com iniciativa legislativa para melhorar o ordenamento jurídico e deve ser imediatamente comunicado de qualquer prisão efetuada pela autoridade policial. A Constituição assegura isonomia entre Membros do Ministério Público e juízes. A Carta também refere-se a outra instituição "Defensoria do Povo', mas como uma espécie de Ouvidoria, com algumas funções de fiscalização do serviço público e dos direitos constitucionais, as quais no Brasil são atribuições previstas como do Ministério Público. O Fiscal Geral é eleito por três anos pela Juntas de Fiscais Supremos podendo ser reeleito de forma limitada. A Constituição é de 1993.

Ministério Público em Portugal: o Ministério Público goza de autonomia, mas defende também o Estado, porém seus membros são considerados Magistrados. Embora haja verticalização na Instituição, há garantias como a inamovibilidade. O Procurador Geral goza de mandato de seis anos. A atuação ministerial é na defesa do interesse público e com a titularidade da ação penal. A Constituição é de 1976. Atualmente, a partir de 1998 separou a carreira da judicial e passou a contar com o Conselho Nacional do Ministério Público, embora seja um concurso único.

Ministério Público na Rússia: a posição assumida, na Rússia, pelo "Procuratura", órgão que se aproxima do Ministério Públcio ocidental e exerce funções especiais de controle de qualidade da Administração Pública. O modelo russo serviu de subsídio para o "Public Prosecutor" na Iugoslávia e, na Polônia, para a instituição da "Procuratura".

Ministério Público no Uruguai:é ligado, curiosamente, ao Ministério da Educação e Cultura, enquanto a Polícia é ligada ao Ministério da Defesa. O MEC Uruguaio assume as funções de Ministério da Justiça. A denominação ministerial é Ministério Público e Fiscal e tem como função a titularidade da ação penal, bem como a defesa dos interesses sociais e do Estado, embora na prática haja foco no criminal. Em 2001 havia 64 fiscais promotores e 400 servidores técnicos e administrativos. Já no ano de 2014 discutia-se no Uruguai a estrutura e atividades do Ministério Público, a qual foi aprovada em agosto de 2015, mantendo o Ministério Público junto ao Ministério da Educação e Cultura (Ley N° 19334).

Ministério Público no Tratado Penal Internacional Permanente de Roma: os 18 juízes e o promotor-chefe serão eleitos pela Assembléia de Estados-partes do TPI e terão mandato de 09 anos sendo vedado mais de um juiz de cada nacionalidade e também a reeleição. O Tribunal permanente tem sede na Holanda.

Segue texto publicado no site Uol em 31/01/2006, por Gilberto Rodrigues: "Ao contrário do bem-sucedido processo de indicação de juízes, o mesmo processo para indicar o promotor-geral do TPI (que no Brasil denomina-se procurador-geral de justiça ou da república) foi um verdadeiro fiasco. Não houve nenhuma indicação para preencher esta vaga, até o fim do prazo final. A razão desta ausência é a enorme dificuldade de se preencher os requisitos para esta função.

Além de vasta experiência de acusação, o candidato a promotor-geral (prosecutor) deve ter conhecimento dos diferentes sistemas jurídicos, o anglo-saxão (common law) e o romanístico (direito positivo, como o brasileiro), além da fluência em inglês e francês e experiência e habilidade para comunicar-se com a mídia.

A espinhosa função de investigar e acusar suspeitos de crimes que envolvem governos de países é igualmente fator inibidor para candidaturas. Espera-se que o TPI abra novo prazo na tentativa de obter candidatos para esta vaga.

O primeiro Promotor no TPI foi nomeado em 2003, era um advogado Argentino de nome Luis Moreno Ocampo, o qual contou com o apoio do Brasil. Em tese, faz-se necessário que as entidades de classe do Ministério Público debatam sobre a possibilidade de o membro indicado para o cargo de Promotor no TPI ou demais Tribunais Internacionais seja alguém da carreira. Mas é de ressaltar que nem para seja juiz nos Tribunais Internacionais há necessidade de integrar a carreira ou ter diploma em Direito.

Os candidatos ao cargo devem ter ampla experiência em acusação ou julgamento na área criminal. A função do **promotor** adjunto é chefiar a Divisão de Acusação.

Os selecionados serão entrevistados pelo **promotor** do **TPI**, e ao final das entrevistas, três finalistas são submetidos à eleição na Assembléia dos Estados Partes. A duração da nomeação é de até nove anos. A função não é privativa de Promotores de carreira nos países signatários, ou seja, um advogado pode exercer esta função, como atualmente é o caso da Advogada Fatou Bensouda, a qual era Vice-Promotora antes.

Ministério Público em Tribunais Penais Internacional não Permanentes: nesse caso a escolha depende de aprovação pela ONU, a qual dá preferência para membros ministeriais de países que tenham anuência das demais nações. Antes da criação do Tribunal Penal Internacional era comum a criação de Tribunais AD HOC para crimes definidos na Convenção de Genebra. Mesmo hoje ainda existem tribunais AD HOC, pois os Estados Unidos não aderiu ao TPI. Portanto, no caso de países que não filiaram ao TPI permanece a criação de Tribunais AD HOC para crimes contra o direito internacional, normalmente criados por Resolução da ONU e para casos específicos. Os Estados Unidos não aderiram ao TPI, apesar de terem influenciado toda

a redação do Estatuto do mesmo para fortalecer a participação do Conselho de Segurança da ONU, órgão do qual faz parte. Ou seja, não quer se sujeitar ao julgamento, mas quer influenciar no mesmo. Os Estados Unidos tentou de todas as formas reduzir o poder do Procurador no TPI, mas sofreu resistência dos países europeus. Houve até uma discussão para definir se seria "Promotor" ou "Procurador", prevalecendo esse último termo. O Procurador pode investigar no TPI e o Brasil aderiu ao mesmo. Inclusive o TPI já teve como Promotora uma juíza canadense em 1999.

Ministério Público na Venezuela:tem autonomia e independência funcional, administrativa e financeira, atuando na investigação criminal, na esfera penal e nos direitos fundamentais e constitucionais. Teve sua posição constitucional revista em 2000.

Na Venezuela é considerado expressamente como Poder estatal cidadão em conjunto com outros órgãos estatais. Na Venezuela existe a Defensoria do Povo, é um cargo político e não jurídico, seria uma Ouvidoria, mas tem como função a defesa dos direitos coletivos, direitos humanos e constitucionais, iniciativa legislativa em todas as esferas como sugestão para defesa; fiscalização dos serviços públicos. Mas não pode ajuizar ação judicial em nome próprio, deve encaminhar os pedidos ao Ministério Público. Na verdade as funções da Defensoria da Venezuela são previstas no Brasil como do Ministério Público. O Fiscal Geral é designado por um período de sete anos, sendo exigidos os mesmos requisitos para o de Magistrado da Corte Constitucional. A Constituição é de 2000.

A tendência européia quanto à equivalência dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público é demonstrada na Declaração de Princípios sobre o Ministério Público (adotada em Nápoles, 2 de março 1996) feita pelos Magistrados Europeus pela Democracia e Liberdade - MEDEL, **in verbis:**

> IV . Estatuto
>
> Os membros do Ministério Público são necessariamente magistrados, integrados a um corpo judiciário único, onde constituem uma magistratura distinta, a qual terá um estatuto, direitos e garantias equivalentes àqueles dos juízes. (IV. STATL T PERSONNEL Lês membres du MP sont nécessairement des magistrats, intégrés dans un corps judiciaire unique, ou constituant une magistrature distincte,

> Iaquelle aura un statut, des droits et des gcn-anties équivalents á ceux des juges.

Hoje a doutrina já reconhece a existência de órgãos intermediários que seriam entes estatais e que exerceriam poder de polícia e de fiscalização agindo de forma autônoma e impondo regras à sociedade.

Esses entes exercem Função de Poder e até podem ser Poder Estatal se o ordenamento jurídico assim o reconhecer.

Características básicas dessa função de Poder: Atuar em nome próprio e não por representação, grau de independência, não exigência de mandatos para cada ato (o mandato é geral) e função de fiscal.

Assim, atividades de assistência social não seriam típicas de função estatal e nem atos que precisam de mandato específico para cada ato. Nesse caso, podem ser, em alguns casos, hipóteses de poder pessoal ou mesmo de poder social. E eventual poder está concentrado mais no titular do direito do que no seu representante como é o caso da advocacia.

De uma maneira geral observa-se que embora haja um sistema judicial eleitoral em quase todos os países pesquisados há um Conselho Eleitoral de composição diferenciada e com capacidade de fiscalizar e julgar em alguns casos.

Em regra, todos os países têm Ministério Público com previsão constitucional, com várias atribuições destacando a ação penal e defesa do interesse público. Somente existe Ministério Público dos Estados nos países onde há federalismo como no México, Argentina, Estados Unidos e Brasil.

Na Europa Latina, os concursos para promotores e juízes são únicos, bem como a freqüência às escolas que variam entre dois a três anos, havendo escolha quase sempre ao final do curso.

E em todos os países a ação penal, em regra, é de tutela estatal e sob o encargo do Ministério Público.

20. A colaboração premiada (delação e confissão) como formas de flexibilizar a ação penal, bem como a justiça restaurativa e teoria dos jogos

Com o advento da Lei 12.850/13 o termo "delação premiada" foi modificado para "colaboração premiada". Esta mudança não é mera questão de semântica e tem passado despercebida pelo meio jurídico, em grande parte.

Além disso, a discussão está latente em razão da votação da Medida Provisória 703/15, a qual está no Congresso Nacional e vigorando, mas há debates calorosos sobre mudanças na estrutura da colaboração, esta medida provisória não foi apreciada.

Anteriormente, a legislação falava em "delação", ou seja, entregar o outro comparsa. O que alguns chegam a cunhar de "antiético", o que paradoxal, pois estabeleceria a lógica de "ética criminosa".

Importante ressaltar que temos a possibilidade de acordos penais nos delitos de *menor potencial ofensivo,* ou seja, transação penal nos Juizados Especiais (Lei 9.000/95) e nos delitos de *maior potencial ofensivo,* como no caso das organizações criminosas (Lei 8.250/13) e algumas normas esparsas como crimes contra a ordem econômica, ordem tributária e na Bolsa de Valores. Mas, não temos possibilidade de acordo nos crimes de *médio potencial ofensivo, como furtos e roubos, e outros mais comuns.*

Contudo, nada impede que estas "recompensas em matéria penal" sejam aplicadas nos crimes de médio potencial ofensivo, como roubos e furtos, pois são medidas que beneficiam o criminoso, logo pode ter interpretação extensiva, tanto pelo direito penal, como pelo direito processual penal (artigo 3º do CPP).

A Lei 9807/1999 também prevê em seu artigo 13 a possibilidade de acordos para proteção às vítimas.

Na verdade a proposta de acordo penal acaba gerando mudança de paradigmas, pois ainda prevalece o mito de que contraditório deve ser apenas o adversarial, e não o consensual. Mas, a consensualidade também exige o contraditório, ou seja, manifestar sobre a proposta. Afinal, ninguém é obrigado a aceitar acordos.

Esta mudança de direito meramente punitivo para um direito penal com recompensas, foi abordada por Jeremias Bentham, na obra: As recompensas em matéria penal. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. Bentham é um dos idealizadores da corrente de pensamento do utilitarismo. Nesse sentido cita-se trecho da obra,

> Mas se a recompensa, em vez de ser oferecida por uma lei geral, se deixa à discrição do Magistrado e este a promete segundo creia necessário, cessa o inconveniente, pois já não há segurança absoluta para o crime. A recompensa não será prometida a um dos seus cúmplices, senão quando se desesperar de acertar por algum outro meio e, por conseguinte, haverá sempre um intervalo em que todo criminoso estará sujeito ao temor de cumprir a pena.
> BECCARIA condenou, sem exceção, toda recompensa que se conceda aos delatores, mas examinando as suas razões, vê-se que o raciocínio se apóia unicamente nas palavras traição e falsidade, ou seja, na desaprovação confusa entre elas.[282]

Os acordos penais trazem resultados mais eficientes, menor tempo e menor custo, mas para alguns, quanto mais longo o processo, mais aumentam o mercado de trabalho e prescrições, logo há resistência a este paradigma de atuação mediante acordo. Obviamente que é importante ter balizas objetivas para estes acordos, para não se tornar uma feira de barganhas.

Considerando também o pensamento dominante da Teoria da Defesa Social, visão de esquerda, de que a finalidade do direito penal é a ressocialização (cura social) do criminoso que foi condenado, deve-se admitir que a confissão deve ser um dos elementos mais importantes para se aferir o desejo de ressocialização do criminoso.

---

[282] BENTHAM, Jeremias. **As recompensas em matéria penal**. Tradução Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 76/77

Afinal, na própria religião exige-se o arrependimento e confissão dos pecados para a salvação. Oportuno ressaltar quehá corrente que entende que a ressocialização não pode ser imposta, mas é um ato de vontade do apenado, funcionalismo penal de Roxin.

A rigor, não existe reeducando, mas sim apenado, pois não pode o Estado impor a "ressocialização", mas apenas o cumprimento da pena. Na verdade, a "ressocialização" é um pensamento de esquerda decorrente da ideologia de "defesa social". Alguns países como os Estados Unidos não têm a ressocialização como função da pena, e diferenciam dignidade humana no cumprimento da pena e ressocialização.

A confissão atualmente no Código Penal é apenas uma atenuante, não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Também não diferencia o Código Penal entre confissão extrajudicial e confissão judicial. Logo, a "recompensa" é muito pequena. No entanto, se de forma analógica à delação a confissão, transformar-se em uma causa de diminuição da pena, por exemplo, de 1/3 a 2/3 seria uma forma de agilizar o processo, uma vez que a confissão afastaria a necessidade de instrução prolongada com oitivas de testemunhas.

No entanto, a jurisprudência tem resistido à aplicação da confissão como colaboração premiada, e ainda equivoca-se na terminologia:

> TJ-DF - Apelação Criminal APR 20140510112339 (TJ-DF) Data de publicação: 09/11/2015 Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. REJEIÇÃO. PRETENSÃO DE TRATAR *A CONFISSÃO COMO DELAÇÃO PREMIADA.* IMPROC EDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A *CONFISSÃO* ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIREINCIDENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Para o reconhecimento da qualificadora prevista no inc. II do § 4º do art. 155 do Código Penal , dispensável a realização de exame pericial quando presentes outros elementos de convicção que atestem a sua ocorrência, inclusive por meio da palavra da vítima e testemunhas. Precedentes. 2. *Não há analogia entre aconfissão espontânea e a delação premiada, pois são institutos com natureza jurídica e finalidades diversas.* 3. Inviável a compensação

> integral entre a atenuante da *confissão* espontânea e a agravante da reincidência quando o réu é multireincidente. Equiparar o acusado reincidente ao multireincidente seria violar o princípio constitucional da individualização das penas bem como o princípio da proporcionalidade. Precedentes do colendo STJ. 4. Recurso conhecido e NÃO PROVIDO.

A Lei fala em "colaboração premiada" e não apenas em delação premiada, embora foque mais nos requisitos desta, pois já era algo que existia anteriormente no ordenamento jurídico. Ora, mas se o acusado pode "entregar" os demais coautores, também pode "entregar" a si próprio.

Por oportuno transcreve-se o trecho do texto legal sobre a colaboração premiada:

> Lei 12.850/13
> [...]
> Art. 4º O juiz poderá, *a requerimento das partes*, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos *daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal*, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
> I - a *identificação dos demais coautores e partícipes* da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
> II - *a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;*
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
> IV - *a recuperação total ou parcial* do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
> § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.
> § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, *o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial* ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Como as penas no Brasil são, em regra, fixadas no mínimo legal, então não há interesse dos réus em confessar. Notadamente pelo fato de que no Brasil não existe o crime de perjúrio (mentir em juízo), o qual já existe em países como França, Alemanha, Estados Unidos e outros. No entanto, não há previsão legal de crime de perjúrio em

países como Itália, Espanha e Portugal, pois prevalece a ideologia de esquerda nestes países, ou seja, de vitimismo e coitadismo penal, o réu é uma vítima da sociedade e do Estado, não sendo responsável pelos atos, logo o crime para eles é um fato externo á vontade do réu, por uma "imposição" social.

Por exemplo, na *própria audiência de custódia o Ministério Público já poderia oferecer a denúncia e o réu ser citado, podendo confessar o delito e já ter a redução da pena. Logo, o julgamento seria em prazo razoável.*

Atualmente, o maior problema na seara penal é a dificuldade de pautas de audiências de instrução em razão de se ter colocado o interrogatório do acusado ao final da instrução a partir de 2018, dois anos para frente, o que tem gerado o caos e a impunidade, incluive aumenta o número de crimes cometidos a mais em razão da impunidade. O que mais gera crime não é desigualdade social, mas impunidade, embora o pensamento predominante de esquerda sustente o contrário.

Obviamente que esta confissão teria que ter alguns requisitos:

1) Ser feita antes do oferecimento da denúncia,ou do recebimento, ou antes da instrução do processo, pois se ao final do processo não teria sentido de utilidade.

2) Ser aceita pelo Ministério Público e homologada pelo juiz, com assistência efetiva de um advogado.

3) Que seja uma confissão útil, pois não precisa de uma confissão em um delito que foi filmado por câmeras.

4) A confissão deveria ser em relação aos fatos, podendo incluir, ou não, o tipo penal e a pena no acordo, sendo feito em audiência judicial específica ou em acordo extrajudicial, com presença do advogado, remetido ao juiz.

5) Na própria audiência de custódia o acusado já poderia confessar os fatos, o Promotor oferecer a denúncia e o juiz aplicar a pena. Seria um processo que cumprira o mandamento constitucional de "duração em prazo razoável". Certamente setores questionarão esta agilidade, mas o acusado poderia recusar o acordo.

6) Importante exigir que haja uma denúncia para que o acusado tenha ciência dos fatos, isto evitaria muitos problemas observados na transação penal em que há uma certa banalização, embora ali não assuma culpa, por previsão legal.

7) No caso da confissão estaria seria reconhecimento de culpa, similar ao sistema alemão (*absprache*) e ao italiano (*pattegiamento*), os quais são diferentes do *plea bargaining* norte americano. No modelo europeu o poder do Ministério Público é menor, pois não pode negociar tipos penais, somente a pena, e exige fundamentação, já no norte-americano pode negociar até o tipo penal (mudando-o sem conexão real com os fatos) e também não exige fundamentação.

8) Nada impede que o juiz absolva sumariamente mesmo com acordo de confissão, caso entenda que o fato é atípico ou está prescrito,pois isto é controle de legalidade e não de conveniência.

9) Se a colaboração premiada pode ser usada nos crimes de maior potencial ofensivo, como organização criminosa, também pode ser usado para delitos de média complexidade, pois a interpretação extensiva neste caso é apropriada.

Por fim, ressaltamos que precisamos debater mais sobre a confissão judicial como colaboração premiada, bem como sua aplicação para os delitos de médio potencial ofensivo, o que assegura um processo em duração razoável e ainda destaca que a confissão é a base para iniciar eventual ressocialização e arrependimento pela delito e vida criminosa.

21. Ressocialização como ato de vontade do apenado, e imposição impossível

A ressocialização de presos é tratada como uma função do Direito Penal no Brasil. Na prática é fruto mais de um conceito de "politicamente correto" do que uma pesquisa empírica. Na maioria dos países a ressocialização não é um objetivo do Direito Penal, o qual tem como objetivo principal punir para evitar novos delitos, e cita-se como exemplo os Estados Unidos. Por outro lado, a Constituição Italiana prevê que a ressocialização é um dever do sistema prisional.

As pessoas confundem "humanização" com "ressocialização". Ou seja, nos Estados Unidos os presídios são bem melhores que os brasileiros, pois visam o cumprimento da pena respeitando os direitos humanos dos presos ao menos no aspecto de estrutura física. No entanto, são extremamente rigorosos no cumprimento da pena, inclusive punições administrativas não são computadas no quantum da pena cumprida, ou seja, acrescem ao final da pena, ex.: se a pena for de 03 anos e tiver uma sanção administrativa de 10 dias, passa a ser 03 e 10 dias de pena.

No Brasil não há uma norma prevendo expressamente este objetivo de ressocialização, o qual é difundido de forma tão contundente que muitos chegam a acreditar que a função do Direito Penal é como a de um mosteiro, que é formar monges após a ressocialização.

Em suma, pela lógica atual qualquer autor de conduta "antissocial" deveria ser processado para ser "ressocializado" independente de ser crime.

No entanto, esquecem-se que a ressocialização é como deixar de fumar, beber, usar drogas, ou seja, depende 99% da vontade do sujeito e apenas 1% do apoio estatal, da família ou da sociedade.

Quanto mais a ideologia dominante tenta focar o Direito Penal na ressocialização, mais a criminalidade aumenta, ou seja, tem um efeito reverso. A

punição não precisa ser desumana, mas o que evita crime é a possibilidade real de punição rápida, somada ao controle social. O problema é que temos criminosos eventuais e criminosos habituais, o que será abordado oportunamente, mas a ideologia dominante trata os tipos da mesma forma.

Noutro sentido é possível sustentar para a ideologia dominante, para a qual a ressocialização é um objetivo do direito de punir do Estado, que então todas as pessoas que cometem ato imoral ou ilícito deveriam ser processadas e presas para serem "ressocializadas". E mais, a pena não seria finalizada enquanto não se tivesse certeza de que estão ressocializadas (boa parte ficaria presa eternamente).

Em razão deste objetivo místico de ressocializar presos fica a incógnita de como ressocializar quem cumpre pena alternativa (sem prisão). Afinal, por qual motivo retirar pessoas do convívio social para depois fazer "reinserção social"? Outra expressão muito usada também.

Para esta visão absoluta de ressocialização são concedidas benesses aos presos como indulto (perdão da pena), saídas temporárias (35 dias por ano), direito de visitas como se fosse um pequenique prisional com crianças e familiares passeando pelos presídios, enquanto outros conseguem direito de terem relações sexuais nas celas-motel, além de muitos outros, mas mesmo assim a população carcerária continua a aumentar.

Um dos motivos para o aumento da quantidade de presos são os pequenos delitos cometidos por usuários de drogas, mas o grupo que comanda a política prisional ainda acredita que ensinar artesanato para preso é mais útil e eficaz do que implantar políticas de atendimento ao usuário de drogas nos presídios, embora haja pesquisas nos Estados Unidos que comprovam resultados para tratamento de dependentes químicos nos presídios, ainda que não seja tratamento obrigatório.

A ideologia dominante usa os meios estatais de comunicação social do governo para divulgarem que prisão gera mais reincidência, mas não mostram os dados e nem a forma de apuração dos mesmos. Difícil imaginar como fazem isto se nem há um banco de dados integrado.

Ademais, nem todo criminoso é flagrado ou tem a sua autoria descoberta.

A rigor, infratores que cometem crimes que geram prisão são mais graves, bem como os que são habituais no crime, enquanto criminosos que cometem crimes que implicam em penas alternativas são criminosos, em tese, menos perigosos e eventuais. Logo, é natural que os punidos com pena alternativa gerem menos reincidência. Em suma, a ideologia dominante confunde causa com conseqüência. As pessoas não cometem mais crimes porque são presas, mas sim são presas porque cometem crimes mais graves, logo a reincidência é causa e não conseqüência, ao contrário do que sustenta a ideologia dominante.

Na lógica atual a função do Direito Penal deixou de ser punir e passou a ser ressocializar. Isso banaliza o Direito Penal, descaracteriza sua autoridade moral, amplia excessivamente o leque de crimes, transforma criminosos em falsas vítimas da sociedade e paradoxalmente aumenta o número de presos, pois a pena vira uma espécie de medida sócio-educativa (chamado também de vitimismo manipulador, por parte do excesso de benesses ao bandido)

De fato há mais presos pobres, mas isso decorre de dois fatores: o primeiro é que temos em qualquer país do mundo mais pobres do que ricos. Outro fator é que pobres tendem a cometer crimes menos elaborados como furtos e são presos em flagrante mais facilmente. Enquanto ricos cometem crimes mais elaborados como golpes, desvios pela internet, e no Brasil temos uma investigação precária que não consegue apurar esses crimes mais complexos. Logo, tanto ricos como pobres cometem crimes, porém é mais

fácil provar furtos do que golpes, então a PM prende mais por flagrantes de furto (crime menos complexo).

