

Acordos de não Persecução Penal e Cível

Coordenação

Rogério Sanches Cunha
Francisco Dirceu Barros
Renee do Ó Souza
Rodrigo Leite Ferreira Cabral

Autores

Alexandre Rocha Almeida de Moraes
Américo Bedê Freire Junior
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Andrey Borges de Mendonça
Daniele Machado Toledo
Flávio Eduardo Turessi
Francisco Dirceu Barros
Jamil Chaim Alves
Letícia Lemgruber
Patrícia Eleutério Campos Dower
Renee do Ó Souza
Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Rogério Sanches Cunha
Vladimir Aras
Wallace Paiva Martins Junior

2024

3ª edição

Revista, ampliada
e atualizada

UM PANORAMA SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A, CPP) – VERSÃO MODIFICADA E ADAPTADA À LEI ANTICRIME

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Sumário • 1. Introdução – 2. Influências para a criação do acordo de não persecução penal – 3. Razões político-criminais para o acordo de não persecução penal – 4. Sobre os requisitos para a celebração do acordo de não persecução – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A avaliação geral de quem trabalha no sistema de justiça criminal brasileiro é de que as coisas não vão nada bem. Sente-se que, cada vez mais, aumentam os números da cifra oculta. Assim, um grande percentual de delitos que são cometidos, jamais chegam às agências estatais de persecução penal. Constata-se, também, que a investigação criminal no Brasil é, em termos gerais, um grande fracasso. Em regra, a autoria e participação em delitos somente é identificada quando existe prisão em flagrante dos envolvidos. Ademais, verifica-se que os casos que efetivamente chegam às Varas Criminais têm, normalmente, tramitação morosa e sofrem com um infindável número de incidentes e dificuldades

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide/Espanha. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do *Max-Planck-Institut* para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg/Alema- nha. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

burocráticas. Obter uma sentença penal com trânsito em julgado, parece algo quase inalcançável para os delitos graves.

O problema está posto e as alternativas para a sua solução devem ser buscadas, de forma obstinada, por aqueles que, de algum modo, têm compromisso com a aprimoramento do nosso sistema penal, sob pena de o quadro acima delineado deteriorar-se, ainda mais, e, quem sabe, chegarmos a um patamar praticamente intolerável.

Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente, eficaz e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o Juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o *full trial*, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos.

É evidente que essa não é uma solução perfeita. Num mundo ideal, a melhor opção seria levar todos os casos a um juízo plenário. No entanto, temos que lidar com os problemas reais, de pessoas de carne e osso. Nosso país longe está desse mundo ideal, os recursos são escassos e as práticas ilícitas são elevadas. Existe uma carga desumana de processos que se acumulam nas Varas Criminais do país, que causam sérios prejuízos e atrasos no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais.

O diagnóstico da imprescindibilidade de soluções alternativas à persecução em juízo de todos os casos penais não é exclusivo do Brasil. Por exemplo, em países como a Alemanha, a conclusão acerca da necessidade da implantação do princípio da oportunidade é apresentada como inexorável, inclusive por penalistas que são abertamente contrários ao instituto do acordo, como é o caso de Bernd SCHÜNEMANN. Referido professor reconhece que:

“O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades

pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento.”²

A conclusão pela imprescindibilidade da implementação de um sistema penal de acordo é tão amplamente aceita, que há autores, como ROSA e LOPES JUNIOR, que chegam a afirmar que somente: “Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais.”³

De tal maneira, é possível concluir que a realização de acordos penais no Brasil – apesar de não ser a única e suficiente alternativa para a resolução dos graves problemas de nosso sistema – afigura-se como uma medida imprescindível e urgente para deflagrar um sério processo de aprimoramento e reforma do modo com que é realizada a nossa persecução penal.

Foi precisamente essa necessidade de buscar-se soluções céleres e efetivas, que inspirou a edição do art. 18 da Resolução n. 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público (posteriormente, reformado pela Resolução n. 183/18), que criou a possibilidade da celebração de acordo de não persecução penal e que, também, levou o legislador a inserir o art. 28-A em nosso Código de Processo Penal, que estabeleceu, formalmente em lei, o aludido acordo de não persecução penal, que será objeto de estudo nesta parte do trabalho.

² SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global*, in Obras. Tomo II, Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2009, p. 423. Tradução minha.

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JUNIOR, Aury. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP, in: <http://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>, consultado no dia 09.10.2017.

A criação do acordo por meio de Resolução do CNMP gerou bastante polêmica, especialmente com relação à sua constitucionalidade⁴, sem embargo, desde a sua edição, o instituto encontrava-se em pleno vigor e já vinha sendo aplicado em um considerável número de casos⁵.

Nada obstante essa inclusão do instituto no Código de Processo Penal, é importante fazer aqui uma breve retrospectiva de sua criação, inclusive, para contextualizar o conteúdo normativo da nova Lei.