As pessoas cometem crime porque querem, e não por uma imposição da sociedade, como sustenta a teoria da "defesa social". Isso não significa que o cumprimento da pena não deva obedecer aos princípios da humanização. No entanto, não faz sentido que criminosos perigosos sejam considerados vítimas com benesses enquanto a sociedade fica refém de seus ataques.

O CNJ resolveu aderir a esse movimento de ressocialização do criminoso, mas então deveria também fazer um projeto de ressocialização ou inserção social em relação à vítima, pois normalmente o tempo de prisão do criminoso é bem menor que o tempo que dura a síndrome de pânico da vítima, conforme já comprovado por pesquisas de psicologia.

Não tem como o Estado impor a ressocialização aos presos, pois muitos não querem. Outros não precisam ser ressocializados porque são criminosos eventuais, como um homicida em razão de uma discussão.

A ressocialização deve ser considerada como a necessidade de o cidadão cumprir os seus deveres e direitos. No entanto, na execução penal é comum que presos aprendam que têm apenas direitos e nunca deveres, principalmente pela benevolência dos tribunais.

Não é ensinando os presos a fazerem artesanato, nem ensinando a trabalhar na construção civil que serão ressocializados, pois Direito Penal não é direito de qualificação profissional. Essas atividades têm sua finalidade nobre e romântica, mas não diminuirão a criminalidade. Afinal, o que diminui criminalidade é punição rápida e se o Direito Penal perde o controle social de punição, então a reincidência aumenta.

No entanto, se prevalecer o mito da ressocialização, precisamos mudar toda a lógica do Direito Penal, inclusive seria necessário acabar com a prescrição, pois "ressocializar" não pode prescrever.

Para a ideologia dominante o Direito Penal seria uma espécie de Direito de Assistência Social, o que é uma inversão total. Tem ocorrido de pessoas com problemas mentais que não conseguem atendimento na área de saúde serem induzidas a cometer delitos para obter internação nos presídios ou manicômios judiciários.

Por fim, a ressocialização é importante, mas é um ato de vontade do cidadão, apenas quem quer e decide ser ressocializado é que pode ressocializar-se. Isso não tem como ser imposto pelo Estado, pois não são apenas presos que deveriam ser ressocializados, afinal, a ressocialização não é uma função exclusiva do Direito Penal, mas de qualquer ramo do Direito e até da moral se cometer ato antissocial.

Dessa forma pode-se afirmar que a ressocialização é um conceito mais moral do que jurídico, não se confundindo humanização com ressocialização, pois conceitos diversos, como se vê nos Estados Unidos.

22. Indulto, Anistia e absolvição no Júri e oportunidade do jus puniendi

Muito embora o poder punitivo seja tratado como um mito e comumente aleguém que é indisponível, o fato é que o Presidente da República, no artigo 84, inciso III do CP, pode conceder perdão de pena para pessoas condenadas, exceto se crime hediondo. Além disso, o Legislativo pode aprovar lei perdoando os crimes cometidos (artigo 48, inciso VIII, do CP). E o indulto pode abranger até homicídios, desde que não sejam hediondos. E nada se questiona sobre isso e seu impacto.

Além disso, temos o caso de se permitir aos Jurados absolver o réu, mesmo que todas as provas sejam contrárias à absolvição, e neste caso nem caberia recurso ao Tribunal, nos termos expressos do §3º, do art. 593, do CPP, pois a jurisprudência entende como *mesmo motivo* a previsão do recurso com base na alínea 'd' do artigo, e não nos argumentos fáticos e probatórios. Exemplo, se uma pessoa matou no meio de um shopping e foi filmado, mas os jurados absolvem por motivo qualquer, pois hoje

pela forma de votação no quesito “O júri absolve o acusado?”, não é possível identificar o motivo da absolvição. E neste júri o Ministério Público recorre e o Tribunal manda a novo Júri. Neste segundo Júri, os novos Jurados também a absolvem, não pode o Ministério Público recorrer, ainda que a decisão de absolvição seja absurda. E ninguém insurge contra isto, mas alegam que será o caos social se o Ministério Público promover arquivamentos em delitos de baixa e média ofensividade.Segue a redação do artigo no CPP:

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> § 3º Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; **não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação**. (grifo nosso).

23. Obrigatoriedade na ação penal e frouxidão na execução penal

No Brasil há aproximadamente 500 mil presos e mais 600 mil pessoas cumprindo penas alternativas, além de quase 500 mil mandados de prisão a serem cumpridos. No tocante à situação dos presos sabe-se que aproximadamente 400 mil presos (80%) respondem por furto,roubo e pequenos tráficos. Ou seja, embora tenhamos quase mil e seiscentos tipos (e sub-tipos) de crimes na legislação penal, apenas três tipos de crimes prevalecem no dia a dia prisional.

Só em regime domiciliar, existem aproximadamente 200 mil presos.

A situação agravou-se com a política do atual Governo Federal de estatizar a assistência jurídica, na qual curiosamente o Estado acusa e o Estado defende o réu e este passa a ser refém de dificuldades como a escolha de seu advogado em razão de regras que evitam a concorrência. Embora a OAB alegue estar preocupada com a situação prisional, no Exame da Ordem no Edital do mesmo não consta matérias como "criminologia" ou "execução penal". Logo, confirma-se a distância enorme entre discurso e atitude.

Nos últimos oito anos com a política governamental de estatização da assistência jurídica mediante forte lobby corporativo, inclusive com medidas para centralizar a assistência jurídica estatal e evitar que haja outros prestadores de assistência jurídica,

aumentou-se o número de presos. Ou seja, de forma paradoxal o Estado pode ter várias Instituições para ajuizar Ações civis públicas, mas apenas UMA para prestar assistência jurídica. Em razão disso, a quantidade de presos aumentou em mais de 30% nos últimos anos, pois os processos penais foram agilizados em razão da assistência jurídica com exclusividade para o Estado em crimes cometidos por pobre como furto, roubo e pequenos tráficos. Assim, criou-se uma perigosa dicotomia em que ricos são defendidos pela advocacia privada enquanto que pobres ficam a defesa exclusiva pelo Estado através de um único órgão. Inclusive as verbas do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) estão sendo canalizadas para este atendimento estatal. O Ministério da Justiça pressionado por fortes lobbies corporativos não faz, e não quer fazer, a pergunta chave: "Quem fez a defesa criminal da maioria dos presos? Foi a advocacia privada ou a pública?". Na verdade, em casos de prisão em flagrante há pouco espaço para a defesa, logo o ideal seria definir recompensas para réus que confessarem em juízo, como a diminuição da pena, mas isto tem pouco interesse no meio jurídico, pois reduz mercado de trabalho, embora usem argumentos como "ampla defesa".

Posteriormente, os beneficiados com recursos públicos para esta espécie de exclusividade de defesa estatal aparecem publicamente questionando o excesso de presos como decorrente de uma maldade estatal, como se o modelo atual de defesa jurídica estatizada também não integrasse este Estado "malvado" e pedem mais dinheiro para agora atender aos que foram condenados. Mas, quem fez a defesa? A maior parte dos presos foi defendida pela advocacia privada, por advogados dativos, por defensores públicos ou por algum outro setor?

Portanto, se há excesso de presos, ao invés de o Estado gastar dinheiro apenas com presídios, segurança e assistência jurídica para garantir os direitos dos presos, muito melhor seria permitir medidas para não se prender e nem processar em alguns casos de reduzido impacto social. O problema é que reduzirá o mercado de trabalho para alguns setores e isto não querem, embora não digam isto em público. No entanto, há soluções eficazes, simples e baratas, como:

1) Transformar a ação penal de furto de objetos no valor de até R$ 100,00 em ação penal condicionada à representação da vítima, uma medida similar à adotada em países na Europa.

2) Prever expressamente que o Ministério Público poderá, fundamentadamente, estabelecer prioridades no ajuizamento de ações penais em delitos de caráter patrimonial e cometidos sem violência, sendo que se a vítima discordar poderá recorrer ao Conselho Superior do Ministério Público.

3) Definir na lei a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para crimes de furto para não se iniciar o processo penal, pois não faz sentido ajuizar ação penal para se discutir a insignificância apenas para manter o mercado de ações judiciais aquecido.

4) Descentralizar a assistência jurídica e criar meios para que o cidadão, inclusive o preso, tenha efetivamente opções de escolher o seu advogado de confiança criando várias alternativas na iniciativa privada e até mesmo estatal.

5) Criar as Centrais de Penas Alternativas e ampliar as hipóteses de transação penal e suspensão condicional do processo cumulada com penas alternativas, além de melhorar a legislação sobre estes temas.

6) Extinguir, mediante lei, o regime aberto, pois anacrônico no sistema atual. Afinal, melhor seria que do regime semi-aberto ocorresse a progressão para pena alternativa.

7) Facilitar a emissão dos atestados de pena pela internet, pois atualmente há forte lobby para manter monopólio de emissão e recebimento para que o preso fique refém de alguns prestadores de serviço.

8) Investir em tornozeleiras eletrônicas em vez de construir mais presídios, pois há casos de presos provisórios que realmente não precisavam ficar presos se tivessem a pulseira eletrônica, o problema é que preso dá mais lucro para quem vende marmita, uniforme, segurança e outros serviços, pois um preso custa em torno de R$ 2000,00 enquanto um vigiado por tornozeleira custa R$ 300,00 e consegue ter mais liberdade para escolher advogado e esta concorrência não interessa a muitos.

9) Reduzir os atuais 1600 tipos penais para menos de 500 tipos penais e restabelecer a codificação das leis penais para melhorar a organização e aplicação das leis penais ao se evitar normas esparsas e contraditórias. Afinal, não adianta reformar o

CPP, sem atentar para o Código Penal e nem criar tipos penais feitos no calor dos telejornais em razão de casos específicos.

Em suma, com estas medidas, em até dois anos, teremos menos de 200 mil presos, ou seja, uma redução de mais de 50% do efetivo atual e aumentando a quantidade de pessoas cumprindo pena alternativa. No entanto, há o problema de que a população acha que condenação em pena alternativa é impunidade, pois não entende o aspecto punitivo.

Não faz sentido ser rigorosos no momento de denunciar, e até no curso do processo, mas sermos extremamente flexíveis na interpretação jurídica na execução penal, pois deveria ser o contrário, para uma maior eficiência.

24. Traficocídio, eficiência, oportunidade/seletividade e política criminal

Traficocídio, um novo tipo de crime que aterroriza. Mais da metade das mortes violentas decorrem de cobrança de dívidas oriundas de drogas. Estes crimes continuam sendo julgados pelo júri como se fossem homicídios, mas na verdade são crimes oriundos do tráfico de drogas e deveriam ser julgados pelo juiz singular.

O crime evolui conforme as relações sociais e econômicas vão sendo modificadas. Atualmente, mais da metade das mortes violentas (assassinatos) decorrem de cobrança de dívidas oriundas de drogas, o que podemos chamar de traficocídio (assassinato pelo tráfico).

Estes crimes continuam sendo julgados pelo júri como se fossem homicídios (crimes dolosos contra a vida), mas na verdade são crimes oriundos do tráfico de drogas e deveriam ser julgados pelo juiz singular.

Há cidades em que 80% das mortes violentas são decorrentes de acerto de dívidas de drogas. Estes tipos de crime não se parecem nada com o homicídio tradicional ou passional. Em geral, no traficocídio há dificuldade de se apurar e provar a autoria, pois normalmente ocorrido às escuras, com uso de arma de fogo e requintes de crueldade, mediante planejamento e utilizando motos ou carros, bem como capacetes e outros disfarces.

Nesta situação do traficocídio os criminosos não estão sendo julgados por seus pares como almeja o espírito do procedimento do júri, mas por suas vítimas reais ou potenciais, o que atemoriza jurados e testemunhas.

Por outro lado, os jurados ficam intimidados em julgar este tipo de crime, as testemunhas são atemorizadas e expostas no júri. Em suma, ainda vivemos uma visão romanceada do crime para uma atividade profissional oriunda de organização criminosa e que pode caminhar para o caos vivido no México.

Nem toda morte violenta é necessariamente crime contra doloso contra vida, pois muitas a atividade do criminoso não teve como objetivo principal ofender a vida, mas a ofensa foi apenas um meio para cometer outro crime.

Por exemplo, nos crimes de latrocínio, terrorismo e genocídio, ainda que provoquem mortes violentas, os réus não serão julgados pelo júri. Isto sem falar no crime de estupro seguido de morte (preterdoloso) que também não é julgado pelo júri.

Interessante citar que o latrocínio já foi da competência do júri até o STF sumular, Súmula 603, que no caso do latrocínio a agressão almejada era prioritariamente ao patrimônio, ainda que tenha provocado a morte, logo a competência era do juiz singular para julgar.

No caso do "traficocídio", o réu ao cometer o crime a mando de chefes de quadrilhas que comandam o tráfico está de fato almejando a questão patrimonial e de poder do seu grupo, sendo a morte mera consequência ou meio, conforme o caso.

Dessa forma, faz-se importante que o**assassinato decorrente da cobrança de dívida por uso de drogas seja da competência do juiz singular,** e isto pode se dar através de uma nova interpretação, preferencialmente, pelo STF ao definir que o objeto jurídico agredido inicialmente seria a manutenção do crime de tráfico de drogas e cobrança dívida ilícita, ou então, através de uma alteração na lei 11343/06, colocando a morte como conseqüência do crime de tráfico de drogas e exasperando a pena neste caso, a qual ficaria entre 16 e 40 anos, além de ser hediondo.

Por fim, se quisermos reduzir as mortes violentas no país precisamos encarar esta nova forma de crime e discutir as vias possíveis para se combater este delito que pode ser considerado o traficocídio.

Com esta medida o Ministério Público estaria agindo como agente de política criminal processual ao denunciar por extorsão seguida de morte (art.158, §2º, do CP), produzindo as provas da morte em razão da cobrança de dívida de droga (dívida ilícita), em vez de denunciar pelo art. 121 do CP, o que não estaria dentro da oportunidade da ação penal, mas sim da maior eficiência seletiva do tipo penal mais adequado.

25. O Ministério Público como limite ao poder punitivo do Estado

O presente texto busca refletir analisar a possibilidade de incorporar a oportunidade da ação penal pública no processo penal brasileiro como mecanismo para restringir o poder punitivo do Estado, o qual é aparelhado por um sistema policial que elege combater crimes cometidos pelas classes sociais mais carentes (cliente preferencial da Polícia por cometer crimes de atavismo, ou seja, roubos e furtos de pequenos objetos e tráficos de drogas em pequenas quantidades). A priori, os temas " oportunidade da ação penal" e o "processo penal consensual" suscitam muitas controvérsias na área em que operam os sistemas penais dos países com tradição continental.

O abandono do princípio da obrigatoriedade da ação penal funciona como filtro do poder punitivo do Estado e reduz prisões desnecessárias, bem como processos com pouca, ou nenhuma efetividade.

O poder de Punir do Estado não é absoluto, tanto é que criou ao Estado a obrigação de instalar Defensoria ou pagar advogados dativos para fazer a defesa dos réus. Logo, não se pode afirmar que indisponível como se acredita ainda. Ainda que se alegue o interesse do Estado na ampla defesa, isto demonstra que não se pode ter uma obrigatoriedade automatizada, como prevalece atualmente.

Em geral, setores da defesa no Brasil acusam o Ministério Público de abusos nas denúncias criminais, mas não se dispõe a discutir o mito da obrigatoriedade da ação penal. A ação penal é obrigatória, mas nada se reclama acerca do excesso de

flexibilização na execução penal, inclusive com condenados no regime aberto cumprindo pena no regime domiciliar.

Registra-se que o Poder de NÃO punir não éprivativo do Judiciário. Afinal,o Legislativo pode aprovar anistia, o Executivo pode indultar condenados, a vítima pode não comunicar o crime às autoridades. Nestes casos não cabe ao Judiciário intervir, pois não é órgão de segurança pública, mas sim de garantias de direitos do réu. Logo, senão há processo judicial criminal, não há que se falar em garantia doréu.

Assim, o Ministério Público como Instituição autônoma não pode ser obrigado a processar apenas os que a polícia selecionou pois, não é mero despachante judicial, nem mera acusação, mas sim Defensor doRegime Democrático e do Estado de Direito.

A obrigatoriedade da ação penal conduz ao cúmulo da desmoralização do direito penal, pois em face da falta de vagas prisionais acaba-se na tendência de afrouxar a pena ou aprovar leis com penas simbólicas de poucos dias ou meses, o que na prática redundará em pena alternativa ou até prescrição, logo o direito penal acaba perdendo sua força punitiva. E assim, as pessoas perdem a vergonha de serem processadas, afinal nem os seus nomes podem ser publicados, logo deve ser guardado sigilo. Ora, mas se o processo penal é "tão grave", ou deveria ser, então não pode ser banalizado. Hoje as pessoas têm mais vergonha e medo de terem seus nomes inscritos no SPC (serviço de proteção ao crédito) do que ser réu em processo penal.

O desenvolvimento de um processo penal moderno de acordo com as necessidades colocadas pela sociedade de hoje exige-se uma ruptura com o paradigma do século XIX, isto é, limitando oDireito de Punir do Estado, o qual age concebido como uma espécie de "Justiça Criminal Policialesca", pois a polícia acaba selecionando os futuros réus nas abordagens policiais ou instaurando Inquéritos Policiais apenas quando quer. No entanto, não se defende a impunidade, mas a eficiência.

Pouco se discute no Brasil sobre a "espinha dorsal" do processo penal atual que é o "princípio da obrigatoriedade da ação penal", isto é colocado como uma verdade

absoluta. Mas, na Europa doutrinadores brasileiros publicam os seus trabalhos questionando esta supremaciado

Nesse diapasão, propõe verificar se o exercício seletivo da ação penal para delitos de menor gravidade é uma via de soluçãoem face do colapso processual e prisional, o que demanda um foco constitucional do processo penal de partes, menos inquisitivo, e focado na visão de processo consensual, com penas alternativas, para a efetivação dos objetivos de prevenção geral.

E, assim, especialmente para orientar a política criminal doEstado Democrático de Direito em que a vítima, bem como oMinistério Público, passariam a ter mais ativismo processual, o que seria o desenvolvimento de um processo penal moderno, inclusive fulcrado no modelo consensual de justiça criminal e de acordo com as necessidades colocadas pela sociedade de hoje que exige uma ruptura com o paradigma do século XIX limitando o Direito de Punir doEstado, o qual age como uma espécie de "Justiça Criminal Policialesca". Dessa forma, o Ministério Público deixaria de agir como mero órgão acusador e passaria a atuar efetivamento como Defensor do Regime Democrático e da de e da Ordem Jurídicaa, como está expresso nos arts 127 e 129 da CF.

Contudo, no modelo atualmente predominante na prática basta a polícia decidir atender à ocorrência e definir a autoria e o Ministério Público é obrigado a processar, o que implica em processar apenas crime de "furto de varal" e outros de menor complexidade.

Geralmente, os doutrinadores mais tradicionais citam quatro artigos doCódigo de Processo Penal para fundamentar a ideologia da obrigatoriedade:

> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei oexigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representaçãodo ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
>
> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou

> insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.
>
> Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.
>
> Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Oportuno destacar que os artigos transcritos datam de 1941 e não foram atualizados pelas legislações posteriores até a presente data. Ademais, naquela época a estrutura jurídica era outra e a carreira do Ministério Público sequer existia como tal.

Em geral, alegam que o art. 24 do CPP ao dizer: "Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público",estabelece a obrigatoriedade. Mas, esta leitura do artigo pode ser vista com viés totalmente ideológico, pois o objetivo do texto é afirmar que a denúncia, se for o caso, é atribuição do Ministério Público", e não quer dizer que o órgão é obrigado a denunciar**.** *No entanto, o art. 100, §1º, do CP, esclarece que é atribuição do Ministério Público e não necessariamente uma obrigação irracional.*

Com o advento da Constituição Federal de 1988, reforçamos a passagem de um processo penal inquisitivo para um processo penal de partes, mas a lei e a cultura jurídica brasileira têm dificuldade em assimilar esta situação.

Pela legislação brasileira, o rito processual para se apurar um furto de bicicleta e o furto de milhões de reais pela Internet é o mesmo, o que tende a aumentar as prescrições por falta de vagas para a realização de audiências em tempo hábil. Em razão disto, acaba-se condenando oladrão de bicicleta, por ser mais simples definir a autoria neste caso, enquanto no delito praticado pela Internet há várias dificuldades técnicas, como, por exemplo, para ouvir as vítimas em Estados diversos.

Recentemente com a bem intencionada política de estatísticas as polícias têm preferido fazer flagrantes de traficantes com pequenas quantidades de drogas, e nem a Polícia Civil quer investigar, pois prefere instaurar inquéritos por casos mais simples para cumprir a média mensal e remeter ao fórum para cumprir a meta quantitativamente, a qual nem exige a descoberta de autoria, nem indica quais os crimes. Portanto, preferem fazer relatórios de pequenos furtos do que investigar a fundo o tráfico de drogas, pois leva tempo e pode não ser possível cumprir a estatística.

A rigor, apenas o furto responde por mais de 50% das prisões, notadamente por flagrantes. A questão é que crimes de furto comum (exceto os cometidos pela Internet) são realizados por pessoas com pouco estudo, enquanto pessoas estudadas e voltadas para a criminalidade tendem a cometer delitos mais elaborados, os quais são difíceis de provar e, se provados, têm penas menores.

Atualmente, a questão penal vive sob o paradoxo de leis que afrouxam a punibilidade e outras que endurecem o combate. Em suma, vivemos sob o embate do "prende e solta", cujo objetivo é permitir que governadores apareçam na mídia com viaturas e batidas policiais e alguns setores da defesa criminal possam ter assegurado o mercado de trabalho.

Este paradoxo fica nítido na política do Conselho Nacional de Justiça ao realizar mutirão carcerário para soltar preso. Ora, se é para soltar, então por qual motivo prender? Ademais, não há controle algum sobre as prioridades de combate ao crime, eleitas pelas Polícias, nem mesmo transparência nos dados sobre o destino das ocorrências policiais.

O Direito Penal ainda vive de mitos, inclusive repetem-se chavões como: "é o direito penal que restringe a liberdade", mas a grande maioria dos processos criminais hoje comporta transações penais ou penas alternativas que não restringem a liberdade. Além disso, temos crimes com pena exclusiva de multa, a qual não pode ser convertida em prisão. Ou seja, mudaram-se os fatos, mas não os mitos.

Por outro lado, embora existam mais de 1,6 mil crimes tipificados nas normas penais brasileiras, apenas três desses delitos respondem por 80% (oitenta por cento) das prisões: **furto, roubo e tráfico em pequenas quantidades**. Será que os demais crimes não acontecem? Ou estão perdidos na burocracia? A rigor, apenas o furto responde por mais de 50% (cinqüenta por cento) das prisões. A questão é que crimes de furto comum (exceto os cometidos pela internet) sãorealizados por pessoas com pouco estudo, enquanto pessoas estudadas e voltadas para crime tendem a cometer crimes mais elaborados, os quais são difíceis de provar e se provados têm penas menores.

Ao fim, o que se propõe é que mesmo no caso de o ato criminoso ser típico, antijurídico e culpável, o Promotor poderá arquivar provisoriamente de forma

fundamentada, por razões de política criminal para criminalidade leve e média, com analogia ao art. 18 do CPP , e se o Juiz discordar aplica o art. 28 do CPP , cabendo ao Procurador Geral de Justiça decidir. Inclusive, poderia o Procurador Geral baixar ato orientando quais atos poderiam ser considerados como prioridade como política criminal, o que não obriga o Promotor por independência funcional, mas já fica orientado antecipadamente que terá o seu arquivamento confirmado ou rejeitado. E assim, agiria no controle da política pública de segurança pública com efetividade e deixando de ser instrumento de mera passagem para se tornar meio de triagem.

A processualização do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução penal ocorreu a partir da segunda metade do século XVII, com a edição da obra Dos delitos e das penas em 1764, de autoria de Becarria, elaborada em compasso com o ideário iluminista e que tinha como norte exigir do Estado a obediências aos direitos fundamentais ínsitos à pessoa humana[283], por Alba Paulo de Azevedo.

O argumento geral é de que o Estado, ao findar com a vingança privada e assumir o monopólio da punição penal, não poderia abrir mão do poder punitivo Contudo, esta visão não coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez o Estado assumiu o monopólio da punição penal para evitar a barbárie da vingança privada e não para otimizar as vinganças. Não faz sentido no cotidiano penal ver casos de pequenos furtos em que vítimas não querem o processo, mas o Estado é 'obrigado' a processar no Brasil, pois estaria o Estado assim implantando uma espécie de vingança superior até mesmo da parte privada, ou seja, uma barbárie estatal.

No Brasil, a previsão do interrogatório ao final da instrução acabou por ampliar a duração da audiência, fazendo cair pela metade a quantidade daquelas que se consegue realizar por dia. A rigor, somos o único país no mundo que adota esta ordem de interrogatório para todos os crimes, com enorme aumento do número de prescrições.

Pela legislação brasileira, o rito processual para se apurar um furto de bicicleta e o furto de milhões de reais pela Internet é o mesmo, o que tende a aumentar as prescrições por falta de vagas para a realização de audiências em tempo hábil. Em razão

[283] AZEVEDO, Alba Paula de. **Processo penal eletrônico e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 63

disto, acaba-se condenando o ladrão de bicicleta, por ser mais simples definir a autoria neste caso, enquanto no delito praticado pela Internet há várias dificuldades técnicas, como, por exemplo, para ouvir as vítimas em Estados diversos.

Embora o CPP vede expressamente ao Ministério Público desistir da ação penal, não o impede de pleitear a absolvição (art. 385), o que parece incoerente. Mas, agrava o fato de que o juiz pode condenar, embora o réu não tenha tido como defender nas alegações finais, uma vez que a acusação pediu absolvição. No mínimo, se até a acusação pediu a absolvição é porque há uma espécie de in dúbio pro reo, mas pouco se discute sobre este tema.

Há doutrina crescente no sentido do fortalecimento do sistema acusatório, inclusive entendendo que não poderia o juiz condenar em face de manifestação absolutória do órgão de acusação, pois violaria o princípio do contraditório; afinal, o réu não teria como se defender dos fatos aduzidos. No máximo, o Juiz deveria aplicar o art. 28 do CPP, por analogia, mas não poderia julgar o caso, pois estaria impedido, se o Procurador Geral entender pela continuidade da acusação.

Na realidade, porém, o que se tem observado é que delitos de menor potencial ofensivo estão lotando a pauta de audiências de instrução; logo, não há espaço para tratar de homicídios, estupros e sequestros. Assim, caso se decida pela obediência à mera ordem cronológica de entrada de inquéritos policiais, isto acabará por induzir o soldado da PM a definir a política de segurança pública, ou seja, a "decidir" se faz *blitz* em bairros chiques ou da periferia, ou se aborda apenas motos ou carros de luxo. Ou então, o Delegado deveria instaurar inquéritos policiais para tudo, uma vez que a prática é não fazê-lo nos casos em que não se têm indícios de autoria e outros argumentos.

Apesar de o Ministério Público ser colocado na posição de vilão "por processar pobre", a verdade é que, em razão do mito da obrigatoriedade da ação penal, o Promotor Criminal corre o risco de se tornar mero despachante judicial de inquéritos policiais, atuando de forma burocrática, inclusive em uma cultura que pouco mudou desde 1940, como se a Constituição Federal não estivesse acima do Código de Processo Penal. Logo, não teria na área criminal o que a estudiosa Maria Tereza Sadek define como "poder de agenda", ou seja, de definir prioridades.

O furto de pequenos objetos responde por mais de 50% das prisões. A questão é que crimes de furto comum (exceto os cometidos pela Internet) são realizados por pessoas com pouco estudo, enquanto pessoas estudadas e voltadas para a criminalidade tendem a cometer delitos mais elaborados, os quais são difíceis de provar e, se provados, têm penas menores.

A discussão sobre "obrigatoriedade" ou "oportunidade" da ação penal deveria estar no centro dos debates no Brasil, mas é tratada como uma "verdade imutável", como se princípios não mudassem nunca. A sutil previsão legal da transação penal em 1995 reacendeu o debate, mas sempre focado na "obrigatoriedade"; alguns até entenderam como uma mitigação. Mas, na prática, criou-se outra "obrigatoriedade", a da transação penal. E, para agravar, muitas vezes o processo simplificado do Juizado Especial é remetido às Varas Criminais quando não se localiza o autor do fato para citar pessoalmente, aumentando o colapso nas varas comuns, já abarrotadas com os seus processos iniciais.

Ora, mas por qual motivo o Estado é obrigado a processar alguém por delitos que não são prioridade? E também a oferecer defesa, se nem deveria ter iniciado a ação penal? Por qual motivo a lesão corporal leve é ação penal pública condicionada e o furto de bagatela não? Por qual motivo se alguém apanha pode retirar a "queixa" [representação], mas não a do furto do seu lápis? Por qual motivo um processo precisa chegar ao STF para se dizer que é insignificante? Parece-me que por meras resistências de se mudar paradigmas e, em alguns casos, por puro interesse de se manter o mercado jurídico aquecido.

O sistema atual de processo penal no Brasil promove a insegurança pública ao se estabelecer audiências judiciais burocráticas, ausência de possibilidade de se simplificar o procedimento para determinados casos, mas, principalmente, pelo mito da obrigatoriedade da ação penal.

Ou seja, para se arquivar o caso do furto de bala em Supermercado, por exemplo, tem que passar pelo crivo do Judiciário e discutir tipicidade. Mas, se o Supermercado cometer crime tributário ou contra a ordem econômica pode ser beneficiado com acordos extrajudiciais e nem se chega à esfera judicial. Logo, o problema de se ter mais pobres presos não é por falta de assistência jurídica, mas por

causa de brechas legais. Ou seja, para os ricos é a *Oportunidade da Ação Penal*, mas para os pobres é a*Obrigatoriedade da Ação Penal.*

Outro ponto é que crimes de furto comum (exceto os cometidos pela internet) são realizados por pessoas com pouco estudo, enquanto pessoas estudadas e voltadas para crime tendem a cometer crimes mais elaborados, os quais são difíceis de provar e se provados têm penas menores. Crimes de furto são mais fáceis de serem apurados, logo a polícia foca nestes e ignora a apuração de crimes pela internet, pois estima-se que haja um golpe pela internet a cada 15 segundos,conforme dados da FEBRABAN e SERASA em 2013[284]. Como é possível investigar e processar todos estes delitos?

Portanto, um dos grandes debates atuais é sobre a polaridade dos conceitos de "oportunidade" da ação penal ou "obrigatoriedade" da ação penal, este último equivocadamente chamado por muitos de "princípio da legalidade", o que induz a crer que o da "oportunidade" seria o princípio da Ilegalidade". Mas, tanto a obrigatoriedade como a oportunidade decorrem da legalidade, conforme a previsão no ordenamento jurídico.

Muitos países Europeus reduziram a quantidade de presos, mesmo sem assistência jurídica, o que reforça os indícios de que não adianta focar apenas nos interesses da Defesa, como vem ocorrendo no Brasil. Pois é necessário que o Ministério Público possa ter autonomia verdadeira para evitar o foco da polícia apenas em delitos menos graves e menos inteligentes que são mais fáceis de apurar, sob pena de se tornar em despachante judicial das prioridades da Polícia e Executivo.

*A oportunidade da ação penal pode ocorrer em três níveis**: a)** arquivamentos fundamentados por inexistir prioridade para aquele delito, **b)** arquivamentos condicionados, **c)** realização de acordos com aplicação de pena em rito abreviado ou suspendendo a tramitação do processo***.**

Este debate é o eixo atual do direito penal, em torno do qual gira todo o sistema penal do país. Mas, no Brasil ainda não é discutido atualmente, pois se adota o Dogma da "obrigatoriedade da ação penal" como algo imutável e nem mesmo questiona-se isto

[284] LARA, Walace**. Brasil tem uma tentativa de roubo de dados pessoais a cada 15 segundos**. Disponível em: <g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/01/Brasil-tem-uma-tentativa-de-roubo-de-dados-pessoais-cada-15-segundos.html>. Acesso em 17 out. 2016.

em face da independência funcional do Membro do Ministério Público e da autonomia do Ministério Público previstas na Constituição Federal e corolários do Estado Democrático de Direito como titular privativo da ação penal pública. Prevalece ainda o Estado Policial (autoritário) que seleciona o que irá abordar como crime e investigar e a ordem cronológica de remessa do Inquérito Policial, como se não existisse a cifra negra de delitos (não apurados).

Geralmente não se questiona a "obrigatoriedade da investigação policial", nem da "abordagem policial", ou seja, ainda que alguns sustentem que a obrigatoriedade da ação penal vincula a da investigação, não há muito texto abordando esta situação. No Brasil, a ação penal é obrigatória, mas a execução penal é praticamente facultativa por falta de vagas, o que gera a criação de artifícios como indultos (perdões presidenciais), "regime domiciliar", APACs (ONGs que executam penas flexivelmente) e outros, o que não gera questionamentos algum, mas debater a "obrigatoriedade" da ação penal gera perplexidade e indignação. Aparentemente, alguns setores jurídicos querem o processo judicial, pois este gera mercado de trabalho, isto é, o que acontece depois não importa, ainda que seja o perdão (indulto), pois a máquina judicial já funcionou e o sistema gerou a remuneração para os seus atores.

Logo, não se pode afirmar que o poder punitivo é indisponível, pois existe no sistema. Além disso, não é o Ministério Público órgão meramente punitivo, mas sim, de defesa dos direitos fundamentais sociais em sentido amplo, logo como agente político, conforme doutrina dominante, estabelece prioridades e políticas públicas.

Quem deve controlar a Polícia e estabelecer as prioridades para a investigação é o Ministério Publico e não a Polícia, e tudo sob o crivo do eventual controle judicial. No Brasil, é a Polícia que decide quem irá abordar na rua e quem será investigado, bem como a ordem de prioridades, e depois remete para o Ministério Público que é "obrigado" a ajuizar a ação penal.

Na prática atual se o Ministério Público requisita um Inquérito Policial a Polícia não é obrigada a instaurar e investigar em ordem cronológica, muito menos com prioridade. Mas, se a Polícia prende em flagrante o Ministério Público é obrigado a atuar com prioridade (pois não pode pedir para soltar para focar em outras prioridades), e também tem que atuar no caso com obrigatoriedade de ordem cronológica, em face

dos sistemas informatizados de movimentação de processos que acusam atrasos, se o mesmo está parado há mais de 30 dias.

Nos Estados Unidos o Ministério Público tem discricionariedade para decidir pelo ajuizamento da ação penal, e nem consta autonomia constitucional do Ministério Público na Constituição Federal, nem existe a ação penal privada. Lá há acordos sobre tipos penais e não apenas sobre a pena.

O problema é que não pode a prioridade da polícia vincular o Ministério Público, pois a Constituição Federal estabelece justamente um sistema que prevê o contrário, ou seja, é o Ministério Público que faz o controle externo da Polícia e não a Polícia que controla a pauta do Ministério Público Criminal definindo o que remeterá ao Ministério Público.

Registra novamente que, de forma paradoxal, a lesão corporal leve é crime de ação penal condicionada á representação da vítima, mas o de furto privilegiado não. Isto viola a proporcionalidade, pois a integridade física é disponível, mas a integridade patrimonial não.

Logo, com este modelo, de fato, é a polícia quem controla o Ministério Público, em vez do previsto na Constituição que o Ministério Público é que exerce o controle externo da polícia.

Como geralmente são prisões em flagrante por delitos menos inteligentes (como furtos e roubos de pequenos objetos inferiores a um salário mínimo, bem como tráficos em pequenas quantidades inferiores a 50 gramas), o papel da defesa é quase que homologar a atuação da acusação ou apenas alegar insignificância, pois normalmente a pena já é fixada pelo judiciário no mínimo legal.

Muito mais razoável seria ampliar as possibilidades de o Ministério Público propor pena alternativa já no início do processo ou até mesmo poder colocar em liberdade (pois o Delegado já pode), mas o interesse da defesa é manter o processo judicial como reserva de mercado de trabalho, então o processo penal não pode ser simplificado.

Importante destacar que o CPP vigora desde 1941, logo a redação do art. 28 do CPP é a mesma, pois não sofreu alterações. Curioso destacar que antes de 1988 havia intensa discussão sobre a obrigatoriedade, ou não, da ação penal. Mas, com o advento da Constituição Federal de 1988, e com o Ministério Público ocupando posição de agente político, segundo posição majoritária, ocorreu uma acomodação do debate e o Promotor Criminal não exerce política pública, mas apenas cumpre a política pública criminal que a polícia decide, ao processar os delitos que a polícia seleciona.

No Estado Democrático de Direito cabe ao Ministério Público participar efetivamente do estabelecimento das prioridades para se apurar os delitos e não à polícia definir o que irá apurar para vincular o Ministério Público, afinal quem tem independência funcional e autonomia é o Ministério Público e não a Polícia, sob pena de se implantar o Estado Policial.

O monopólio da ação penal de iniciativa pública pelo Ministério Público é uma forma de controle sobre as prioridades de atuação criminal da Polícia e não apenas uma reserva de mercado de trabalho do Ministério Público, como titular da ação penal deve atuar com foco na ordem jurídica justa e na defesa do regime democrático de direito combatendo os crimes mais graves e não o que a polícia quis apurar a autoria, sob pena de inversão de valores constitucionais.

Se analisarmos algumas críticas à postura do Estado Democrático de Direito decorre da equivocada posição de que o Ministério Público é mero órgão de acusação, pois basta a leitura do art. 127 da Constituição Federal para constatar que o papel do Ministério Público é de "defesa da ordem jurídica e do regime democrático de direito". Ademais, se o Ministério Público é o titular privativo da ação penal não pode atuar como mero despachante judicial das prioridades policiais.

No entanto, a doutrina tradicional ainda mantém foco na obrigatoriedade da ação penal. Em uma leitura dos autores nacionais mais lidos observa-se que não houve nem uma mudança no texto das obras, ou seja, edições anteriores a 1988 e posteriores a 1988 não atualizaram o texto, nem justificam a manutenção da posição em face da Constituição. Em geral, em textos com menos de cinco linhas apenas "informam" que no Brasil vigora o "princípio da obrigatoriedade da ação penal", e nem citam a fundamentação jurídica ou histórica.

Em nossos presídios, 80% dos presos são por crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, em geral, de objetos com valor inferior a um salário mínimo e menos de 40 gramas de entorpecente, respectivamente. Destes, mais de 60% é prisão por furto, embora o estelionato seja mais comum, ou seja, a prisão não revela a lógica criminal, mas sim a da polícia que combate o crime menos inteligente e mais simples (furto) em vez do estelionato (golpes).

O Governo federal deveria focar na redação dos arts. 155, 157, ambos do CP e no art. 33 da lei 11343/06 em vez de apenas focar no caos prisional, mas há setores que lucram com o caos prisional e pedem mais recursos, mais espaço, ao alegarem que são a solução, mas os dados demonstram que não estão dando resultado, porém o lobby impede uma discussão sobre o real problema e soluções.

Esta política criminal pode ser feita em nível de vara criminal como priorizar processos criminais com criminosos habituais ou mais perigosos, independente de estarem presos provisoriamente, em vez de priorizar apenas processos de réu preso.

Apenas o Código de Processo Penal Militar e a Lei de Contravenção Penal (artigo 17 da LCP) prevêem esta "obrigatoriedade da denúncia" expressamente, mas o Código de Processo Penal não estabelece esta regra expressamente.

Com esta medida é possível priorizar os casos mais graves como roubos, quadrilhas, homicídios e outros.

Se pensarmos na obrigatoriedade do dever do Estado de punir como critério absoluto, bem como dever de defender, então haveria necessidade de ter uma polícia para apoiar a acusação e outra para apoiar a defesa, e ambas trocariam tiros, pois se uma prender o criminoso, a outra tentaria soltar o mesmo. Na verdade, nos países que adotam a "obrigatoriedade da ação penal" o Estado não faz a defesa diretamente, mas sim através da advocacia dativa que recebe honorários do Estado, mas não é ligada ao Estado. Se o dever de punir fosse absoluto como sustentam muitos, então não poderia haver prescrição.

Com a evolução do período de vingança privada em que a punição penal em regra, era ajuizada pela vítima, e a passagem para o período de vingança estatal, o objetivo não foi o de criar uma super-estrutura de acusação irracional, como uma linha de produção, mas sim que se estabelecesse mecanismos para coibir os excessos, por isto

a mudança da titularidade da ação penal da vítima para o Ministério Público (no caso brasileiro).

Ora, não faz sentido que a discricionariedade haja apenas na ação penal privada e na ação penal pública, e que delitos de lesão corporal leve a vítima possa optar e em delitos de furto de pequenos objetos o Estado não possa ter prioridade, nem a vitima manifestar, pois seria como dizer que a integridade física é menos relevante que a integridade patrimonial.

Na Comarca X há processos aguardando atos de secretaria há mais de um ano, Temos quase 200 mandados de prisão não cumpridos e 90 guias de execução não expedidas, logo o serviço não tem efetividade, neste modelo irracional. E nem a polícia consegue investigar tudo, e acaba focando nos mais simples para evitar excesso de prazo e o que não consegue apurar, então relata o inquérito para encerramento.

O Promotor tem independência funcional prevista na Constituição Federal, logo age como agente político e realiza política pública ao priorizar determinados delitos, não pode processar por tudo sem resultado algum. Não pode agir como autômato denunciador por crimes menos graves, nem todo crime é justa causa para uma ação penal.

Dessa forma, se antes de 1988 a questão do art. 24 do CPP era de mera interpretação, agora é uma antinomia entre a Constituição Federal e o CPP, o que demanda necessidade de correção pelo jurista e pelo aplicador, sendo que deve prevalecer a Constituição Federal que estabeleceu independência funcional ao Membro do Ministério Público e autonomia ao Ministério Público.

O inquérito policial pelo sistema de informática atualmente não pode ficar parado na Promotoria, por mais de 30 dias, logo isto acaba vinculando o promotor como despachante judicial da polícia, se prevalecer o entendimento da obrigatoriedade da ação penal e denúncia em ordem cronológica em até 30 dias, se o Delegado apurou a autoria do que selecionou. Em média cada Delegado relata 20 IPs por mês nesta Comarca, muitos sem autoria apurada, logo prioriza os flagrantes da PM, pois mais simples, uma vez que não tem que intimar e fazer novas investigações. Alguns delegados estão em plantões e atividades administrativas, logo nem todos atuam na investigação. Mas, não existe ordem cronológica para investigação.

A doutrina penal e processual moderna, seguindo a lógica do direito processual constitucional, preleciona que deve ser dado tratamento diferenciado às diversas formas de criminalidade, propondo a doutrina sempre a busca de novas alternativas além da prisão, devendo o processo penal ter uma utilidade social.

Também não tem como o Ministério Público ter certeza que os investigadores na rua fizeram todas as investigações, embora certifiquem isto genericamente nos Inquéritos Policiais. O processo penal é mais que uma questão jurídica, mas também é uma questão de política criminal.

A metodologia de gestão por propostas não gera impunidade, pois isto ocorre é no modelo atual em que se foca apenas nos delitos menos inteligentes, enquanto os mais elaborados e mais graves ficam impunes. Não se trata de garantismo, mas gestão processual.

Há uma inversão na finalidade do processo penal, o qual em lugar de se buscar a verdade (sem adentra no mito da verdade real), além de se visar a igualdade e a proteção de direitos, tornou-se um meio de defesa do mercado de trabalho da própria defesa, pois muitos casos poderiam ser resolvidos de forma mais simplificadas ou até mesmo arquivados, se rompido o dogmatismo positivista.

Portanto, o funcionalismo penal atenta tanto para a questão da tipicidade penal material, como para a questão da prioridade processual. Ou seja, não basta ser crime, pois também valoriza a prioridade penal para fins processuais, em uma visão que sustenta que o direito processual penal tem foco constitucional e de política pública criminal, logo é não apenas instrumental para aplicação penal,

Dessa forma, com base no principio da insignificância material do crime, existe a insignificância processual, a qual afasta a justa causa para ajuizar a ação penal, e com base em critérios já usados até pelo STF como: *a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão ao bem jurídico", e podemos acrescentar: a desproporcionalidade entre a conduta ou o resultado para justificar uma ação penal.*

Com relação ao arquivamento provisório, não se defende uma discricionariedade absoluta, mas a regrada, com fulcro na proporcionalidade e gravidade fundamentadamente e submetida ao crivo judicial (nada de engavetamento), o qual pode discordar nos termos do art. 28 do CPP, resgatando o uso de critérios valorativos para estabelecer prioridades e estabelecendo uma nova forma de hermenêutica na prática processual penal rompendo com a cultura comum de ausência de prioridades, o que gera prescrições em delitos graves, falta de vagas prisionais e condenação em delitos menos graves.

Ademais, não faz sentido afirmar que a vítima através da ação penal privada ou da representação pode deixar de pretender a punição, mas o Estado soberano não. Inclusive, este Estado é quem define o que deve ser crime, ainda que haja uma erro de valoração na prioridade de tipificações penais. Também não faz sentido negar a escolha fundamentada de prioridades para processos penais no caso concreto em razão da evolução temporal e mutações da realidade social.

26. Oportunidade da ação penal e os Novos Projetos de Código Penal e Código de Processo Penal

Os novos projetos de Códigos de Processo Penal e Penal, ainda em discussão no Legislativo, tangenciam o tema da oportunidade da ação penal. Além disso, temos o Código Modelo para a América Ibérica, a Recomendação da ONU e o Conselho Europeu de Ministros que tratam do tema sobre Ministério Público e oportunidade da ação penal.E ainda o fato de que o art. 100, § 1º do código penal, com a redação de 1984, reforça o entendimento de que ação penal pública é atribuição do Ministério Público e não necessariamente uma obrigação, quando usa o verbo "ser" de forma similar ao art, 24 do CPP, mas de uma forma mais clara.

Nesse sentido segue-se os trechos legais:

Projeto de Lei 232/12 (Senado Federal), Novo Código Penal o qual aguarda designação de Relator desde 15/07/16,

> **Art. 28** . Não há fato criminoso quando o agente o pratica.
>
> [...]
>
> **Princípio da insignificância**

> § 1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se não verificarem as seguintes condições:
>
> a) Mínima ofensividade da conduta do agente
>
> b) reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento
>
> c) Inexpressividade da lesão jurídica provocada
>
> **Art. 99 [...].**
>
> A ação **pública é promovida** pelo Ministério Pùblico, dependendo quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça
>
> **Furto - Art. 155 [...]**
>
> §3º No caso do caput e dos parágrafos anteriores:
>
> I) Se o agente é primário e for de pequeno valor a coisa subtraída, o juiz aplicará somente a pena de multa
>
> II) Se houver reparação pelo agente, aceita pela vítima, até a sentença de primeiro grau, a punibilidade será extinta
>
> **III) Somente se procederá mediante representação**
>
> ***(grifo nosso)***

Infelizmente o projeto de lei até a presente data, ainda não incorporou ao seu texto a prescrição virtual ou antecipada, o que evitaria processos sem interesse de agir, mas mantém a prescrição retroativa pela pena em concreto, o que é um paradoxo.

Por outro lado, o novo Projeto do CP reduz de aproximadamente 1.600 crimes para menos de 600 crimes. Além disso, toca na questão da insignificância e da representação para furtos é abordada no Projeto. Apesar disso o Projeto é atacado com fortes críticas, em geral, injustificáveis. Aparentemente há ciúme por alguns setores, pois o Código não partiu do Ministério da Justiça, mas de uma Comissão nomeada pelo Legislativo, com pessoas de vários Estados e não ligados a apenas um Estado e algumas faculdades mais tradicionais, e que sempre elaboraram os Projetos através do Ministério da Justiça.

Na prática, todo o centro nervoso da legislação brasileira é gestado e aprovado conforme orientações do Ministério da Justiça, em razão de o Executivo ter maior bancada de apoio no Legislativo. Logo, o controle do Ministério da Justiça implica em um controle do projeto de normas, uma vez que poucos projetos de lei de iniciativa de Deputados ou Senadores são aprovados no Legislativo.

Já o Novo Código de Processo Penal foi votado no Senado e está na Câmara dos Deputados, e consiste no Projeto de Lei (PL) 8045/10, de autoria do Senado

> **Art. 38**. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, **seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito.**
>
> Parágrafo único. O juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.
>
> **Art. 45**. A ação **penal é pública, de iniciativa do Ministério Público**, podendo a lei, porém, condicioná-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la, segundo dispuser a legislação civil, no prazo decadencial de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.
>
> **Art. 48**. Se o Ministério Público não intentar a ação penal no prazo previsto em lei, poderá a vítima, ou, no caso de sua menoridade civil ou incapacidade, o seu representante legal, no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo do órgão ministerial, ingressar com ação penal subsidiária.
>
> **Art. 49**. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.
>
> **Art. 57**. O Ministério Público é o titular da ação penal, incumbindo-lhe zelar, em qualquer instância e em todas as fases da persecução penal, **pela defesa da ordem jurídica e pela correta aplicação da lei**
>
> **Art. 266**. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a **suspensão do processo,** por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
>
> **Art. 304**. Quando não houver composição dos danos civis ou **transação penal**, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.
>
> **Art. 283**. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias

> agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo*;**(grifo nosso)***

Observa-se que o Novo Código de Processo Penal apenas fala que a ação penal pública é atribuição do Ministério Público (art. 45) e permite expressamente o arquivamento por outras razões de direito (art. 38). Mas, mantém a indesistibilidade da ação penal, o que não se confunde com a obrigatoriedade, tanto que esta indesistibilidade existe nas ADIs também para o PGR, mas não se fala em obrigatoriedade para ele. Lado outro, ressalta o papel de que o Ministério Público atua como defesa da ordem jurídica e não apenas acusação (art. 57). E também insere no texto do CPP a Suspensão Condicional do Processo e a transação penal, além de possibilitar expressamente o acordo entre Ministério Público e acusado. De uma forma geral, o Novo CPP adota um sistema acusatório e é um Código de Processo Penal lem melhor que o atual, apesar das críticas intensas.

Fazendo uma análise conjugada do Projeto do Novo Código Penal e do Código de Processo Penal vê-se uma caminhada implícita para a oportunidade da ação penal, em que o Ministério Público terá que eleger prioridades e assumir responsabilidades pelas suas escolhas, pois terá que fazer juízo de valor ao definir o que será "reduzíssima", para fins de arquivamento de investigação criminal, uma vez que não se concebe que ajuíze ação penal, para apenas ao final declarar esta situação

O Projeto de Código Processual Penal –Tipo para Ibero-América no art. 230 também Recomenda o uso da oportunidade da ação penal, conforme a reforma do Processo Penal no Brasil e América Latina, de Kai Ambos e Fauzi Hassan Chouckr,

> Art. 230. Oportunidade. Nos casos em que a lei penal permite a aplicação de critérios de oportunidade para evitar a promoção da persecução penal ou para fazê-la cessar o Ministério Público, por intermédio de funcionário que a lei orgânica determine, pedirá arquivamento ao competente juiz da instrução, de cuja decisão não caberá nenhum recurso. O Tribunal poderá solicitar a manifestação do Ministério Público sobre a questão, quando considerar conveniente.[285]

Um dado interessante é que a redação do art. 100 do atual Código Penal ressalta que a ação penal pública é atribuição do Ministério Público,

> Art. 100 [...].

[285] AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal**: no Brasil e na América Latina. São Paulo: Método, 2001, p. 314

> § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Perceba que esta redação é posterior à do art. 24 do CPP,

> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo

O que reforça a tese de "esta será promovida" é no sentido de atribuição do Ministério Público e não de obrigação automatizada.

> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, **o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas,** fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender (grifo nosso).

E ressalta-se que a lei não limita quais seriam estas razões invocadas, e nem restringe que seja um arquivamento definitivo, pois poderia ser provisório, por exemplo. Afinal, há controle jurisdicional, logo persecução penal, e também eventual controle pelo Procurador Geral.

Outro ponto é que no recente debate em Audiência Pública na Câmara dos Deputados, no dia 05/07/16, sobre o PL 8045/10, os palestrantes Giacomolli e Petrônio Calmon falam expressamente na necessidade de romper com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, no oitavo minuto da fala do primeiro e no nono minuto da fala do segundo palestrante.[286]

Na opinião de Giacomolli, porém, não adianta reformar o código se não houver a criação de filtros para investigar somente os crimes importantes. "Brincamos de sistema criminal. Não estamos investigando homicídios, latrocínios, estupros. Vamos continuar não investigando, não processando e não julgando crimes importantes se não adotarmos critérios para a autoridade policial e para o MP".

---

[286]CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL. 8045/10 – Código de Processo Penal**. Disponíve em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/videoArquivo?codSessao=57205&codReuniao=44373#videoTitulo>. Acesso em 22 ago. 2016.

Segundo ele, a maioria dos países da América Latina já reformou seus códigos. Alguns já estão na terceira geração de reforma. Ele diz que o Chile criou um filtro em que 10% dos casos chegam à fase do processo judicial. Nos Estados Unidos, menos de 5% tornam-se processo judicial. Para resolver esse problema, Giacomolli defende que deve ser extinto o princípio da obrigatoriedade da ação penal pelo Ministerio Público.

O procurador Petrônio Calmon Alves Cardoso Filho, membro do MPDF, na mesma audiência citada concorda com Giacomolli. E afirma que o CPP deve dizer isso expressamente.Segundo Petrônio Calmon, só 3% das ocorrências policiais chegam ao MP atualmente, embora a lei diga que a ação é obrigatória. Portanto, na prática já há uma seleção do que vai ser investigado ou não. "O Congresso tem o dever de colocar no papel aquilo que é possível cumprir. A obrigatoriedade da ação penal é uma ficção que tem que acabar", diz ele.

Nesta mesma Audiência Púlbica Aury Lopes Jr concorda: "A obrigatoriedade engessa o sistema e desperdiça tempo com processos inúteis, enquanto coisas sérias ficam paradas nas prateleiras".[287]

27. Princípio da eficiênciae a oportunidade da ação penal

O principio da eficiencia, passou a integrar a Constituição Federal com a Emenda 19/98. Odete Medauar dispõe sobre o direito,

> Em direito, princípios são formulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico (Karl Larenz, Derecho justo, 1985, p.14). Consistem em enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para elaboração de novas normas (Miguel Reale, Licoes Preliminares de direito, 1974, p. 339).[288]

O vocábulo eficiência liga à ideia de ação para produzir resultado de modo rápido e preciso.

Ainda sobre o princípio da eficiência, Lucia Valle Figueiredo diz em sua obra,

---

[287] GALLI, Marcelo. Código de Processo Penal tornou-se Frankenstein júrico, diz advogado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-06/codigo-processo-penal-frankenstein-juridico-advogado>. Acesso em: 18 out. 2016.

[288]MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 148

> Todavia, acreditamos possa extrair-se desse novo principio constitucional outro significado aliando-se ao art. 70 do texto constitucional, que trata do controle dos Tribunais de Contas.Deveras, tal controle devera ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade.[289]

Hely Lopes Meirelles exalta a necessidade de um bom atendimento público e solução de problemas da sociedade:

> O principio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. E o mais moderno principio da função administrativa, que jaó não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço publico e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.
>
> p. 168A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público[290]

Acerca dos princípios da administração públicaCelso Antonio Bandeira de Mello aduz,

> O principio da supremacia do interesse publico sobre o interesse privado é principio geral do Direito inerente a qualquer sociedade.
>
> Nos termos do art. 5º,II, CF ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ai não se diz em virtude de decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Logo, a Administração não pode proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada a lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. E obvio que uma providencia administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei.Assim, o respaldo do principio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Maior conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV
>
> Discricionariedade administrativa e controle judicial
>
> É preciso assente em nosso Direito – e com expresso respaldo na Lei Magna – que nenhuma lesão ou ameaça a direito poder ser subtraída a apreciação do Poder Judiciário (art.. 5º, XXXV) Nem mesmo a lei poderá excepcionar este preceito, pois a tanto, o dispositivo mencionado opõe insuperável embargo.[291]

---

[289] FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63

[290]MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96, 76/78 e 168

[291] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95/109

Oportuno registrar a inutilidade de um processo penal que fica suspenso nos termos do art. 366 do CPP, ficando à mercê do réu, quando este é citado por edital e não apresenta defesa, e nos casos de crime de pena máxima de até 04 anos ou pena de detenção, em regra, nem se pode decretar a prisão preventiva? Ou então,um processo que pode ser condenado em pena de multa, e esta nem pode ser convertida em prisão, se descumprida?

Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve sobre o Ministério Público assumir a função de agente político,

> Segundo o principio da legalidade, a Administração Publica só pode fazer o que a lei permite. [292]

Considerando o perigo de se agir com discricionariedade, José dos Santos Carvalho Filho, entende que, havendo lei que defina alguma atividade, esta deve ser inteiramente seguida,

> Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discricionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legitima. Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Nesse ponto se situa a linha diferencial entre ambas, não hádiscricionariedade contra legem.
>
> Quanto as atividades vinculadas – Há atividades administrativas cuja execução fica inteiramente definida na lei. Dispõe esta sobre todos os elementos do ato a ser praticado pelo agente. A este não e concedida qualquer liberdade quanto a atividade a ser desempenhada e, por isso, deve submeter-se por inteiro ao mandamento legal.
>
> p. 47- Poder dever de agir
>
> Ressalve-se, no entanto, que nem toda omissão administrativa se qualifica como ilegal, estão nesse caso as omissões genéricas, em relação as quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providencias positivas.
>
> Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros [...] Em cada situação,

---

[292] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98

> todavia, poderá a administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade.[293]

A eficiência não pode ser medida apenas em números, mas é possível usá-los para orientar as políticas públicas. Vejamos um caso de mau uso das estatísticas em Minas Gerais pela Secretaria de Defesa Social que criou o IGESP(Índice de Segurança em Minas Gerais),<http://www.seds.mg.gov.br/integracao/igesp>. Neste modelo que foca em prisões basta o policial priorizar flagrantes em vez de investigações para chegar na cadeia do Comando do Crime. Em suma, tem ocorrido um foco nos tráficos de 20 gramas, com abordagens aleatórias, ou seja, é preciso prender 50 pessoas para se chegar a um total de 1 kg, de drogas apreendidas. Já se observou prisão em flagrante por tráfico de 0,2 g.

Até mesmo na execução fiscal em que há um suposto interesse público em arrecadar os valores artigo 14, parágrafo 3º, II da LC 101/00, a LRF, permitiu a renúncia aos mesmos, quando a cobrança for mais onerosa que o valor, além disso o STF reconheceu que nos demais casos a cobrança pode ser feita através Cartórios de Protestos, pois não existe obrigatoriedade ou exclusividade de execução fiscal (via judicializada), conforme ADI 5135, julgada em 10/11/16).

Poder-se-ia argumentar em necessidade de lei para aplicação da oportunidade da ação penal, de fato, a lei poderia trazer maior clareza, mas não é essencial, tanto é que temos o indulto na Constituição Federal e nenhuma regulamentação legislativa, e nesse sentido então a independência funcional do Ministério Público seria o princípio a nortear esta política processual, embora não seja uma regra como o indulto, ambos são normas, relembrando que nenhum princípio é absoluto, mas isto não significa que não tenha efetividade.

O procedimento esclarecido sigilosamente por alguns policiais militares consiste em terem que fazer algumas apreensões de armas de fogo; que há uma pressão da cúpula na redação de BOs em caso de crimes cometidos com violência (pois influencia no IGESP), e que se mede o número de prisões por tráfico de drogas, mas não a quantidade de droga apreendida. Em suma, quem decide a política de segurança pública e criminal é o Executivo e a PM, muitas vezes o soldado que atua na rua.

---

[293] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2015, p. 47 e 53

A linha do garantismo argumenta que com esta discricionariedade regrada poderia haver é opção pelos crimes de menor importância. De fato, isto já ocorre atualmente com a visão do finalismo, o que se propõe é mudar este modelo de atuação e com mecanismos de controle que podem ser facilmente implantados, como inicialmente desenhado pelas Orientações das Câmaras de Revisão Criminal do MPF.

Com o modelo atual e periódico de "medição" dos resultados, pode-se deixar aumentar em um período e baixar no seguinte. Mais ou menos, como promoção de loja, em que se aumenta os preços e depois dá desconto "em promoção". Dessa forma, não se mede no IGESP, em tese, quantos quilos de droga foram apreendidos, nem o custo e o valor do resultado.

Isto explica o fato de que a maioria das prisões é em flagrante, sem investigação prévia e que os mandados de prisão expedidos pelos juízes, em processos judiciais com maior apuração, ficam parados no BNMP (Banco Nacional de Mandados de Prisão), com pouco cumprimento, pois estes mandados não pontuados.

Mas depois da atuação da PM, temos a fase da Polícia Civil, neste caso o que disseram-me, informalmente, é que basta um Delegado de Polícia "relatar" uma média de 27 (vinte e sete) Inquéritos Policiais por mês. O mais curioso é que não precisa ser caso relevante, nem achar a autoria. Contudo, considerando que seria quase que uma investigação por dia. Considerando o número alto de IPs por mês para cada Delegado, a única forma de se cumprir a meta é aproveitar os flagrantes feitos pela MP e converter em Inquérito Policial e remeter ao Fórum. Mas, se não conseguir os 27 Inquéritos Policiais para cumprir a meta com base nos flagrantes, basta pegar um Inquérito Policial sobre furto pequeno e relatar dizendo que não apurou a autoria. Afinal, a metodologia não exige que tenha apurado a autoria do crime ao relatar o Inquérito.

Outro dado que disseram é que para TCOs (juizado especial) o número seria maior, em torno de uns 40 TCOs, por mês.

Além disso, temos o fato de que a PM não consegue atender a todos os chamados do 190 e também pela Polícia Civil em MG as Diligências Preliminares no PCNET (sistema de informática) que não viram Inquéritos Policiais, ou seja, não são enviadas ao Judiciário, nem são arquivados, ficam no limbo, uma espécie de decisão provisória, em alguns até realizam diligências, mas a maioria fica parada até prescrição

e sem controle externo, nem publicação dos atos. Em suma, a Polícia Civil já flexibilizou o art. 5º do CPP.

Neste sentido, segue notícia veiculada em site de abrangência nacional,

> Uma meta baixada em 2011 para concluir os inquéritos de homicídios abertos até 2007 em todo o país resultou num arquivamento em massa dessas investigações. No Estado do Rio de Janeiro, 96% dos inquéritos que foram encerrados foram para os arquivos da Justiça, sem que as autoridades descobrissem quem foram os autores desses homicídios. E os suspeitos investigados ficaram, portanto, sem qualquer punição.[294]

É este o resultado que enviam ao Ministério Público para ser "obrigado" a processar com base na "obrigatoriedade da denúncia criminal", conforme pensamento dominante, mas não tão dominante mais.

27.1 Discricionariedade regrada earbitrariedade, poder-dever de agir e interesse público, com base na proporcionalidade e reserva do possível

A proposta da inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal não propõe a arbitrariedade, mas a discricionariedade regrada, e aplicada a oportunidade aos delitos de baixa e média ofensividade, e com controle judicial e pela Chefia do Ministério Público. Dessa forma, é uma atividade bem mais eficiente e alinhada com o interesse público do que a anistia e o indulto, embora estes dois últimos não sofram questionamento algum no meio jurídico.

Não há interesse público em movimentar processos penais caríssimos e que sabidamente estão prescritos ou com penas tão diminutas, de baixíssima ofensividade e similares, considerando que há casos graves sem conseguir pauta de audiências e o custo de um processo penal, sem a fase de execução, supera a 5 (cinco) salários mínimos.

Oportuno citar manifestação de Alberto Sevilha - Procurador do Ministério Público de Contas em Tocantins, sobre a economicidade e a legalidade, o qual ressalta que a economicidade do ato também é princípio da adminstração pública e deve ser base da eficiência e mais ampla que a mera legalidade:

---

[294] GOMES, Marcelo.**Inquéritos de homicídio por todo o Brasil são arquivados em massa**. Disponível em: http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/11/inqueritos-de-homicidios-por-todo-o-brasil-sao-arquivados-em-massa.html. Acesso em: 25 nov. 2016.

> A partir da premissa de que a economicidade se encontra muito além do princípio da legalidade e que representa um avanço para uma melhor e mais abrangente fiscalização da Administração Pública, porque permite o exame do ato administrativo, no que concerne a tomada de decisões pelo administrador público, impondo critérios que permitam avaliar resultados desde a decisão sobre o emprego de determinada receita até seu resultado final, cabe ao Ministério Público Especial dar ênfase, na sua análise, à destinação final dos recursos públicos, avaliando o custo-benefício dos atos e ações administrativas.[295]

Além disso, temos também que reconhecer ser impossível processar por todos os crimes, logo aplicável o princípio da reserva do possível neste campo também. O festejado Vidal Serrano Nunes Junior, na obra A cidadania Social na Constituição de 1988, leciona sobre a reserva do possível, uma teoria que, resumidamente, pode-se afirmar que preceitua que as demandas são infinitas, mas os recursos finitos:

> A teoria em análise parte do pressuposto de que as prestações esta tais ES tão sujeitas a limites matérias ingênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentárias para tanto.[296]

No mesmo sentido, é o entendimento de Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, no tocante ao poder-dever de agir:

> Ressalta-se, no entanto, que nem toda omissão administrativa se qualifica como ilegal; estão nesse caso as omissões genéricas, em relação às quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providências positivas.Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente, pela costumeira escassez de recursos financeiros**.**[297]

O autor acima também diferencia os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade:

> Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discricionariedade,

---

[295] SEVILHA, Alberto. **Ministério Público de Contas: O Ministério Publico Junto aos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/mpc/index.php?option=com_content&view=article&id=26:o-ministerio-publico-junto-aos-tribunais-de-contas&catid=4:artigos&Itemid=7>. Acesso em: 25 nov. 2016.

[296] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. Verbatim, 2009, p. 172

[297] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 46

> e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.Ocorre que em algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta.[298]

Sobre o conceito de poder-dever de agir, o qual é muito citado, nos livros de direito processual penal sem aprofundamento, citamos Hely Lopes Meirelles, na obra Direito Administrativo Brasileiro:

> É que o Direito Público ajunta ao poder do administrador o dever de administrar. [...] Feitas estas considerações gerais, vejamos os três principais deveres do administrador público: dever de eficiência, dever de probidade e dever de prestar contas.[299]

Logo, poder-dever de agir não é atuar em tudo automaticamente, como consta nos manuais de processo penal. Caso fosse, assim o administrador teria que um super Estado provedor para conseguir fazer tudo em beneficio da individualidade de cada cidadão. O dever de agir, não é dever de agir em tudo, mas sim, o melhor agir avaliando a disponibilidade orçamentária e as prioridades.

Não se pode esquecer que o art. 28 do CPP não estabelece quais seriam as razões do arquivamento, o que levou muitos autores na década de 80 a defenderem a oportunidade da ação penal, como demonstrado no capítulo próprio sobre a discricionariedade regrada. E antes de 1988 nem havia independência funcional do Membro do Ministério Público expressa na Constituição Federal.

No tocante à discricionariedade citamos Celso Antonio Bandeira de Melo, Curso de Direito Administrativo, editora Malheiros,

> Em suma discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.[300]

---

[298]CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53

[299]MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105 e 106

[300]MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 426

Ora, o Ministério Público como Instituição de natureza política, exerce parcela de poder estatal ao exercer a função punitiva do Estado através da ação penal. Logo, citamos também Odete Medauar, na obra Direito Administrativo Moderno,

> Além do mais, verifica-se, neste século XXI, realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu: muitas instituições dificilmente são enquadráveis em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. [301]

No tocante ao poder dever, este não é tão inflexível como citado nos livros de processo penal. O vocábulo "poder-dever" leciona Odete Medauar uma crítica ao mesmo:

> Menciona-se amiúde, no direito administrativo brasileiro, a locução poder-dever, para expressar o dever conjugado ao poder ou, de modo similar, o dever que nasce do exercício de um poder [...] o esclarecimento do sentido que o termo poder adquire no âmbito da atuação administrativa torna prescindível o uso da formula composta.
>
> O sentido de poder no âmbito administrativo será bem aprendido se vir explicado ou transmutado com base na idéia de função.[302]

Oportuno citar Di Pietro, na obra Direito Administrativo, em relação ao poder discricionário:

> Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.[303]

O conceito de interesse público não é tão simples como exposto nos manuais de processo penal, uma vez que se divide em primário e secundário. *O interesse público primário* é o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública, no sentido de atender ao interesse da coletividade e que possui supremacia sobre o particular, já

---

[301]MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47

[302]MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133

[303]PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 255

no que diz respeito ao *interesse público secundário* este visa o interesse patrimonial do Estado. Ora, o interesse público primário não consiste em subverter o poder estatal no interesse da vítima, em sempre que ofendida criminalmente, mesmo que minimamente, o Estado deva iniciar um processo. Isso seria o mesmo que defender que toda vez que um brasileiro for ofendido por Estrangeiro, o Brasil teria que declarar guerra a este país. Ora, o Estado deve optar por qual seria a medida mais proporcional em razão da gravidade do caso e não na mera tipicidade formal.

Novamente citamos Hely Lopes, agora no tocante ao conceito de interesse público

> O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade: A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.[304]

Em relação à indisponibilidade do interesse público esta não é tão absoluta, afinal a Fazenda Pública pode alienar bens públicos, desde que haja o interesse público. Nesse diapasão citamos Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno,

> Desatende ao princípio da indisponibilidade a autoridade que deixar de cobrar débitos para com a Fazenda Pública, embora a Administração, por vezes, deixe de cobrar débitos de pequeno valor, ante a desproporção entre o elevado custo da cobrança e a pequena quantia a ser auferida.
>
> Não se mostra invocar tal princípios como impedimento à realização de acordos, à utilização de práticas consensuais e da arbitragem pela Administração. Na verdade, o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional[305]

Em relação à questão da proporcionalidade é tratada por Denilson Feitoza Pacheco na obra Principio da proporcionalidade no processo penal brasileiro:

> A persecução criminal e suas medidas de intervenção em direitos fundamentais devem passar por uma releitura constitucional que leve

[304]MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 103

[305]MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163

> em consideração seu fim mediato especial ou específico, a fim de se adequarem à sua justificação teleológica constitucional.[306]

Ora, a ação penal não tem como objetivo direto proteger direito da vítima. Em tese, tem como missão atuar como um dos instrumentos de manutenção da ordem e da segurança pública. No entanto, não é o único mecanismo para isto e nem deveria ser o primeiro como se pensa no meio jurídico. Há vários outros meios para se manter a ordem e segurança púbica, a maioria negligenciados pelos meios jurídicos, pois em razão da visão bacharalesca e burocrática prevista no meio jurídico, acham que apenas o processo é a solução para tudo, afinal este é o meio que tem reserva de mercado de trabalho.

Não se propõe a impunidade, mas sim que haja mais eficiência, buscando a proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, cita-se Luciano Feldens, Direitos Fundamentais e Direito Penal, a Constituição Penal,

> Sob a perspectiva dos direitos fundamentais, encontramos, de um lado, um limite garantista intransponível (intervenção mínima); de outro, um lado, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção (intervenção necessária). Esse balanço há de ser o fio condutor da atividade estatal em matéria penal, respeitada a proeminência do legislador democrático.[307]

O mesmo autor na obra citada acima registra um caso da CIDH (Corte Internacional de Direitos Humanos) em que o Brasil foi condenado por desproteger a vítima de crime:

> Em sua decisão final, a CIDH condenou o Brasil por violar, em detrimento do cidadão brasileiro Damião Ximenes Lopes, seus direitos à vida e integridade pessoal consagrados os artigos 4.1, 5.1. 5.2, da CADH, em relação com a obrigação geral (de respeitar e garantis esses mesmos direitos) estabelecida no art. 1.1 da Convenção. De igual forma, a CIDH reconheceu como violados, em detrimento dos familiares da vítima, os artigos 8.1 e 25.1, em relação com o mesmo 1.1.[308]

---

[306]PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 283

[307] FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012, p. 171

[308] FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012, p. 107

Na verdade, na prática penal estadual foca nos traficantes de 2g (dois gramas) e furtos em supermercados, enquanto crimes mais graves ficam sem investigação, sem autoria e esquecidas nos escaninhos. Não é qualquer crime que viola direitos humanos das vítimas, geralmente os crimes mais graves, com violência ou de maior impacto social, como corrupção e similares. Em tese, estamos invertando as prioridades ao priorizar os pequenos furtos e abandonar as investigações sobre homicídios, por exemplo.

E para agravar ainda mais este problema de ineficiência, existe o aspecto pouco discutido sobre reserva de mercado de trabalho, sendo importante registrar que a advocacia recentemente incluiu a práxis nos seus contratos de honorários de previsão de uma cláusula conhecida como "Taxa de Acompanhamento Mensal do Processo", ou seja, o advogado recebe um fixo mensal pela duração do processo, ainda que possam ter argumentos louváveis para isto, o fato é que quanto mais o processo demorar além da chance de prescrição, ainda é uma fonte de renda mensal fixa.

Estes aspectos financeiros são poucos falados, mas influenciam muito, por exemplo, outro aspecto é que os advogados dativos apenas recebem honorários se tiver processo e audiências. Se for arquivado não recebe. A Defensoria também teria o serviço criminal diminuído, pois não atuaria no arquivamento. Além disso, é provável que haja mudanças também na estrutura do Ministério Público e Judiciário, mas em menor grau, pois atuam na fase de arquivamento. No caso das polícias reduziria bastante o atual o poder oculto de seletividade sem controle.

Mas, novamente reiteramos que discricionariedade não é arbitrariedade e nesse ponto citamos Carlos Vinícius Alves Ribeiro, na obra Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais, dispõe acerda da discricionariedade,

> A discricionariedade é um comando de otimização.Para se chegar a esse resultado ótimo, necessário compreender a discricionariedade como um caminho em busca do melhor resultado, caminho este balizado por limites que, bem observados, não permitindo o desvio da trilha.
> [...]
> Essa discricionariedade pode decorrer, numa primeira observação, do próprio princípio da independência funcional[309]

[309]RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 343

28. Mecanismos de controle e transparência da oportunidade da ação penal

Em geral, as pessoas ouvidas sobre a proposta de maior triagem de ações penais já no início externam, com razão, a preocupação sobre os critérios para seletividade e controle destes atos, mas nada falam sobre a cifra negra (muitos nem conhecem este conceito) e também não falam sobre a fase da seletividade policial.

A rigor, o CPP já prevê uma forma de controle que é o art. 28 do CPP, o qual passa pelo crivo judicial. Logo, nem estaria haver supressão da atividade jurisdicional, considerando que prevalece ainda o pensamento de que o Judiciário deve ter uma função inquisitiva.

No entanto, no atual modelo de arquivamento de Inquéritos Policiais não há uma forma de controle social e de publicidade dos arquivamentos. O art. 28 do CPP não define as razões de arquivamento, nem determina a publicação das decisões, embora isso fosse desnecessário, pois a publicidade é a regra do ato administrativo. Contudo, na prática, em quase 99,9% dos casos o juiz homologa os arquivamentos definidos pelo Ministério Público. Mas, esta decisão não é publicada no Diário da Justiça, nem mesmo a súmula "arquivado...", muito menos o inteiro teor da decisão.

Também geralmente não haveria muito resultado prático publicar apenas a decisão judicial, pois geralmente é "homologo o arquivamento promovido pelo Ministério Público pelas razões expostas na manifestação ministerial"

Outro aspecto é a omissão dos Procuradores Gerais de não publicarem as suas decisões referentes ao art. 28 do CPP na internet para controle social e acompanhamento das tendências.

Em suma, apesar de haver uma preocupação com a proposta de seletividade de denúncias, é preciso avaliar que o modelo atual é totalmente obscuro. E a proposta nova apenas é questionada por ser algo novo, ainda que muito melhor que o modelo atual.

Inclusive os sistemas de informática dos Tribunais nem diferenciam expressamente entre arquivamento provisório e arquivamento definitivo. Logo, na

prática, tudo acaba sendo arquivamento definitivo. Sendo raríssimo um caso de desarquivamento em razão da anterior anterioridade.

O MPF aprovou enunciados no sentido de que o Membro com atuação na área criminal comunique os interessados quando arquivar, o que é um avanço,

> **Enunciado nº 10**
>
> O arquivamento promovido pelo membro do Ministério Público Federal deve ser por ele comunicado ao interessado, antes da remessa dos autos à 2ª Câmara para revisão. (Restaurado com nova redação – 003ª Sessão de Coordenação, de 31.05.2010).
>
> **Enunciado nº 46**
>
> Nos casos em que a abertura do procedimento investigatório criminal se der por representação, o interessado será cientificado formalmente da promoção de arquivamento e da faculdade de apresentar recurso e documentos, no prazo de 10 (dez) dias, contados da juntada da intimação. Após o transcurso desse prazo, com ou sem novas razões, os autos serão remetidos à 2ª CCR para apreciação.
> (48ª Sessão de Coordenação, de 22.06.2012).[310]

Portanto, ainda que mantendo a redação atual do art. 28 do CPP, o que se propõe é:

1) A Decisão do Judiciário que homologa o arquivamento, bem como a manifestação ministerial referente ao arquivamento devem ser publicadas na internet.

2) Estas decisões devem ficar disponíveis por busca por palavras, o que dá mais transparência.

3) As decisões do Procurador Geral de Justiça, com base no art. 28 do CPP, que mantém o arquivamento ou que rejeitam, devem também ser publicadas na internet e ficarem disponíveis para busca por palavras.

4) Permitir à vítima recorrer da decisão de arquivamento. Em tese, isto poderia até mesmo ser implantado pela via adminstrativa, pois já ocorre em outros procedimentos extrajudiciais cíveis no âmbito do Ministério Público, ou seja, criaria uma necessidade de intimação e um prazo para se recorrer.

---

[310] Ministério Público Federal. Enunciados. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em 25 nov. 2016.

29. Média de presos varia por Estado e independem de assistência jurídica e desigualdade social, notadamente nos pequenos furtos.

Quase 90% dos réus processados por furto são condenados, metade em regime aberto domiciliar ou pena alternativa, pois em geral foram presos em flagrante.

O texto procura desmitificar alguns tabus no meio penal, analisando algumas estatísticas e constata que metade das ações penais por furto terminam em regime aberto domiciliar ou pena alternativa, o que já poderia ser proposto no início da ação penal.

O presente texto faz uma breve análise de alguns indicadores de desenvolvimento social e mostra a variação substancial de média de presos por Estado, apontando que Estados com pouca desigualdade social ou com assistência jurídica estrutura apresentam altas médias prisionais, e o contrário também. Aborda ainda o trabalho de Ivan Borin, Mestre em Ciências Políticas pela USP, que pesquisou sobre as sentenças de furto no ano de 2002 na Comarca de São Paulo, verificando regimes de prisão,penas alternativas, recorribilidade e mostrou conclusões interessantes

A média nacional de presos, em 2014, por Brasil é de 259 presos para cada 100 mil habitantes, sendo que entre 2003 e 2013 a média de presos saltou de 300 mil para 500 mil, ou seja, um aumento de 70%. No entanto, há disparates entre os Estados na média, conforme dados do DEPEN de 2010, variando de 86,29 no Piaui a 461,00 em Mato Grosso do Sul e 544 no Acre.

Ocorreu um aumento nos dados decorrente do fato de que o CNJ incluiu em 2015, os presos no regime aberto domiciliar, mas na prática, estes ‘presos’ não estão presos, pois ficam em suas residências, em tese, pois a fiscalização é precária e não existe tornozeleiras.

Quanto ao problema do Maranhão no presídio de Predinhas, a média de presos é de apenas 86 por 100 mil habitantes, ou seja, quase um terço da média nacional. Portanto, no Maranhão não se prende muito, mas tem falta de vagas, conforme dados do DEPEN. Embora seja o antepenúltimo em índice GINI.

Importante ressaltar que taxa de prisão não significa taxa de crimes, pois são questões distintas, apesar de pontos em comum. Mas, pode ser que muitos crimes não

estejam sendo apurados ou punidos, logo a cifra negra prevalece, ou então, uma aplicação maior de penas alternativas.

Necessário também registrar que a existência de Defensoria no Estado não é capaz de apresentar grandes diferenças, inclusive Estados como Santa Catarina, Paraná e Goiás que não disponibilizam este serviço amplamente contam com menor número de presos em relação a Estados que disponibilizam este serviço, como é o caso de Mato Grosso do Sul, São Paulo e Minas Gerais.

O Distrito Federal tem o maior IDH do Brasil 0,824, porém tem 344,32 presos por cem mil habitantes, enquanto Santa Catarina tem IDH de 0,774 em 2010 e não tinha Defensoria, porém tem a média de 237,65 de presos por habitante, o que se verifica que desigualdade social e defesa estatal não interferem diretamente na quantidade de presos (ou de crimes). Ou seja, há menos desigualdade social em Brasília, mas há mais presos.

Verifica-se que a mesma legislação penal leva a um índice diferenciado na quantidade de prisões por Estados. Um problema é que a lei penal e processual é federal, mas a execução das políticas de segurança é estadual. Outro dado é que a política legislativa, embora realizada pelo Legislativo, sofre grande influência do Ministério da Justiça, bem como Secretaria de Reforma do Judiciário e Casa Civil, e estes setores nos últimos anos, praticamente elegeram os setores policial, Ministério público e até Judiciário como adversários e focaram toda a política para atender aos interesses da defesa como advocacia e defensoria, mas os resultados foram o contrário do almejado, pois o número de presos aumentou substancialmente nos últimos dez anos.

Abaixo, apresenta-se alguns índices:

Índice GINI (2011)[311] - Mede nível de desigualdade social, os três Estados melhores colocados com menor desigualdade foram:

Santa Catarina 0,436
Paraná 0,439

[311] Lista de unidades Federativas do Brasil por índice de GINI. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_unidades_federativas_do_Brasil_por_%C3%ADndice_de_Gini. Acesso em: 19 ago. 2016

Pernambuco 0,454
Goiás 0,465

Já o Índice IDH (2010)[312] - Mede nível de educação. Longevidade e renda e os dados estão disponíveis no link citado abaixo.

Média de Presos por Estado em Relação aos habitantes

Estados	Média de Presos por 100 mil hab
AC	544,16
AL	98,03
AP	290,77
AM	160,14
BA	120,48
CE	177,84
DF	344,32
ES	309,79
GO	199,80

[312] Lista de unidades Federativas do Brasil por IDH. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_unidades_federativas_do_Brasil_por_IDH>. Acesso em: 19 ago. 2016.

MA	86,55
MT	381,28
MS	461,72
MG	231,08
PA	130,26
PB	213,58
PR	336,55
PE	271,56
PI	86,29
RJ	159,36
RN	195,15
RS	287,54
RO	493,77
RR	402,14
SC	237,65
SP	413
SE	170,18
TO	166,79

BRASIL	**259,17**

Observa-se que os índices variam considerando cada Estado, pois medem fatores diferentes, embora importante, mas fazendo uma pequena amostragem, constata-se que não há uma relação direta entre desigualdade, assistência jurídica e número de presos. Mas, ressalta-se que o Distrito Federal ficou em primeiro lugar no IDH, mas ficou em último no índice GINI. Por outro lado, o Piauí é o penúltimo Estado em índice GINI, mas tem a menor proporção de presos por habitantes 86/100 mil).

Registra-se a média de presos para cada cem mil habitantes em outros países em 2004:

Estados Unidos: 756

Rússia: 629

Ruanda: 604

Chile: 305

Japão: 54

França 95,

Alemanha 96,

Austrália 114,

Canadá 116,

Grã-Bretanha 143

México 169. [313]

O Brasil tinha em 1995 a média de 95 presos para cada 100 mil habitantes, mas coincidentemetne depois que estatizaram a assistência jurídica a partir de 2003, chegou-se a 227 presos em 2007 para cada cem mil habitantes e a 263 presos em 2010 para cada cem mil habitantes. Conforme dados do Depen de 2000 a 2009 houve um aumento de 100% de presos passando de 232 mil para 473 mil. Hoje temos a média nacional de 306 presos por cem mil há habitantes.

[313] 715 presos para cada 100 mil habitantes nos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.dn.pt/dossiers/sociedade/crimes-violentos/noticias/interior/715-presos-por-cada-100-mil-habitantes-nos-estados-unidos-1015026.html>. Acesso em: 05 dez. 2016.

Nesse diapasão citamos dados recentes no sentido de que a população carcerária continua crescendo, mesmo que tenha ocorrido a redução da desigualdade social, mas a polícia continua a focar nos crimes menos inteligentes e obrigando o Ministério Público a processar por estes delitos em vez dos mais elaborados e cometidos por outro extrato social. Por oportuno, transcrevemos trecho de reportagem:

> O Infopen reúne informações estatísticas do sistema penitenciário a partir de informações fornecidas pelos gestores dos estabelecimentos penais. De acordo com o balanço, a população penitenciária brasileira chegou a 622.202 pessoas em dezembro de 2014, **com a maioria formada por jovens, negros e de baixa escolaridade**.
>
> Trata-se da quarta maior população carcerária do mundo, inferior apenas aos Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,65 milhões) e Rússia (644 mil). O estudo, no entanto, aponta que, ao contrário do que acontece com o Brasil, cujo número de pessoas privadas de liberdade cresce a 7% ao ano, esses países têm reduzido suas taxas de encarceramento.
>
> Com o aumento do contingente encarcerado, **o Brasil atingiu taxa de 306,2 presos para cada 100 mil habitantes -** a sexta maior do mundo, segundo o Infopen. É mais do que o dobro da média mundial, de cerca de 144 presos por 100 mil habitantes. No ranking de encarceramento, o País fica atrás apenas de Ruanda, Rússia, Tailândia, Cuba e Estados Unidos. **Em 2004, a taxa brasileira era 183,36 detentos por 100 mil habitantes**.[314]

Há no meio jurídico certa resistência para aplicar penas alternativas, e até mesmo outras pecuniárias, como a multa. O foco ainda é pena de prisão, logo o crime acaba compensando em casos de crimes com impacto financeiro, pois as penas de prisão cumpridas rapidamente, com a frouxidão na execução penal de se considerar vários subterfúgios como pena cumprida. Poucas Comarcas contam com CEAPA (Central de Pena Alternativa) e as que possuem, muitas vezes não funcionam a contento, pois muitos Juizes e Promotores alegam que não existe CEAPA na lei penal e quando aplicam Pena Alternativa preferem apenas Prestação Pecuniária em vez da Prestação de Serviço. Se o STF entender que a multa penal é atribuição da Advocacia Pública e não do Ministério Público para executar a dívida, então a resistência tenderá a aumentar ainda mais, pois haverá o receio de se estender este entendimento para outras

[314] Taxa de aprisionamento aumenta 67% em 10 anos no Brasil. Disponível em: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2016/04/26/taxa-de-aprisionamento-aumenta-67_porcento-em-10-anos-no-brasil-232927.php>. Acesso em 05 dez. 2016.

áreas como Prestação Pecuniária, o que pode implicar em aumento de penas de prisão e maior resistência às penas de multa e penas alternativas.

Em Dissertação de Mestrado no Departamento de Ciência Política da USP, em 2007, Ivan Borin, orientado pela Dra. Maria Teresa Sadek, pesquisou os recursos criminais durante o ano de 2002 na Comarca de São Paulo nos processos de furto e roubo e constatou que geralmente os recursos tinham por tema a desclassificação para tentativa ou questionando a de pena, notadamente o regime inicial de pena, não havendo muita discriminação por questão social na fase processual.[315]

Importante ressaltar que o trabalho não aborda a fase policial. Sendo comum que a polícia priorize apurar a autoria em flagrantes de delitos menos inteligentes como furtos e roubos, conforme pesquisa da ONG Sou da Paz, em que se observou que 80% das prisões são em flagrante, ou seja, não temos investigação efetiva.[316]

O trabalho do Borin é brilhante e focaremos apenas nos furtos, embora a pesquisa abranja os roubos. Estes dois crimes, juntamente com o tráfico de pequenas quantidades abrangem 80% das prisões no Brasil, logo se o Governo quiser resolver a questão prisional é preciso pensar em políticas para estes delitos desde o início e não apenas ao final na execução penal.

Ou seja, raramente a defesa consegue a absolvição, pois roubo e furto geralmente são crimes cometidos com pouca inteligência e presos em flagrante com provas robustas, o trabalho da defesa acaba ficando naturalmente limitado, logo não se consegue reduzir prisões focando apenas na defesa. Ainda que, em regra, o Judiciário fixe pena mínima no delito, visa a defesa desclassificar de roubo para furto, ou de consumado para tentado, ou de latrocínio para roubo e outras teses.

Cita ainda no seu trabalho o estudo de Watanabe, no qual constatou em 2001 que analisando os recursos em crimes de furto e roubo julgados pelo Tribunal de Alçada

---

[315]BORIN, Ivan. **Análise dos processos penais de furto e roubo na Comarca de São Paulo.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-155007/pt-br.php>. Acesso em 18 ago. 2016.

[316]Relatório da pesquisa prisões em flagrante na cidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justica_prisoesflagrante_pesquisa_web.pdf>. Acesso em 19 ago. 2016.

Criminal foram revistas 50% das sentenças absolutórias, contra apenas 8% das sentenças condenatórias.[317]

Borin destaca que o regime predominante para crimes de furto é o aberto em 56,2%, o que já sabemos que será o domiciliar por não haver albergues. Sendo comum a conversão do regime aberto em pena alternativa. Informa o pesquisador que 54,8% das condenações por furtos são convertidas em penas alternativas.

Destaca também que no caso de furto há condenação em 57,7% dos casos apenas na primeira instância (sentença). Além disso, 30,9% dos demais processos por furto são encerrados com suspensão, extinção sem mérito (morte, prescrição), transação, arquivamentos. Ou seja, a defesa consegue sucesso em apenas 10% dos furtos, isso sem considerar a fase recursal, na qual segundo Watanabe recursos do Ministério Público têm maior número de procedência.

No furto o réu recorreu em 12,4% dos casos e o MP apenas 1,3%. Em geral, observa o pesquisador que o Ministério Público foca mais nos roubos, inclusive com maior número de recursos neste caso.

Um dado importante no trabalho é que constata que quando o MP recorre no crime de furto é no tocante ao regime de prisão, e não quanto à conversão da pena de prisão em pena alternativa. *E ressalta Borin que isto pode ser um indicativo forte de que o Ministério Público não se opõe à pena alternativa.*

Cenário Atual

A pesquisa de Borin foi concluída em 2006 e analisando dados de 2002. No entanto a situação piorou nos últimos anos. A quantidade de presos passou de 300 mil em 2003 para 500 mil em 2013, ou seja, um aumento de mais de 70%, mesmo com o Estado aumentando exponencialmente os gastos com defesa e assistência jurídica nos últimos anos.

[317] WATANABE, Kazuo. **Perfil do réu nos delitos contra o patrimônio (furto e roubo).** Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 97, n. 356, 2001, p. 433/436

Verifica-se n cotidiano penal o paradoxo de condenados pleitearem a condenação no regime de prisão ABERTO (pois domiciliar) em vez de pena alternativa, pois mais gravosa, na prática.

Diante deste quadro, observa-se que há variações substanciais na média de presos por Estado, embora a legislação seja a mesma. E destas prisões a maioria é por furtos em geral de objetos de pequeno valor, mas estão ficando presos provisoriamente, até condenação venha a ser aplicada, o que ocorre na maioria dos casos, variando somente a pena. O Governo insiste apenas em focar na defesa, o que não tem gerado resultados.

O Governo Federal ao focar apenas no discurso da defesa e colocar os setores policiais, Ministério Público e Judiciário como "inimigos do governo", acabou por tero efeito reverso que foi o aumento do número de presos agravado com a estatização e monopólio da assistência jurídica, limitando o direito de escolha.

No Ministério da Justiça e Secretaria de Reforma do Judiciário há uma predominância maciça de Advogados e Defensores Públicos.

A solução já adotada em países da Europa é que os pequenos furtos sejam ação penal condicionada à representação da vítima e que também o Ministério Público não seja obrigado a processar por furtos de pequenos objetos, exceto se existir interesse público fundamentado. No entanto, este debate não interesse a setores da defesa que depende da demanda alta de presos e processos para receberem mais recursos do Governo ou do Mercado. Enquanto isto, no Brasil o Ministério Público é tecnicamente obrigado a processar por crimes de menor potencial ofensivo, inclusive furtos de galinha.

No entanto, se a esmagadora maioria dos réus em crime de furto será condenada, e já se sabe que a maioria condenada no regime aberto domiciliar ou pena alternativa, por qual motivo já não se permite ao Ministério Público oferecer proposta de pena alternativa ou regime domiciliar já no início do processo? Afinal, isto reduziria custo, tempo, inclusive dias de prisão que o acusado fica preso provisoriamente apenas para que a defesa apresente uma defesa preliminar formal.

Em suma, assistência jurídica e desigualdade social têm pouca interferência na questão prisional, sendo importante discutir é a obrigatoriedade da ação penal, como já está sendo feito na Europa há algum tempo. Não faz sentido ser rigoroso com o processo e flexível com a execução penal. Melhor flexibilizar já no início do processo. Mas, atualmente estamos no paradoxo de estatizar a defesa e privatizar a execução penal para ONGs(APACs) e empresas, ou seja, invertemos a função punitiva do Estado.

No Crime de furto se não tiver alternativas para evitar a ação penal ou a pena de prisão, ou seja, fortalecendo a acusação para dispor da ação penal, pouco resultado tem o trabalho da defesa, exceto se for a tese de "insignificância", a qual tem diminuído também, pois o próprio Ministério Público já promove o arquivamento, arquiva neste caso para priorizar os casos mais graves, pois a pauta de uma vara criminal comporta, em média, apenas 60 audiências de instrução por mês, depois das alterações em 2008 no CPP a pedido de setores da defesa.

Se já sabemos que haverá condenação em quase 90% dos furtos, mas que esta condenação será no regime aberto domiciliar e em pena alternativa, o processo poderia ser agilizado com a possibilidade de o acusado aceitar uma pena alternativa ou de regime aberto no início do processo, mas a resistência está na defesa que alega violar ampla defesa, mas o motivo pode ser outro, redução do mercado de trabalho.

Como já demonstrado antes, na Alemanha, Suécia e Holanda a defesa técnica na área criminal é facultativa. Inclusive a Alemanha nem oferece assistência jurídica gratuita para réus criminais, porém têm menor índice de prisões. Na Alemanha o MP arquiva 60% dos IPs por falta de relevância em delitos de bagatela (embora prevalece a obrigatoriedade nos demais delitos), e na Holanda e Suécia prevalece a oportunidade da ação penal. Aparentemente, estas medidas são mais exitosas que as adotadas no Brasil de focarem apenas no processo penal obrigatório e flexibilização da execução penal.

Concluindo, a questão prisional não pode ser analisada isoladamente, pois é preciso estabelecer medidas de prioridade desde o início para crimes mais graves, mas na prática a prioridade policial acaba sendo os furtos e tráfico-formiguinha, pois menos complexos e presos em flagrante.

A defesa resiste à simplificação processual, pois teme redução do mercado de trabalho, embora usem outros argumentos, como ampla defesa. Mas, o fato é que nos crimes de furto focar na defesa tem dado poucos resultados, pois há condenação em quase e 90% dos casos julgados e depois o Governo tenta flexibilizar as regras de execução penal, o que torna desnecessário o processo penal, pois gasta tempo e verba para depois não se cumprir a pena. Considerando que mais da metade dos condenados por furto cumprem pena de regime aberto domiciliar ou pena alternativa, estas já poderiam ser propostas no início do processo pelo Ministério Público, pois evitaria prisões provisórias.

30. Conclusão

Neste trabalho buscamos fazer análise histórica sobre o mito/regra da obrigatoriedade da ação penal, inclusive com análise de dados empíricos e demonstrando a rotina de promotorias de viés finalista (mais burocráticas e automotizadas) e as funcionalistas (com viés seletivo e focado em resultados), embora sejam minoria em relação às finalistas.

No curso do trabalho foi possível demonstrar que no Brasil não há previsão constitucional sobre a obrigatoriedade da ação penal, como ocorre no art. 112 da Constituição Italiana. Também não há nenhuma justificativa para imaginar que seja um princípio implícito na Constituição Brasileira, pois elementos do poder punitivo devem ser expressos, não podendo ser implícito.

O art. 24 do CPP não estabelece a obrigatoriedade, mas apenas esclarece que a denúncia é atribuição do Ministério Público, o que é corroborado pelo art. 100, §1º do Código Penal. Já o art. 28 do CPP não estabelece as razões de arquivamento, logo estas podem ser por motivo de política criminal.

A Constituição Federal Brasileira assegura expressamente a independência funcional do Membro do Ministério Público e a autonomia da Instituição. Dessa forma, em face da independência funcional, não pode ser o Ministério Público obrigado a processar os crimes que a Policia selecionou, principalmente pelo fato de que estatísticas comprovam que menos de 10% dos atos criminais são encaminhados pela Polícia ao Ministério Público.

Uma Vara Criminal consegue realizar, no máximo, 90 audiências de instrução por mês, logo é necessário medidas de política criminal que desafoguem e racionalizem o sistema punitivo, uma vez que o número de prescrições em alguns casos tem superado o de condenações.

A independência funcional é um princípio, sendo a obrigatoriedade uma regra, pois mais objetiva que o princípio. Logo, a obrigatoriedade da ação penal não é um princípio, mas uma regra. Em se tratando de conflito entre princípio e regra, não se trata de regra do "tudo ou nada", mas sim de aplicação de hermenêutica.

Em tese, nem há obrigatoriedade expressa no CPP, exceto no art. 30 do CPPM (militar), podendo-se sustentar que é um mito a sua existência. No entanto, ainda que se considere sua existência, esta é uma regra e estaria em confronto com um princípio constitucional, logo deve neste caso prevalecer o princípio em razão de sua posição constitucional, notadamente para delitos de baixa e média ofensividade, em virtude da proporcionalidade.

Dessa forma, isto não significa que o princípio seja avaliado pela regra do 'tudo ou nada", o princípio como mandado de otimização deve ser analisado com base em outros elementos de razoabilidade. Nesse sentido, a oportunidade da ação penal integra a independência funcional do Membro do Ministério Público, mas deve ficar adstrita aos delitos de baixa e média ofensividade.

Não há prejuízo algum e risco de suposta impunidade, pois os arquivamentos não são sinônimos de "engavetamento", logo deve o Membro do Ministério Público fundamentar a sua decisão de arquivamento, a qual pode ser homologada, ou não, pelo Judiciário. E, se este discordar aplica-se o art. 28 do CPP. Ou seja, está se exercendo a persecução penal, e não se está subtraindo do Judiciário o controle, uma vez que há a persecução penal negativa (arquivamento) e persecução penal positiva (ajuizamento de ação penal).

Não se está proibindo que se processe por pequenos delitos, nem se trata de um direito subjetivo do acusado, mas uma regra de política criminal que pode ser amoldada conforme a realidade local de cada Comarca.

O Funcionalismo é a corrente dominante no mundo atualmente, menos no Brasil, e defende que apenas atos penais relevantes e com impacto social devem ser priorizados e processados, mudando com a visão automatizada do Finalismo que ainda vigora no Brasil. Como ficou demonstrado nesta obra e com análise de dados empíricos demonstramos que o funcionalismo com menor custo conseguiu mais resultados ao

focar nos casos mais relevantes. Por exemplo, um promotor funcionalista selecionando os conseguiu com menos prisões, porém presos com maiores quantidades, foi possível retirar mais droga da sociedade, além de outros exemplos no curso da obra.

O funcionalismo propõe punir menos, mas punir melhor, e com impacto social, o que acaba inibindo a criminalidade, em vez do atual sistema caótico e sem racionalidade, o que leva o direito penal ao descrédito. Com isto obtém-se o que se chama de principio da proteção penal eficiente.

O Promotor no Brasil precisa focar mais na sua responsabilidade de gestão em todo o processo e não apenas achar que basta denunciar, não se preocupando em checar bancos de dados, esforçar-se para indicar à Polícia endereços de foragidos, localizar testemunhas e exigir maior esforço dos policiais, não faz sentido que se faça a tal da "cota balão" apenas para ficar livre do processo, sem que se solucione o problema.

O termo "titular da ação penal" deve ser entendido como agente de política pública criminal devendo preocupar-se com toda a etapa processual e do fenômeno criminal, desde medidas para prevenir o crime, como para se ter maior eficácia, devendo o promotor criminal agir como órgão de execução de políticas criminais, em que a ação *penal é apenas uma opção e, preferencialmente, a última.* Não pode ser mais apenas titular da denúncia, como ainda é comum.

Arquivar é um ato muito mais difícil do que denunciar, por isto muitos preferem denunciar e lotar a pauta judicial de processos inúteis.

Se prevalecer o mito da obrigatoriedade da ação penal não seria possível nem mesmo o uso da Justiça Restaurativa, na qual a vítima e acusado buscam o diálogo para resolver o conflito e pode ser útil em crimes como de agressões familiares, em razão de que o vínculo afetivo e biológico tende a perdurar mesmo com as agressões, ou seja, não existe ex-neto, ex-irmão ou ex-filho.

A Legislação precisa exigir mais requisitos objetivos para o oferecimento da denúncia, não aceitando qualquer mera suspeita como indício suficiente. O CPP atual foca apenas no recebimento e praticamente nada fala sobre o oferecimento.

Não há no CPP vedação para arquivamentos provisórios por falta de prioridade, logo pode-se usar o art. 18 do CPP, por analogia, o que inclusive tal medida foi autorizada pelo MPF através da Orientação 30, em 04/07/16, exigindo comunicação à Câmara de Coordenação e Revisão Crininal, publicação e intimação da vítima.

Além de tudo, também não há previsão no CPP sobre a obrigatoriedade das denúncias criminais serem oferecidas em ordem cronológica, nem que o juiz deve marcar as audiências em ordem cronológica, como ocorre no Novo CPC.

Quando a evolução do Estado estabeleceu que a acusação seria estatal, foi com a finalidade de se ter uma triagem antes do ato de mero oferecimento. O objetivo não era criar uma Super-acusação, mas sim controlar o jus puniendi, através de mecanismos no jus persequendi.

O Jus puniendi não é tão absoluto como tradicionalmente se ressalta nos livros de processo penal, pois temos o indulto, a anistia, a prescrição, a representação da vítima, e não faz sentido que esta tenha mais poder que o Estado para estabelecer prioridades, pois no Estado Democrático de Direito deve-se focar nos direitos fundamentais, mas ressaltando a questão da "reserva do possível", ou seja, em que o Estado é responsável dentro dos limites orçamentários e das prioridades, logo a ação penal precisa ser racionalizada para ser a ultima ratio, considerando a gravidade de uma ação penal, não pode ser banalizada.

Hoje, em razão do rigor no ajuizamento da ação penal, e na frouxidão na execução penal, as pessoas têm mais medo de serem inscritas no SERASA do que serem processadas criminalmente.

Não se propõe impunidade, pois o funcionalismo e os arquivamentos para estabelecer prioridades estabelecem mais eficiência, conforme demonstramos com dados e não mera retórica.

Obviamente que setores da advocacia, notadamente criminal, tentarão ampliar o mercado de trabalho, passando à posição de ajuizarem também mais ações penais, o que derruba o argumento de punitivismo do Estado, e exalta a visão de que o argumento de perseguição de pobres, e atualmente de ricos, é um discurso ideológico. No **Projeto de Lei** (PL) 4.850/16, o qual deveria ser sobre as 10 medidas anti-corrupção, mas perdeu o seu objetivo, a OAB incluiu emenda no Projeto de Lei e quer passar a ajuizar ação penal também em nome próprio em supostos casos de violação à prerrogativas de advogados. Mas, se aprovada esta medida, certamente outros setores também alegarão este direito e teremos um retorno à privatização do direito penal e aumento do número de ações, como ocorre na ára de danos morais. Se isto ocorrer, no mínimo, deveriam arcar com custas e honorários em eventual sucumbência para evitar aventuras jurídicas.

Em suma, quanto mais processos judiciais, e mais tempo processual, mais mercado de trabalho para alguns. E a OAB em vez de focar na área cível, pleiteando

eventuais danos cíveis em casos comprovados de abusos, quer também passar à acusação penal e usando-se do suposto punitivismo que sempre combateu. Este paradoxo da OAB ocorre também no caso de prisão de advogados, os quais pelo Estatuto da OAB devem ficar presos em sala de Estado Maior nos Quartéis, mas a OAB que tanto lutou contra as prisões em quartéis durante o Regime Militar, a partir de 1994, quer que os advogados fiquem presos nestes quartéis e não nos presídios, até o trânsito em julgado.

Como mecanismo de controle da oportunidade da ação penal, propõe-se que a decisão de arquivamento seja publicada na internet com busca por palavras, bem como intimar a vítima, que poderá impugnar o recurso, e que também a decisão do Chefe do Ministério Público também seja publicada na internet

A vítima tem os seus direitos assegurados, inclusive pode ajuizar ações cíveis de indenização, mas a questão criminal deve ficar com o Estado. Afinal, por analogia, não é o paciente que decide o procedimento médico. E ação penal não é a única forma de se fazer política criminal, nem deve ser a primeira e mais importante opção.

O número de presos e crimes no Brasil aumentou com a ascensão da ideologia marxista de luta de classes, em que o criminoso torna-se o oprimido e a sociedade a opressora, pois se perde o controle social ao inverter os valores, destruir a família e a autoridade do professor, bem como a de policiais e assemelhados, e provocando o caos, sendo a impunidade um fator criminógeno muito maior do que a alegada causa de desigualdade social utilizada pela esquerda, e estimulando assim os conflitos, pois é uma visão mais agressiva do que a esquerda social democracia, a qual também acredita que criminoso é vítima da sociedade, porém não estimula os conflitos entre setores da sociedade, pois defende uma mudança pacífica da postura.

A questão é que a Desigualdade social, por si só, não é uma justficativa para crimes, pois há países como a India com grande desigualdade social, e menos crimes que o Brasil.

Na Itália prevalece a obrigatoriedade da ação penal, mas quem define a ordem das investigações é o Ministério Público e não a Polícia, como no Brasil. E também estão aumentando hipóteses legais para não se processar em casos de delitos de pouco impacto social. Aqui prevalece a confusão entre persecução penal como sendo o ato de denunciar, e não o arquivamento, nem a fase policial.

Não existem reeducandos, mas somente apenados, pois não se tem como obrigar ninguém a ressocializar. Não faz sentido prender para que possam abater parte da pena

lendo livros, nem manter o mito ser o Estado obrigado a acusar e obrigado a defender, mesmo que seja uma pena singela de 10 dias multa.

A obrigatoriedade da ação penal, sem critérios de racionalização, viola os direitos fundamentais e os princípios da Administração Pública.

Ante o exposto, verifica-se que a oportunidade da ação penal não gera impunidade, e sim, mais eficiência, o que está em conformidade com o princípio constitucional da independência funcional do Membro do Ministério Público, sendo que o CPP no art. 28 não delimita as razões de arquivamento, portanto pode ser por política criminal e até mesmo provisoriamente por prioridades, em analogia nos termos do art. 18, do CPP, pois não tem a palavra "definitivo". Logo, o art. 24 do CPP não prevê a palavra obrigatoriedade, e no mesmo sentido o art. 100, §1º, do CP, e não há espaço para entender obrigatoriedade como implícito, e ainda que o prevesse, seria inconstitucional (não recepcionado) pela Constituição Federal em face da independência funcional, sendo que este princípio não é algo absoluto, pois todo princípio tem efetividade, mas é um mandado de otimização, e com base no princípio da proporcionalidade perfeitamente aplicável a crimes de baixa e até média ofensividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ABDO, Helena Najjar**. O abuso do Processo**. v. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. **Bem jurídico penal e estado democrático de direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social**. Diálogo e interação, Paraná, v. 1, 2009. Disponível em: <http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos10.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ACOSTA, Walter P. **O processo penal**: teoria, prática, jurisprudência e organogramas. 10. ed. Rio de Janeiro: do Autor, 1974.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia no Brasil**: diagnóstico e perspectivas. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

_____. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALAYÓN, Noberto. **Assistência e assistencialismo**: controle dos pobres ou erradicação da pobreza?. São Paulo: Cortez, 1992.

ALBERGARIA, Jason. **Criminologia**: teórica e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1988.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentaçãojurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALIGHIERI, Dante. **Monarquia**. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, [s.d.].

ALMEDINA, Bernardino. **Introdução ao direito penal**. Tradução Maria Fernanda de Carvalho Bottallo. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brazileiro**. 3. ed. argum. Rio de Janeiro: [s.n], v. 1, 1920.

_____. **O processo criminal brazileiro**. 3. ed. argum. Rio de Janeiro: [s.n], v. 2, 1920.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ALMEIDA Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (coords.). **Teoria geral do Ministério Público**; Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. **A sociedade e a lei: o código penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República**. Justiça e História**,** Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down113.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (orgs.). **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação em normas em matéria penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AMBOS, Kai. **Processo penal Europeu**: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos). Tradução Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal**: no Brasil e na América Latina. São Paulo: Método, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esforço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANJOS, Fernando Verenice. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <file:///D:/Downloads/Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf>. Acesso em 17 jan. 2016.

ANÔNIMO DO SÉCULO XVII. **Arte de furtar**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

AQUINO, Amilton. **Diferenças fundamentais entre Esquerda e Direita**. Disponível em: <http://visaopanoramica.net/2013/09/13/diferencas-fundamentais-entre-esquerda-e-direita/>. Acesso em: 25 nov. 2016.

AQUINO, José Carlos Gonçalves. **Exceções aos Postulados Básicos do Direito Processual Penal**. Revista Justitia: órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: Procuradoria-Geral da Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo: ano 44, v. 117, abr/jun. p. 198-20. 1982.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8. ed. desen. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAS, Vladimir. **O sistema acusatório de processo penal**. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/>. Acesso em 18 ago. 2016.

ARAS, Vladimir. **Princípios do processo penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/2>. Acesso em: 16. Jan. 2016.

ARAÚJO, Antonio Fábio Medrado de. **Solução final do serial killer no positivismo de Hans Kelsen**: solución de serial killerenel positivismo de Hans Kelsen: theultimatesolutionofthe serial killer i HanKelsen's positivismo. Tradução Camilo Mercado [espanhol] e Cássia Penteado [inglês]. São Paulo: Pillares, 2012.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal**: limitações à prova. 1. ed. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **A separação de poderes do estado: poder executivo, poder judiciário e poder legislativo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: CPC, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. **Só é preso quem quer!** impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

Archivio Penale. Verso il pubblico ministero europeo: indipendenza dell'accusa, obbligatorietà dell'azione penale e tutela del contraddittorio (6-7 dicembre 2013, Bologna). Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/evento/verso-il-pubblico-ministero-europeo-indipendenza-dellaccusa-obbligatorieta-dellazione-penale-e-tutela-del-contraddittorio/#.WDOB0dIrJ0x>. Acesso em: 21 nov. 2016.

ARISTÓTELES. **A ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARISTÓTELES. **A ética**; tradução Paulo Cássio M. Fonseca.Bauru: EDIPRO, 1995.

_____. **A política**; tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (coords.). **NiklasLuhmann**: do sistema social à sociologia jurídica; tradução Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Introdução ao idealismo jurídico**: (uma releitura de San Tiago Dantas). São Paulo: Julex, 1988.

Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Prescrição de crimes contra mulheres é desafio a ser vencido. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2016/08/24_comis_mulheres_discussao_dez_anos_lei_maria_penha.html>. Acesso em: 21 nov. 2016.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAIS. **Carta do Congresso Nacional.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/carta-rio-2012-congresso-nacional.pdf>. Acesso em 15 julho 2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. **Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica não são incompatíveis**. Disponível em: <**http://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis**>. Acesso em 17 jan. 2016.

AUGUSTO, Flávio; BARROS, Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999.

AVANTE BRASIL. **Polícia investiga menos de 10% dos crimes**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.jusbrasil.com.br/artigos/124684033/policia-investiga-so-1-em-cada-10-roubos> . Acesso em 15 jul. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZAMBUJA JUNIOR. **Prática do processo criminal**: formulário de todos os actos do processo criminal com observações de legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.

AZEVEDO, Alba Paula de. **Processo penal eletrônico e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1. Ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. WEINGARTNER NETO, Jayme. Perfil **socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Gaúcho**. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel36/RodrigoAzevedo_JaymeNeto.pdf. Acesso em 25 nov. 2016.

AZEVEDO, Vicente de. **Curso de direito judiciário penal**: dado na faculdade paulista de direito. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1958.

Ações de 2016. XIII Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Tradução José Manuel M. reimp. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina,2008.

BAHIA, Andréia. **Aumento da renda não diminui violência no país**. Disponivel em: <http://www.jornalopcao.com.br/posts/reportagens/aumento-da-renda-nao-diminuiu-violencia-no-pais>. Acesso em: 20 out. 2016

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução e prefácio Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é justiça**. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARREIRA, Glauco; FILHO, Magalhães. **Curso de hermenêutica jurídica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARRETO, Luís Pereira. **Soluções positivas da política brasileira**. São Paulo: Escala, 2007.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de et al. **Novo manual de ciência política**; organização Agassiz Almeida Filho e Vinícius Soares de Campos Barros. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Antonio Milton de. **Processo penal segundo o sistema acusatório**: os limites da atividade instrutória judicial. Leme: Direito, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, João José Caldeira. **Curso crítico de direito penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.

BECKER, L. A. (organ.). **Qual é o jogo do processo?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BELLO, Enzo. **Perspectivas para o direito penal e para um Ministério Público republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTHAM, Jeremias. **As recompensas em matéria penal**. Tradução Thais MiremisSanfelippo da Silva Amadio. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme: CL EDIJUR, 2002.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. Barueri: v.1, 2005.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução AmilcareCarletti. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2008.

BEULKE, W**. Strafprozessrecht, schwerpunktepflichtfach**. 12. ed. [S. l.]: C.F. Muller, 2012.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de (coords.). **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal.** Jusbrasil. Disponível em: <http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BISCHOFF, AlvaroWalmrath. **O Ministério Público no direito internacional penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira. Coimbra: Almedina, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 3. ed. rev., aum. e modificada. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. **Teorias sobre a justiça:** apontamento para a história da filosofia do direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia de direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Direita e Esquerda: razõese significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995.

BOBBIO, Noberto. **Locke e o direito natural**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito; tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Os intelectuais e o poder**: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. Reimp. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 5. ed. rev. 1. reimp. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. **Estado governo sociedade**: para uma teoria geral da política; tradução Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**; tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Noberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**; tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. 1. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição e normatividade dos princípios**: discursos e prefácios. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **História constitucional do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. **Curso de direito constitucional**.13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORIN, Ivan. **Análise dos processos penais de furto e roubo na Comarca de São Paulo.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-155007/pt-br.php>. Acesso em 18 ago. 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Persecução penal**: o inquérito policial, a ação penal e o Ministério Público. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Princípios informatios da Ação Penal**. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2c133/2c1a4/2c6b7?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 17 ago. 2016.

BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, pretensão e processo penal**: teoria da acusação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BOZOLA, Túlio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. Câmara dos deputados. Legislação Informatizada - **Lei nº 261, de 3 de Dezembro de 1841** - Publicação Original. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-261-3-dezembro-1841-561116-publicacaooriginal-84515-pl.html>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. **Reforma dos códigos penal e de processo penal**: anteprojetos. São Paulo: Salesianas, 2000.

BRASIL. **Anteprojeto do novo código penal**. Ribeirão Preto: Migalhas, [2012].

BRASIL. **Código de processo penal** (alterado pelo Decreto-Lei n.° 320-C/2000, de 15 de Dezembro) e legislação complementar. 3. ed. atual. e aum. Lisboa: Quid Juris?, 2001.

BRASIL. **Codigo do processo criminal de primeira instancia do Brazil com a lei de 3 de dezembro de 1841, n.º 261 e regulamento n.º 120 de janeiro de 1842**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1899.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Seminário: A reforma do processo penal brasileiro**: 7, 8 e 9 de junho de 2005. Brasília: Cromos, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Projetos de reforma penal**. Brasília: DF, Senado, 1983.

BRASIL. Mistério da Justiça. **Justiça comunitária**: uma experiência. Brasília: Cromos, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea temática de jurisprudência**: direito penal e processual penal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Imputação objetiva**: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, v. 2, 2015.

BRESCIANI, Eduardo. **Julgamentos de homicídios no Brasil demoram até dez vezes mais do que prevê a legislação**. Disponível em: <oglobo.globo.com/brasil/julgamentos-de-homicidios-no-brasil-demoram-ate-dez-vezes-mais-do-que-preve-legislação-14852884>. Acesso em: 17 out. 2016

BRUNO, Anibal. **Direito penal, parte geral, tomo 1º**: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Processo criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUSATO, Paulo Cesar (org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSATO, Paulo Cesar (org.). **Direito e processo penal**: entre a prática e a ciência. 1. ed. Curitiba: Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CABEDA, Luiz Fernando. **A justiça agoniza**: ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no poder judiciário. São Paulo: Esfera, 1998.

CABRAL NETTO, Joaquim. **História do Ministério Público de Minas Gerais**: uma instituição centenária. Belo Horizonte: Speed, v. 1, 2003.

_____. **História do Ministério Público de Minas Gerais**: associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Speed, v. 2, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Adminitrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2001.

CALADO, Antônio Marcos Ferreira. **Legalidade e oportunidade na investigação criminal**. Coimbra: Coimbra, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CALLEGARI, André Luís et al. **Direito penal e funcionalismo**; coordenação André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (orgs.). **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de GüntherJakobs; Barueri: Manole, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL. 8045/10 – Código de Processo Penal.** Disponíve em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/videoArquivo?codSessao=57205&codReuniao=44373#videoTitulo>. Acesso em 22 ago. 2016.

Câmara dos Deputados. Processo por furto de baixo valor poderá depender de queixa da vítima. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/194288-PROCESSO-POR-FURTO-DE-BAIXO-VALOR-PODERA-DEPENDER-DE-QUEIXA-DA-VITIMA.html. Acesso em: 25 nov. 2016.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estado do direito. 3. ed. rev. e atual. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. **Obrigatoriedade da ação penal e ministério público.** Disponível em: **http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627** Acesso em: 16 jan 2016.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei: 1889-1930**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, [1997].

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correira Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (orgs.). **Ensino jurídico**: leituras interdisciplinares. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**; tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**: promotor natural atribuição e conflito. 6. ed. rev., atual. eamp. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELLUTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Tradução Francisco José Galvão Bruno. 1. ed. Campinas: Bookseller, v. 1, 2004.

_____. **As misérias do processo penal**; Tradução Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2006.

_____. **Metodologia do direito**. Tradução Frederico A. Paschoal. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **O delito**. Tradução Denise Conselheiro. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **O problema da pena.** São Paulo: Pillares, 2015.

Carta Capital. Disponível em: <**http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html**>. Acesso em 17 ago. 2015.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito**. Curitiba: Juruá, v. 4, 2001.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 20. ed. rev., atual. eamp. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo. 12. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de et al. **Processo penal do Brasil e de Portugal**: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho et al. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsonh. Rio de Janeiro: Revan: ICC, v. 10, 2005.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: no estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVALCANTE, Eduardo Augusto Aires. **Relegitimando o ilegitimável: direito penal, simbolismo e o ressurgir do punitivismo**. Monografia (Graduação em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia

Universidade Catolica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18317/18317.PDF>. Acesso em: 16 jan. 2016.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **A investigação preliminar de competência originária de tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Fernando Celso Uchôa; CAVALCANTI, Pedro Celso Uchôa. **Primeiro cidadão, depois consumidor**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

Cenas da Semana. Confiança no Judiciário é menor que em empresas de TV, diz FGV. Acesso em: http://m.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/confianca-no-judiciario-e-menor-que-em-empresas-de-tv-diz-fgv/>. Acesso em: 05 dez. 2016.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. **Cortes não têm papel central no sistema político-constitucional. Consultor jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-21/jose-nunes-cortes-nao-papel-central-sistema-constitucional>. Acesso em: 16 jan. 2016.
CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords.). **Temas atuais do Ministério Público**: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 26. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Tradução Lydia Cristina. 8. ed. 2. imp. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CHILE. Ministerio Público Fiscalía Nacional. **Reforma procesal penal**: oficiosdel fiscal Nacional, modificaciones ao Proceso Penal (Ley nº 20.074) Ley de violência intrafamiliar responsabilidade penal adolescente. Santiago: Juridica de Chile, 2007.

CHILE. Ministério Público Fiscalía Nacional. **Reforma procesal penal**: instrucciones generales n. 51 a 75: marzo-septiembre 2001. reimp. Santiago: Jurídica de Chile, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coords.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

COELHO, Edihermes Marques. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, 2015.

_____. **Introdução ao direito penal contemporâneo**. Uberlândia: IJCon, 2002.

COELHO, Edihermes Marques (org.). **Direitos fundamentais**: reflexões críticas: teoria e efetividade. Uberlândia: Ipedi, 2005.

COELHO, Edihermes Marques; MESQUITA, Gil Ferreira de. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Uberlândia: IPEDI, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen** 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUC-SP: Max Limonad, 1995.

_____. **Roteiro de lógica jurídica**. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Max Limonag, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires.Métodos e princípios da interpretação constitucional: O que são, para que servem, como se aplicam.**Direito público**. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 2, n. 5, p. 23-37, jul./ago./set. 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. rev., atual. eamp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Fundação Escola Superior do Ministério Público, v.1, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris, 1988.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <**http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59969-cnj-aplica-pena-de-censura-a-dois-juizes-militares-de-minas**>. Acesso em 22 ago. 2016**.**

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf. Acesso em: 14 ago. 2015.

Consultor Jurídico. Punição insuficiente. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-14/criamos-pais-repleto-ricos-delinquentes-barroso>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Consultor Jurídico. TCU eleva valor mínimo para abertura de processo contra agentes públicos. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/tcu-eleva-valor-minimo-abrir-processo-agente-publico. Acesso em: 05 dez. 2016.

CONTIPELLI, Ernani. **Aplicação da norma jurídica**: exemplar apenas para consulta local. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Confisco Penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2006

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Temas de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, Ana Edite Olinda Norões. **Poder judiciário e democracia constitucional**: a atividade jurisdicional sobre comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

COSTA, Arthur Trindade M. **É possível uma Política Criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF.** Disponível em : http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627. Acesso em 22.mai.2016

COSTA, Arthur Trindade M. **É possível uma Política Criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100006>. Acesso em 05 ago.2016

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Ação penal condenatória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2001.

_____. **A armadilha do Leviatã**: a construção do corporativismo do Brasil. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO,Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). **O novo processo penal à luz da constituição** (análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado**. A indisponibilidade da ação penal (enfoque anterior e em face da Lei 9.099/95).**Clube Jurídico do Brasil. Disponível em: <www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.23544>. Acesso em: 16 jan. 2016.

D'AVILLA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Ministério Público: reflexões sobre princípios e funç

DALRYMPLE, Theodore. **A vida na sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral**. 1ª ed. São Paulo: É realizações, 2014.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução Eduardo Brandão. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille (coord.). **Procedure penali d'Europa**; 2. ed. Padova: CEDAM, 2001.

_____ (org.). **Processos penais da Europa**. Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana ClaúdiaFerigatoChoukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____ (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

_____ (org.). **A imprecisão do direito**: do código penal aos direitos humanos. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DEU, Teresa Armenta. **Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidade: Alemanha e España**. Barcelona: PPU, 1991.

_____. **Principio acusatório y derecho penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**; coordenação Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Teoria constitucional**: interpretação, controle de constitucionalidade e outros temas. Brasília: Vestcon, 2007.

Diário Eletrônico do CNMP. Recomendação nº 34, de 05 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/rec_34.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coords.). **O papel do Ministério Público**: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Clássicos jurídicos**. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Leituras complementares de Processo Civil**. 6ª ed. rev. atual. e amp. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIETER, Cristina Ternes. **O confronto entre a hermenêutica filosófica e a teoria do discurso de Habermas na efetividade da Constituição e o advento do constitucionalismo adequado**. Disponível em: <file:///C:/Users/Camila/Downloads/7441-26865-1-PB.pdf>. Acesso em 24 nov. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5. ed. 2. tir. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio de legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 4. ed. corr. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1976.

_____. **Contemporâneo de introdução à ciência do direito**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **As lacunas no direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada de acordo com a lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Marli. **Os donos do saber**: profissões e monopólios profissionais. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

DIREITO PÚBLICO. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 3, n. 10, out./nov./dez. 2005.

DIREITO PÚBLICO. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, n. 1, jul./set. 2003.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Do "*princípio da obrigatoriedade*' enquanto (mera) *opção*: necessidade de avaliação *político-criminal* do exercício da *ação penal pública*.** Edipucrs, Porto Alegre, v. 4, 2013. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/15.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

DOURADOS, Pedro. **Mito e razão no direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DUBBER, Markus D. **Criminal Law**: Model Penal Code. New York: Foundation Press, 2002.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____ **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EDUARDO, Paulo; SILVA, Alves. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 1972.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em : a hermenêutica**. 3. ed. Lorena: Stiliano, 1999.

_____. **Que é isto, o direito?**.2. ed. Lorena: Stilano, 1998.

ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Ações 2016. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes>. Acesso em 25 nov. 2016.

ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem e Dinheiro. Seminário ENCCLA – Ação 7. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/reunioes/seminario-principio-da-obrigatoriedade/programacao-eficacia-da-persecucao-penal-em-face-do-principio-da-obrigatoriedade>. Acesso em: 30 nov. 2016.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**; tradução Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, [s.d.].

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 1, 1954.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010.

European Justice. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_defendants_in_criminal_proceedings_-169-NL-maximizeMS-pt.do?clang=en&idSubpage=1>. Acesso em: 20 out. 2016.

European Justice. Disponivel em: <https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-se-pt.do?member=1.>. Acesso em: 20 out. 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FACHINELLI, Guilherme Berto Nascimento. **A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. Uberaba: UNIJUS, v. 11, n. 15, p. 209-228, nov. 2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FARAGO, France. **A justiça**. Tradução Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004.

FARIA, Bento. **Código de processo penal** (dec. – Lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941). 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, v. 1, 1960.

FAYET JÚNIOR, Ney. VARELA, Amanda Gualtieri. **A ação (penal) privada subsidiária da pública: das vantagens ou desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal.** 3. ed. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

FELDENS, Lenio Luiz Streck. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

FELICIO, Carlos Eduardo**. Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública.** Disponível em: <https://www.clubedeautores.com.br/book/139879--PRINCIPIO_DA_OBRIGATORIEDADE_DA_ACAO_PENAL_PUBLICA#.VpuxRfkrKUk>. Acesso em 17 jan. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Newton; CHOFARD, Getúlio. **Sociologia geral, jurídica e criminal**. São Paulo: Rumo, v. 1, 1995.

FEROLLA, Bruno. **Globalização, hegemonia e periferismo e o novo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev.eampl. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**;. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRARESI, Eurico. **Temas atuais do Ministério Público: Ministério Público e Princípio da Não obrigatoriedade da Ação Coletiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 293

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (coord.).**Ministério Público**: instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997.

FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. **Liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais**. São Paulo: FAPESP; EDUC, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, **Francisco Gilney Bezerra de Carvalho** . **A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro.** Disponível em: **https://jus.com.br/artigos/26028/a-evolucao-da-teoria-constitucional-e-as-perspectivas-para-o-constitucionalismo-do-futuro/2**. Acesso em : 23 jan. 2016

FERRI, Augusto. **Discursos de acusação** (ao lado das vítimas); tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Martin Claret, 2005.

FERRI, Enrico. **Delinquente e responsabilidade penal**. Tradução Fernanda Lobo. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

_____. **Discursos forenses** (defesas penais). São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **Princípios de direito criminal**. Tradução Luiz de Lemos D'Oliveira; prefácio Beleza dos Santos. São Paulo: Académica Saraiva & C.ª, 1931.

FEUERBACH, Ludwig. **Princípios da filosofia do futuro**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILHO LEITE, José Raimundo. **A deformalização do processo penal (principio da oportunidade: §153 a StPO e arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95). Comparação Alemanha e Brasi**l. Disponível em: <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/documentacion/Boletin/Boletin3.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2016

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco et al. **Programa de pós-graduação em direito – PUC-SP- Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal.** Tradução L. Prieto Castro. Barcelona: BOSCH, 1933.

FORTUNA, João Evangelista Peixoto. **Manual de direito processual criminal**. Rio de Janeiro: Typograpia Bedeschi, 1915.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

_____. **Em defesa da sociedade**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Microfísica do poder**. 17. ed. São Paulo: Graal, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 9. ed. rev. Rio de Janeiro:Forense, 1985.

FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Tipo: inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

FRANÇA, R. Limongi. **Princípios gerais de direito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Resvita dos Tribunais, 2010.

FRANÇA.**Code de procédurepénale**: code de justice militaire. 37. ed. Paris: Dalloz, 1995.

FRANCHI, L. **Codice penale e códice di procedura penale (vigenti dal 1º luglio 1931 – IX)**. Milano: Urlico Hoepli, 1934.

FRANCO, Alberto Silva et al (orgs.). **Justiça penal portuguesa e brasileira tendências de reforma**: colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de processo penal**. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].

FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O Ministério Público e a polícia judiciária**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal**: (crime natural e crime de plástico). São Paulo: Malheiros, 2005.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

FÜRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **A reforma do código de processo penal**: comentários e pontos críticos. São Paulo: Malheiros, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**; tradução Marco Antonio Casanova. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GALLI, Gabriel. **Conheça os crimes virtuais mais comuns em redes sociais e proteja-se**. Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/08/conheca-os-crimes-virtuais-mais-comuns-em-redes-sociais-e-proteja-se.html>. Acesso em: 25 nov. 2016.

GALLI, Marcelo. **Código de Processo Penal tornou-se Frankenstein jurico, diz advogado**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-06/codigo-processo-penal-frankenstein-juridico-advogado>. Acesso em: 18 out. 2016.

GALVÃO JÚNIOR, João C. **Criminologia dialética**: das imperfeições do direito criminal: da permanente contestação crítica construtiva. Rio de Janeiro: NPL, v. 1, 2004.

GALVÃO, Fernando. **Política criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012.

GARCÍA, Angeles Meteos. **A teoria dos valores de Miguel Reale**: fundamentos de seu tridimensionalismo jurídico. Tradução: TaliaBugel. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Carolina. **Sem avaliação psiquiátrica, "psicopatas anônimos" dividem cela com criminosos.** Disponível em: <ultimosegundo.ig.com.br/Brasil/2013-09-10/sem-avaliacao-psiquiatrica-psicopatas-anonimos-dividem-cela-com-criminosos.html>. Acesso em: 17 out. 2016

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. ver., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

Gazeta do Triângulo. Promotor quer apurar destino de boletins de ocorrência com mortes na BR-050. Disponível em: <http://gazetadotriangulo.com.br/tmp/noticias/promotor-quer-apurar-destino-de-boletins-de-ocorrencia-com-mortes-na-br-050/>. Acesso em: 25 nov. 2016.

GAZOTO, Luís Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro**. Brasília: CJF, 2011.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente**: introdução a um novo pensar. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal.** São Paulo: Atlas, 2014.

GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. 6. reimp. São Paulo: Atlas, 2014.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

GOLDFINGER, Fábio Ianni. **O papel do Ministério Público nas investigações criminais no mundo moderno**: a inconstitucionalidade do monopólio das investigações. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Tradução Hiltomar Martins Oliveria. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant**: ensaios analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Luiz Flávio (coor.). **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, v. 7, 2005.

GOMES, Luiz Flávio**. O direito penal antes e depois de Roxin**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12370/o-direito-penal-antes-e-depois-de-roxin>. Acesso em 18 ago. 2016

GOMES, Luiz Flávio**. Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios.** Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoes-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios/>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal; prefácio Sálvio de Figueiredo Texeira. 2. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2010.

GOMES, Luiz Roberto. **Educação e consenso em** . Campinas: Alínea, 2007.

GOMES, Marcelo. **Inquéritos de homicídio por todo o Brasil são arquivados em massa**. Disponível em: http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/11/inqueritos-de-homicidios-por-todo-o-brasil-sao-arquivados-em-massa.html. Acesso em: 25 nov. 2016.

GONÇALVES, Edilson Santana. **O Ministério Público no estado democrático do direito**. Curitiba: Juruá, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, José Carlos; AQUINO, Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e prática. Leme: De Direito, 1998.

Governo Federal demite 6 mil servidores públicos por atividades contrárias à lei. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/governo-federal-demite-6-mil-servidores-publicos-por-atividades-contrarias-lei>. Acesso em: 20 out. 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.° aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

_____. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 3. ed. rev., amp. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

GRILLO, Brenno. **STJ aceita 37,5% dos recursos pedindo absolvição, diz Defensoria do RJ**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/stj-aceita-375-recursos-pedindo-absolvicao-defensoria. Acesso em: 20 out. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70° aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **O processo:** estudos & pareceres. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. As condições da ação penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.

_____. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**: novos rumos e redefinições em busca de um direito penal eficaz. 2. ed. rev. e atual. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Metodologia do ensino jurídico**: aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

GUINDANI, Mirian. Sistemas de Política Criminal no Brasil, **Retórica Garantista, Intervenções simbólicas e controle social punitivo.** Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/cadernos/cadernos%202%20-%20sistemas%20politica%20criminal.pdf> . Acesso em: 17 Jan. 2016

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Introdução à ciência do direito** (introdução ao estudo do direito). 7. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Introdução à ciência do direito**. 7. ed. rev. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense, 1976.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição; tradução Gilmar Ferreira Mendes. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade I**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, v. 1, 2003.

_____. **Técnica e Ciência como "Ideologia"**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2013.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Estudos de processo penal 4ª série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. Tradução Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987.

HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo.** Tradução Eduardo SchenatoPiñero et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal na Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução João Virgílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução Maria Cristina Guimarães Curpertino. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Do cidadão**. Tradução Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1963.

HORTA, Gustavo Torres Rebello. **O papel, o dever e o poder do juiz**. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. eamp. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, [s.d.]

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**; tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **É o direito uma ciência?**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

INNES, Brian. **Perfil de uma mente criminosa**: a psicologia solucionando os crimes da vida real. São Paulo: Escala, 2009.

IRWIN, Willian. **Matrix**: bem-vindo ao deserto do real. Tradução Marcos Malvezzi Leal. São Paulo: Madras, 2003.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, v. 1, 2003.

_____. **Fundamentos do direito penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria e prática da intervenção**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, v. 8, 2003.

_____. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luís Callegari. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas; organização e tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. eampli. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JANNUCCI, Alessander. **Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-da-argumentacao-juridica-e-hermeneutica,51586.html>. Acesso em: 25 nov. 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade: revista atualizada segundo a Lei nº 9.099/95 (Lei dos juizados especiais criminais). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. Amorim, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2013.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **O Ministério Público e o estado democrático do direito**: perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. Disponível em: <http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20030711152749.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Abrindo a caixa preta: Por que a Jutiça não funciona no Brasil?** Salvador: JusPODIVM, 2016.

Jornal da Globo. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. Disponível em: <g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-não-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Acesso em: 14 out. 2016.

Jornal Opção. **Aumento da renda não diminui violência no país**. Disponível em: www.jornalopcao.com.br/post/reportagens/aumento-da-renda-nao-diminui-violencia-no-pais. Acesso em: 14 out. 2016.

JUS. Revista da associação mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011.

JUS. Revista da associação mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 44, n. 28, jan./jun. 2013.

JUS. Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 44, n. 29, jul./dez. 2013.

JUS. Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 46, jan./ju. 2015.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

_____. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ícone, 2013.

_____. **O conceito das faculdades**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERVÉGAN, Jean-François; HEGEL, Carl Schmitt. **O político entre a especulação e a positividade**. Tradução Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006.

KOHN, Edgar. **A solução da colisão de princípios e conflito de regras**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/solucao-da-colisao-de-principios-e-conflito-de-regras>. Acesso em 18 ago. 2016.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 13. ed. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985.

KRAUSS, Rebecca. **The theory of prosecutorial discretion in federal law: origins and developments. Seteon hall circuitreview, v. 6, n. 1, 2009**. Disponível em: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=circuit_review>. Acesso em 16 jan. 2016.

LAGE, Janaina. NOGUEIRA, Italo. **Mais da metade das vítimas de roubo e furto não procura a polícia, segundo IBGE**. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/cotidiano/846046-mais-da-metade-das-vitimas-de-roubo-e-furto-nao-procura-a-policia-segundo-ibge.shtml> Acesso em: 17 out. 2016.

LARA, Walace**. Brasil tem uma tentativa de roubo de dados pessoais a cada 15 segundos**. Disponível em: <g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/01/Brasil-tem-uma-tentativa-de-roubo-de-dados-pessoais-cada-15-segundos.html>. Acesso em 17 out. 2016.

LATHROP, Miguel Otero. **La polícia frente al código procesal penal**. Santiago: Juridica de Chile, 2008.

LEAL, Rogério. **Breves considerações críticas à hermenêutica jurídica e aos princípios constitucionais do estado democrático de direito no Brasil**. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/212353/artigo_rogerio_leal.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, v. 1, 1942.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. rev., atual. eampl. Niterói: Impetus, 2012.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo, no Brasil. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LEBRUN, Gérard. **O que é poder**. Tradução Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal.** Tradução Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Método, 2008.

LEITE, George Salomão; SALERT, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (orgs.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre a ação penal**. **Boletim jurídico**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1558>. Acesso em: 16 jan. 2016.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Aluísio Ferreira de. **Hermenêutica da Tradição ou Crítica das Ideologias? O Debate Entre Hans-Georg Gadamer& Jürgen** . UNOPAR Cient.,Ciên. Human. Educ., Londrina, v. 9, n. 1, p. 57-65, 2008. Disponível em: <Hermenêutica_da_Tradição_ou_Crítica_das_Ideologias_O_Debate_Entre_Hans>. Acesso em: 16 jan. 2016.

LIMA, Antonio Cesar Barros. **Os fins da pena diante das novas exigências do direito criminal.** DireitoNet. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2014/Os-fins-da-pena-diante-das-novas-exigencias-do-Direito-Criminal>. Acesso em: 16 jan. 2016.

LIMA, José Antonio Farab Lopes de. **Direito penal Europeu**. Leme: JH Mizuno, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**: na forma da Lei 12.403/2011. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Ministério Público e persecução criminal**: na forma da Constituição de 1988, Lei Federal 8.625/93, Lei Complementar n° 75, Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

LIMA, Licínio**. Reforma das leis penais vai continuar**. DN, Portugal. Disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/reforma-das-leis-penais-vai-continuar-2623249.html>. Acesso em: 16 jan. 2016.

Lista de unidades Federativas do Brasil por IDH. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_unidades_federativas_do_Brasil_por_IDH>. Acesso em: 19 ago. 2016.

Lista de unidades Federativas do Brasil por índice de GINI. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_unidades_federativas_do_Brasil_por_%C3%ADndice_de_Gini. Acesso em: 19 ago. 2016

LISZT, Franz Von. **A ideia do fim no direito penal**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

LITRENTO, Oliveiros. **A doutrina na ordem jurídica**: pressupostos fundamentais e subsídios para a sua positividade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

LOBATO, Danilo; GRECO, Luís (coords.). **Temas de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2010.

_____. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva (coords.). **As faces da justiça:** análise de teorias contemporâneas de justiça. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania**: o novo Ministério Público brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. Revista âmbito jurídico, Rio Grande, v. 15, n. 98, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9>. Acesso em: 16 jan. 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOURDES, Maria de; MANZINI-COVRE. **A fala dos homens**: estudo de uma matriz cultural de um Estado do Mal-Estar. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. 4. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2001.

LYRA, Roberto. **Direito penal científico (criminologia)**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

_____. **Direito penal normativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

_____. **Formei-me em direito... e agora?**. 1. ed. Rio de Janeiro: Direito, 1957.

_____. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. São Paulo: SAFE, 2001.

MACEDO, Fausto**. Juízes Federais querem o fim da 'eternização do processo'**. Disponível em: <política.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juízes-federais-querem-o-fim-da-eternizacao-o-processo/>. Acesso em: 17 out. 2016.

MACHADO, Agapito. **Julgamento antecipado da ação penal.** 2. ed. rev., atual. eamp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

_____. **Ministério público:** democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo. Atlas, 2009.

MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Arendt e Schmitt**: diálogos sobre a política. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. **Evolução do código de processo penal: mesa redonda no i seminário de política de memória institucional e historiografia.** Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito**; coordenação José Fábio Rodrigues Maciel. São Paulo: Saraiva, 2007.

MADALENA, Luis Henrique. **Discricion ariedade administrativae hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos**: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAGLIONI, Bruna Peluffo. **A seletividade do sistema penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10909>. Acesso em 17 ago. 2016

MAIA NETO, Cândido Furtado. **O promotor de justiça e os direitos humanos**: acusação com racionalidade, doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 1999.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **O poder político jurídico-criminal dos chefes do Ministério Público democrático**. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/cbjur.php?artigos&ver=2.17192>. Acesso em 22 ago. 2016.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Princípio da oportunidade no exercício da ação penal pública.** Disponível em: <www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-80.docx> . Acesso em: 01 jul. 2016.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Princípio da oportunidade no exercício da ação penal pública: exceção permitida à luz da legalidade, da obrigatoriedade e dos Direito Humanos.** Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.12667> . Acesso em: 17 ago. 2016.

MAIA, Antonio Cavalcanti (organ.) et al. **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). **70 anos do código de processo penal brasileiro**: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman**: filosofia e metodologia para o século XXI. Tradução Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

MANZANARES, Raquel Castillejo. **Hacia um nuevo proceso penal**. Las Rozas: La Ley, 2010.

MAQUIAVEL. **O príncipe**: comentado por Napoleão Bonaparte; tradução Pietro Nassetti. 8. ed. São Paulo: Martin Claret, 1997.

MARCELLO, Cerqueira. **A constituição na história**: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MARCHISIO, Adrián. **Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal**. 1. ed. Buenos Aires: AD-HOC, 2008.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia**: dos pré-socráticos e Wittgenstein. 2. ed. rev. 8. reimp. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. **Tratado de direito processual penal**. 1. ed. 2. tir. Campinas: Millennium, 2000.

_____. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1980.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A justiça da França**: um modelo em questão. Leme: De Direito, 2001.

MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do direito**. 2. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva Martins Junior. **Controle da administração pública pelo Ministério Público** (Ministério Público defensor do povo). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Estado de direito e o direito do Estado**: outros escritos. São Paulo: Lex, 2006.

_____. **Uma breve teoria do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Patrick Salgado. **Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MARX. **A miséria da filosofia**; tradução Paulo Roberto Banhara. São Paulo: Escala, [2007].

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito**: dos modernos aos contemporâneos. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATTHEWS, Timothy. **Marxismo Cultural: a conspiração e corrupção da Escola de Frankfurt.** Disponível em: <http://omarxismocultural.blogspot.com.br/2014/10/a-conspiracao-e-corrupcao-da-escola-de.html>. Acesso em 25 nov. 2016.

MATTOS, Saulo, Desmistificando a busca da verdade no processo penal, Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, 2008, vol. 9, 94.Disponível em: <www.juspodivm.com.br/jp2/artigos.asp?notId=460> Acesso em 17 jan.2016

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 6. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público.**Revista eletrônica de CEAF, Porto Alegre, v. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art4.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicionalidade das leis**; prefácio Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2009.

_____. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e direitos humanos**: o processo penal sob perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Da ação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido processo legal e indevido processo penal**: Constituição versus burocratização no processo. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **A compreensão virtuosa do direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica.** Revista brasileira de estudos políticos, v. 97, p. 72-104, 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/54/52>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros,2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2. tir. São Paulu: Malheiros, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELO, André Luís Alves de. **Dossiê pela reengenharia jurídica no Brasil**. São Paulo: Iglu, 2000.

_____. **República dos Bacharéis no século XXI: Corporativismo, má-gestão, e excesso de justiça gratuita dificultam acesso aos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELO, André Luís Alves de. **Inovações no processo penal italiano evidencia atraso no Brasil.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-10/andre-melo-atraso-processo-penal-brasileiro-parece-intencional>. Acesso em 25 nov. 2016.

_____. **Participação jurídica e popular na elaboração das leis** (uma necessidade). Leme: Direito, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coords.). **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES. Israel Ventura. **Os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, em face do processo democrático.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11389&revista_caderno=22>. Acesso em: 22 ago. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Correlação – Princípio da Oportunidade e Política Criminal** Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/4220-correlacao--principio-da-oportunidade-e-politica-criminal>. Acesso em 30 jul.2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Reflexões sobre o princípio da oportunidade**. Disponível em:<http://ambito-Juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3391&revista_caderno=11>. Acesso em 17 jan.2016.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MINAGÉ, Thiago. **Processo penal constitucional**. Rio de Janeiro: Quileditora, v. 1, 2012.

MINAS GERAIS. **Codigo do processo penal**. Belo Horizonte: Imprensa Official de Minas Gerais, 1931.

Ministério Público Federal. **Enccla: definição de prioridades garante transparência e efetividade à persecuão penal.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/enccla-seminario-discute-estrategias-para-tornar-atuacao-criminal-mais-eficiente>. Acesso em: 04 out. 2016.

Ministério Público Federal. Enunciados. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em 25 nov. 2016.

Ministério Público Federal. Orientação Conjunta nº 01/2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/Orientacao%20Conjunta%202a%205a%20e%207a%20CCRs.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Ministério Público Fedderal. Orientação nº 25/2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-25. Acesso em 25 nov. 2016.

Ministério Público Fereral. Orientação nº 30. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-30>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Ministério Público Federal. Orientação nº 26. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-26>. Acesso em: 25. Nov. 2016.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**; tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Fabio Trevisan. **Estado de direito e segurança pública**. Santa Maria: Pallotti, 2009.

MORAES, Henrique Viana Bandeira**. Das funções da pena**. Revista âmbito jurídico, Rio Grande, v. 16, n. 108, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 16 jan. 2016.

MORAES, Voltaire de Lima (org.). **Ministério Público, direito e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Fundamentação do direito em** . 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MORETTO, Thaís Zanetti de Mello. **Da realidade social ao discurso jurídico-penal**: o encerramento feminino por tráfico de drogas e o insucesso do proibicionismo criminalizador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORISCO, Sabino; PAPAGANO, Claudio. **Dall'obbligatorietà ala discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale**: "Pacchetto sicurezza". Milano: Giuffrè, 2008.

MOTA, José Luís Lopes da. A Constituição Europeia e a questão do procurador europeu: a eurojust, embrião de um futuro procurador europeu. **Revista do Ministério Público**. Lisboa: Sindicato dos magistrados do Ministério Público, n. 98, p. 111-127, abr./jun. 2004.

MOTTA, Fernando C. Prestes. **O que é burocracia**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

MOTTA, Fernando C. Prestes; PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Introdução à organização burocrática.** 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. reimp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2001.

MUBARAK, Danielle Dutervil. COSTA, Bruna Khede Rodrigues da**. O princípio da oportunidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19466/o-principio-da-oportunidade#ixzz32g9EmgLi>. Acesso em: 22 ago. 2016.

MUKUAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**; tradução Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MURUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos humanos**: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos. São Paulo: Bookseller, 2005.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Da citação por edital do acusado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Dos pressupostos processuais penais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NASCIMENTO, Edmundo Dantès. **Lógica aplicada à advocacia (técnica de persuasão)**. São Paulo: Saraiva, 1981.

NASCIMENTO, José Eduardo **As Condições da Ação no Processo Penal à Luz da Lei 11719/08.** Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp134868.pdf, Acesso em17 jan. 2016.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e . Tradução Marcelo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. **Penas restritivas de direitos**: alternativa de punição justa. Curitiba: Juruá, 2008.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NÓBREGA, Francisco Pereira. **Compreender Hegel**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

Normas e Princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. Verbatim, 2009.

NUNES, César Aparecido. **Aprendendo filosofia**. 5. ed. Campinas: Papirus, 1993.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: Como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA FILHO, João de. **Codigo do processo penal de Minas Gerais**. São Paulo: Casa Duprat e Casa Mayença, 1927.

OLIVEIRA, André Luis Tabosa de. **A acusação responsável como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e barbárie**: a face oculta do garantismo penal. São Paulo: Conceito, 2011.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e barbárie**: a face oculta do garantismo penal. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

_____. **O conceito de acusação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. **Imputação objetiva e causalidade penal**: categorias dogmáticas penais e suas teorias. Curitiba: Juruá, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Diário de classe. **Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**: (tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?). Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, v. 13, 2004.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Tradução de HeitorFerreira. 61. ed. São Paulo: Globo, 1999.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

PALLAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**; tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. Tradução Raimundo Vier. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional: representação e ação sócio-educativa pública**. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-182livro-2---tema-ato-infraconal>. Acesso em : 17 ago. 2016.

PAVARINI, Massiano; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal**: uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2012.

PAZINATO, Eduardo. **Do direito à segurança à segurança dos direitos: uma análise sociopolítica e criminológica acerca dos sentidos da participação na gestão de políticas municipais de segurança na contemporaneidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

PAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREZ, Augusto Martinez.**Transformações do Estado: caráter das mudanças**; coordenação. Franca: UNESP-FDHSS, 1998.

PESSINA, Enrico. **Teoria do delito e da pena**. Tradução Fernanda Lobo. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

PIAGET, Jean. **O juízo moral na criança**. 4. ed. São Paulo: Summus editorial, 1994.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica.** 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIMENTA, José da Costa. **Introdução ao processo penal**. Coimbra: Almedina, 1989.

PINHEIRO, Aline. **Os direitos nem sempre são uma coisa boa e ampliá-los nem sempre é uma boa idéia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/entrevista-anna-pintore-professora-universidade-cagliari>. Acesso em 19 ago. 2016.

PINHEIRO, Aline. **Em nove países europeus, advogado é dispensável.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-05/reu-nao-precisa-de-advogado-em-9-paises-europeus>. Acesso em: 20 out. 2016.

PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIRAGIBE, Vicente. **Consolidação das leis penaes**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Portugal: Coimbra, 1989.

PORTELA, Solano. **O que estão ensinando aos nossos filhos?**: uma avaliação crítica da pedagogia contemporânea a presentando a resposta da educação cristã. São José dos Campos: Fiel, 2012.

PÔRTO, Inês da Fonseca. **Ensino jurídico, diálogos com a imaginação**: construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

PORTO, Pedro Rui da Fontura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e desafios**. 01. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.

Prescrição de crimes contra mulheres é desafio a ser vencido. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2016/08/24_comis_mulheres_discussao_dez_anos_lei_maria_penha.html>. Acesso em: 21 out. 2016.

715 presos para cada 100 mil habitantes nos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.dn.pt/dossiers/sociedade/crimes-violentos/noticias/interior/715-presos-por-cada-100-mil-habitantes-nos-estados-unidos-1015026.html>. Acesso em: 05 dez. 2016.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUJOL, Alfredo. **Processos criminaes**. São Paulo: [s.n.], 1908.

QURINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de. **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rosseau. São Paulo: T. A. Queiroz, v. 2, 1992.

RAMACCI, Fabrizio. **Codice penale e leggi complementari**. Milano: Giuffrè, 2011.

RAMIÃO, Rúben Miguel Pereira. **Justiça, Constituição & Direito**; prefácio David Duarte. Lisboa: Quid Juris, 2013.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Saulo. **Código da vida**: fantástico litígio judicial de uma família: drama, suspense, surpresas e mistério. 7. reimp. Planeta, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. anotada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria tridimensional do direito**: preliminares históricas e sistemáticas. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

RECOMENDAÇÃO REC(2000)19**. O papel do Ministério Público no sistema de justiça penal.** Disponível em: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=14%2065318&SecMode=1&DocId=1524872&Usage=2>. Acesso em: 16. jan. 2016.

Recomendação REC (2000)19. **O papel do Ministério Público no sistema de justiça penal.** Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b9659>. Acesso em: 25 nov. 2016.

REGO, Francisco de Assis do; ROCHA JÚNIOR, Monteiro. **Recursos no Supremo Tribunal de justiça do império**: o liberalismo penal de 1841 a 1871. Curitiba: Juruá, 2013.

Relatório da pesquisa prisões em flagrante na cidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justica_prisoesflagrante_pesquisa_web.pdf>. Acesso em 19 ago. 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan./mar. 2002.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, abr./jun. 2005.

REVISTA JURÍDICA UNIJUS- Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 1, n. 1, Uberaba: UNIUBE, 1998.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 33, ago./set. 2005.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

REZENDE, Antonio (org.). **Curso de filosofia para professores e alunos dos cursos de ensino médio e de graduação**. 16. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **O que é positivismo**. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1998.

RIBEIRO, Bruno de Morais. **Defesa Social e "Direito penal do inimigo"**: visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Dimensão Constitucional e repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO,Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (orgs.).**O tribunal constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direitos e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, Zélio Maria da. **A reforma do judiciário**: uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODAS, Sérgio. **MP não vive onde punitivista, apenas segue a lei, dizem especialistas.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-26/mp-nao-vive-onda-punitivista-apenas-segue-lei-dizem-especialistas>. Acesso em: 20 out. 2016.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito constitucional**: tomo I: o tribunal constitucional português na era (des)promoção dos direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra: Letras e Conceitos, 2011.

RODRIGUES, Cunha. **Em nome do povo**. Coimbra: Coimbra, 1999.

RODRIGUES, Fernando. **Número de presos no Brasil mais que dobra em 14 anos**. Disponivel em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/26/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/>. Acesso em: 20 out. 2016.

RODRIGUES, Joana Amaral Cabouco. **Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência?**. São Paulo: Almedina, 2012.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo:** um novo perfil institucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2858/uma-visao-critica-do-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança:** em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, F. A. de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

ROSA, Igor Ramos. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. TraduçãoGercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROZA, Innocencio Borges da. **Manual de teoria e pratica do processo penal**. Porto Alegre: Oficinas Gráficas da Livraria do Globo, v. 1, [s.d.].

BARBOSA, Ruchester Marreiros**. Seletividade punitiva e inquérito policial**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/seletividade-punitiva-e-inquerito-policial/>. Acesso em: 25 nov. 2016.

RUSCHEL, Aírton José. **Processos penais**: tempos e influências. Curitiba: Juruá, 2010.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. Ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel (coords.). **Ministério Público**: vinte e cinco anos do novo perfil. São Paulo: Malheiros, 2013.

SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público**. Belo Horizonte: Mandamentos, FCH/FUMEC, 2008.

SALDANHA, Nelson. **Legalismo e ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. 1. ed.São Paulo: Rideel, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SALGADO, Luiz Roberto Saraiva. **Demolindo mitos e construindo pontes**: Ministério Público, nova arquitetura da unidade. Rio de Janeiro: do Autor, 2011.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SALLES Jr., Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência e prática. 1. ed. Bauru: Jalovi, 1978.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. Bahia: Progresso, 1954.

SAN'ANNA, Vanya (coord.). **O que são ditadura**;. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **A legitimidade da pena estatal**: uma breve análise das teorias da pena; tradução Nivaldo Brunoni. Florianópolis: Conceito, 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. **Promotor de Justiça: agente político ou funcionário público?** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7149/promotor-de-justica#ixzz2y8WevIfD>. Acesso em 18 ago. 2016.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O conflito real entre regras e princípios e a reserva do possível no regime jurídico-administrativo: uma reinterpretação do caso concreto**. UNB: Brasília, 2011

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTIN, Valter Foleto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru: EDIPRO, 2001.

SANTO, Davi do Espírito. **Acusação ou ficção? Abrindo uma clareira na *opiniodelecti*com a verdade hermenêutica**. Revista eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 4, p. 40-60, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32844-40774-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, v. 134, 2007.

SANTOS, Eduardo Rodrigues**. Princípios processuais constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos críticos de criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Direito processual penal & insuficiência metodológica**: a alternativa da mecânica quântica. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Rogerio Dultra dos (org.). **Direito e política**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____ (org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. **Justa causa no processo penal brasileiro: um conceito polêmico**. Jus Navigandi, v. 2482, p. 14700, 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14700/justa-causa-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 16 jan. 2016.

SÃO PAULO. **Projecto do código do processo penal do estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 1931.

SAPORI, Luís Flávio. SOARES, Gláucio Ary Dillon. **Por que cresce a violência no Brasil?** Belo Horizonte: Autêntica Editora: Editora PUC Minas, 2014.

SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal**. Disponível em: <**http://www.massud-sarcedo.adv.br/site/artigos.php?id=39**>. Acesso em 18 jan. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades** Disponível em: : <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf >. Acesso em 23 jan. 2016

SCHARFENBERG, Ewald. **Cresce a violência em Caracas, com mais de 500 homicídios em julho**. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/04/internacional/1470270197_693779.html. Acesso em: 20 out. 2016.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**; tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCOCUGLIA, Lívia. **Obrigatoriedade da ação penal atrasa decisões relevantes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-21/obrigatoriedade-acao-penal-furtos-atrasa-decisoes-crimes-graves>. Acesso em 16 ago. 2016

SCOZ, Alexandre Silvia. **Ensino jurídico de graduação brasileiro**: ensaio sobre a produção do direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica**: manual dos cursos de direito. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2004.

Seminário Internacional. Sistema Penal Acusatório realidades e perspectivas. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Carta_Semin%C3%A1rio_Internacional.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2016.

Seminário Internacional "Sistema Penal Acusatório: realidades e perspectivas". Disponível em: < http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/seminario-internacional-sistema-penal-acusatorio-realidades-e-perspectivas>. Acesso em: 30 nov. 2016.

SÈROUSSI, Ronald. **Introdução ao direito inglês**: norte-americano. Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. **Economia política da pena**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SEVILHA, Alberto. **Ministério Público de Contas: O Ministério Publico Junto aos Tribunais de Contas** . Disponível em: <http://www.tce.to.gov.br/mpc/index.php?option=com_content&view=article&id=26:o-ministerio-publico-junto-aos-tribunais-de-contas&catid=4:artigos&Itemid=7>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SHEHERAZADE, Rachel. **O Brasil tem cura**. 1 ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2015.
SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e medição penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Cátia Ainda. **Justiça em jogo**: novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

SILVA, Danielle Souza de Andrade Silva e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. **Manual de direito processual penal acusatório doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Edmar Carmo da. **O princípio acusatório e devido processo legal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

SILVA, Edimar Carmo da. **Perfil material do princípio acusatório e ministério público: implicações jurídico-processuais**. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1880>. Acesso em: 22 ago. 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, Florencio de Abreu e. **Novos commentarios ao código do processo penal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1922.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal I**. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Verbo, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2005.

SILVA, Josiele Leffa. **A justa causa no processo penal**. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais Faculdade de Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/josiele_silva.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. **As políticas criminais contemporâneas – Ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus.** Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-8-2013-julho-setembro-de-2003/as-politicas-criminais-contemporaneas-enfase-nas-reformas-dos-sistemas-processuais-europeus>. Acesso em 22 ago. 2016.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVA, Mozart Linhares da. **O império dos bacharéis**: o pensamento jurídico e organização do estado-nação no Brasil. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e constituição**: outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido Processo Legal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVÉRIO JUNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Processo penal fraterno**: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMON, Anthony. **Considerações sobre o Ministério Público Norte-Americano.** REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 78, v. 640, p.7-18. fev. 1989.

SIQUEIRA, Galdino. **(Homenagem prestada pela Associação do Ministério Público do Distrito Federal)**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949.

_____. **Curso de processo criminal**. 1. ed. São Paulo: Revista de Direito, v. 16, 1910.

_____. **Curso de processo criminal**. 2. ed. rev. e argum. São Paulo: Magalhães, 1917.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral, tomo I. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

_____. **Direito penal brazileiro**: segundo o codigo penal mandado executar pelo decr. n. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. 2. ed. corr. e argum. Rio de Janeiro: Jacyntho, v. 1, 1932.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Ministério Público: "opinio delicti", consequência vinculatória.Justitia**. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/d257zb.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tuteia penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. 3. ed. 6. reimp. Buenos Aires: Argentina, 1973.

SOUB, Maria Anaides do Vale Siqueira. **O Ministério Público na jurisdição penal internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUSA, J. L. Ribeiro de. **Processos criminaes e commentarios às leis penaes em vigor**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1929.

SOUTO, Maria Stella Villela. **ABC do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1959.

SOUZA JR., José Geraldo de Souza. **Para uma crítica da eficácia do direito**: anomia e outros aspectos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. 1. ed. 9. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Alexander Araujo de. **O abuso do direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Alexander Araujo de (org.). **Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público**. 01. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. **Funcionalismo: a quebra da barreira entre política criminal e direito penal.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Professor/anima4-Carlos-Miguel.pdf />. Acesso em: 17 jan. 2016SOUZA, Luiz Antonio de Aguiar. **Processo criminal paulista**. São Paulo: Typographica, 1902.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade**. São Paulo: Método, 2007.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Princípios de direito ambiental, do consumidor, de improbidade administrativa e do patrimônio cultural**. São Paulo: CPC, 2001.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Temas de direito processual penal constitucional aplicado**. Niterói: Impetus, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós-reforma de 2008. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUZA, Wilson Alves**. O acesso à Justiça e o princípio do processo devido em direito**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-e-o-princ%C3%ADpio-do-processo-devido-em-direito>. Acesso em 10 ago. 2015.

STAMFORD, Artur. **Decisão Judicial**: dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 126

STRECK, Lênio Luiz; **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

STF nega 35º recurso do ex-senador Luiz Estevão em processo por desvio de verbas do TRT-SP. Disponível em: <http://wp.clicrbs.com.br/cenariopolitico/stf-nega-35o-recurso-de-ex-senador-luiz-estevao-em-processo-por-desvio-de-verbas-do-trt-sp/?topo=52>. Acesso em: 20 out. 2016.

Superior Tribunal de Justiça. **Fazenda Nacional apresenta projeto para arquivamento de recursos no STJ**. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Fazenda-Nacional-apresenta-projeto-para-arquivamento-de-recursos-no-STJ. Acesso em: 04 out. 2016.

SUXBERGER, Antonio. **Ministério Público e Política Ciminal**. São Paulo: Juruá, 2010

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1. ed. 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**: causas e consequências da antinomia entre lei e constituição. Mestrado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (P.U.C), São Paulo, 1998.

_____. **Curso de direitoconstitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Fernando Horta (coord.); SOUSA, Simone Letícia Severo e (organ.). **Teoria Geral do direito público**: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do estado de direito democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

Taxa de aprisionamento aumenta 67% em 10 anos no Brasil. Disponível em: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2016/04/26/taxa-de-aprisionamento-aumenta-67_porcento-em-10-anos-no-brasil-232927.php>. Acesso em 05 dez. 2016.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal:** parte especial: arts. 121 a 212, volume 2. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. 2. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial**: estudos dos sistemas brasileiro, americano e italiano. Curitiba: Juruá, 2011.

TEXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**: manifestações e sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. reimp. Coimbra: Almedina, 2000.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**: o crime e o criminoso entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Verdade e conhecimento**; tradução: Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TOMÁS, S. **Tratado da justiça**; tradução Fernando Couto. Porto: RÉS, [s.d.].

TOMAZI, Nelson Dacio (coord.). **Iniciação à sociologia**. 2. ed. rev. e ampl. 6. reimp. São Paulo: Atual, 2000.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1983.

_____. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1983.

_____. **Curso de processo penal**. 7. ed. de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1990.

_____. **Curso de processo penal**. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1995.

TORRES, Daniel; APOLINÁRIO, Márcio. **IBGE: maioria das vítimas de roubo e furto não procuram a polícia.** Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ibge-maioria-das-vitimas-de-roubo-e-furto-nao-procura-a-policia/n1237867995108.html>.Acesso em: 17nov. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 17. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOVO, Paulo Cláudio. **Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

TRAVESSONI, Alexandre (coord.). **Kant e o direito**: Immanuel Kant. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

TUCCI, Rogério Laura. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

UNIJUS: Revista jurídica. Uberaba: UNIUBE, v. 12, n. 16, mai. 2009.

VACCARO, Michele Angelo. **Origem e funções das escalas penais**.Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

VARGAS, Denise. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 1999.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Seletividade na persecução penal.** Disponível em: <http://jota.info/seletividade-na-persecucao-penal>. Acesso em: 16 jan. 2016.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. **Colaboração Premiada e o Não oferecimento da denúncia: o espaço da oportunidade do art. 4º da Lei 12.858/13.** Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/colaboracao-premiada-e-nao-oferecimento-da-denuncia-o-espaco-de-oportunidade-do-art-4-o-%C2%A7-4-o-da-lei-12-8502013/>**.** Acesso em 18 jan. 2016

VASCONCELLOS, Marcos de. **Réu como inimigo: "in dúbio pro societate é um mito no processo penal Brasileiro"**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-21/entrevista-fabricio-campos-conceicao-giori-criminalistas>. Acesso em 22 ago. 2016.

VAZ, A. M. Pessoa. **Papel e organização de magistrados e advogados nas sociedades contemporâneas**: IX Congresso Mundial de Direito Judiciário. Algés: Gráfica 2000, 1995.

VELOSO,Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. rev., atual. eampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Filosofia do direito**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

VENTURA, Paulo Roberto Leite. **Direito processual penal resumido**. Rio de Janeiro: Rio, 1974.

VERGARA, Pedro. **Das penas principais e sua aplicação**. Rio de Janeiro: Boffoni, 1948.

VERGARA, Rodrigo. **A origem da criminalidade**. Super interessante. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/a-origem-da-criminalidade>. Acesso em: 16 jan. 2016.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do crime**: Uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: AGE, 2006.

VIERO, Eliana Endres. **Mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública em face do instituto da delação premiada.** Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/112528. Acesso em: 17 jan. 2016

VIETO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (coords.). **Ministério Público II**: democracia. São Paulo: Atlas, 1999.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLELA, Patrícia (coord.). **Ministério Público e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VITA, Álvaro de. **Justiça liberal**: argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

VITA, Luís Washington. **Que é filosofia**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1965.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [onda puntativa]. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. 3. ed. rev. e ampl. Revan, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WATANABE, Kazuo. **Perfil do réu nos delitos contra o patrimônio (furto e roubo)**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 97, n. 356, p. 433/436, 2001.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. 2. tir. Campinas: Romana, 2004.

_____. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. **Direitos adquiridos**: um reexame necessário. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

WUNDERLICH, Alexandre et al. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WUNDERLICH, Alexandre et al. **Garantias constitucionais e processo penal**; organização Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal**: em homenagem ao professor Paulo ClaúdioTovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

YouTube. Ligação entre PCC e as Farc. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZMO9sK9ipgo>. Acesso em: 05 dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **El sistema penal argentino**. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZANATTA, Airton. **A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ZEIDAN, Rogério. **Direito penal contemporâneo**: fundamentos críticos das ciências penais. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZEIDAN, Rogério. **Jus puniendi, estado e direitos fundamentais**: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

ZYMLER, Benjamin. **Política e direito**: uma visão autopoiética. Curitiba: Juruá, 2002.