2. INFLUÊNCIAS PARA A CRIAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Quando o Conselho Nacional do Ministério Público criou, por meio de resolução, o acordo de não persecução, me parece, que se tinha bastante claro que a melhor forma de ampliar o emprego do consenso em

⁴ No sentido da constitucionalidade dessa criação via Resolução, cf.: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP), versão ampliada e revisada, in *Acordo de Não Persecução: Resolução n. 181/2017 do CNMP*. Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu de Barros, Renee do Ó de Souza e Rodrigo Leite Ferreira Cabral (orgs.). Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 30 e ss. No sentido da inconstitucionalidade dessa criação, confira-se, por todos, cf.: ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução n. 181 do CNMP – artigo 18º, in *Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, pp. 212 e seguintes. É importante registrar que foram ajuizadas, ainda no ano de 2017, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal sustentando a inconstitucionalidade do instituto, as ADIs n. 5.790 e 5.793, respectivamente, pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que foram distribuídas ao Min. Ricardo Lewandowski, que, aparentemente, não chegou a vislumbrar inconstitucionalidade patente, já que não decidiu ouvir o CNMP, a Câmara dos Deputados e o Senado, sem apreciar, de plano, o pedido de concessão de medida cautelar. Com a edição da Lei n. 13.964/19, que inseriu o art. 28-A, CPP, ao que tudo indica, a alegação de inconstitucionalidade formal restará prejudicada.

⁵ Ainda não foi realizada uma estatística nacional sobre o número de acordos de não persecução penal celebrados. No entanto, a título de exemplo, só no Ministério Público Federal foram realizados, até 04/11/2019, mais de mil acordos de não persecução (nesse sentido, vide: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-27/mpf-firmou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>). Além disso, o próprio MPF elaborou, por meio de orientação conjunta n. 03/2018, das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão, elaborou recomendação aos Membros do Ministério Público Federal a respeito da celebração de ANPPs. Interessante notar, também, que a Corregedoria Regional da Justiça Federal, expediu ofício o Circular n. 8721150, em que, implicitamente, recomenda a aplicação do instituto no âmbito do TRF 1ª Região.

nossa persecução penal seria a aprovação de lei nesse sentido, pelo Congresso Nacional⁶.

Infelizmente, a vida cotidiana nem sempre oferece soluções ideais e, esperar por elas, muitas vezes, pode custar muito caro ou pode nos oferecer respostas demoradas demais.

A situação do Sistema Penal brasileiro vinha se deteriorando. A impunidade e a falta de credibilidade vinham (e vêm) acarretando uma série de movimentos em nosso tecido social, que são altamente nocivos e que, uma vez instalados, acarretam extrema dificuldade para a recuperação da normalidade.

Nesse sentido, basta observar os preocupantes movimentos de milícias, de grupos de extermínio e de justiceiros que vêm se espalhando, com uma força cada vez maior, em nossa sociedade. Na própria polícia, tem-se notado um grande sentimento de revolta contra a impunidade. No meio de certas facções policiais e no seio de muitas comunidades e agrupamentos menos esclarecidos, a revolta contra a impunidade tem se transformado em um aberto ataque aos direitos humanos. Como se não fosse possível punir, respeitando-se os direitos fundamentais. Esse movimento de rebelião contra o sistema normativo posto, ainda que muitas vezes camufle tentativas de legitimar a violência policial, não pode ser ignorado ou menosprezado, já que representa um sério sintoma de uma situação pré-falimentar do sistema penal⁷.

⁶ O que veio acontecer, posteriormente, pela Lei n. 13.964/19, com a inclusão do art. 28-A, CPP, a exemplo do que ocorreu, como se verá, no caso francês e alemão.

⁷ Sobre esse movimento de resistência e rebelião contra o sistema normativo e que é decorrente da ausência de reconhecimento, derivada da impunidade e falta de credibilidade do sistema de justiça criminal, pode ser compreendido com a seguinte explicação de HONNETH: *“(...) os motivos de resistência social e da rebelião se forma no quadro de experiências morais que procedem da infração de expectativas de reconhecimento profundamente arraigadas. Tais expectativas estão ligadas na psique às condições da formação da identidade pessoal, de modo que elas retêm os padrões sociais de reconhecimento sob os quais um sujeito pode se saber respeitado em seu entorno sociocultural como um ser ao mesmo tempo autônomo e individualizado; se essas expectativas normativas são desapontadas pela sociedade, isso desencadeia exatamente o tipo de experiência moral que se expressa no sentimento de desrespeito. Sentimentos de lesão dessa espécie só podem tornar-se a base motivacional de resistência coletiva quando o sujeito é capaz de articulá-los num quadro de interpretação intersubjetivo que os comprova como típicos de um grupo inteiro.”* HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 258.

Tal contexto exigia (e exige) – não um Direito penal de emergência – mas o desenvolvimento de um movimento sério de solução institucional dos nossos problemas.

Por essas razões – apesar da constatação de que a solução legislativa seria a ideal – é que o Conselho Nacional do Ministério Público acabou optando por prever, por meio de Resolução, a possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal.

Como se verá, essa solução, sem autorização legal, foi adotada, também, em outros países de tradição claramente democrática. É dizer, não é a primeira vez que a implementação do consenso na persecução penal derivou de iniciativas institucionais, mesmo sem respaldo legal.

Ademais, vale lembrar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, já em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução n. 45/110, conhecida como Regras de Tóquio, já havia chamado a atenção sobre a necessidade da implementação de medidas alternativas ao processo penal, a serem tomadas antes do início da persecução em juízo.

Nesse sentido, o item 5.1. da referida Resolução, recomendava que:

“Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.”

No sistema brasileiro, em que o Ministério Público é o titular da ação penal, a única solução viável para o acolhimento da referida Resolução da ONU, era (e é) a adoção de critérios oportunidade pelo MP, com a possibilidade de abrir-se mão da ação penal, mediante cumprimento de obrigação de natureza não privativa de liberdade, exatamente nos termos propostos pelo CNMP e agora acolhidos pelo art. 28-A do Código de Processo Penal.

Assim, ainda que a Resolução da ONU não consubstanciasse norma vinculante, é certo que essa recomendação tem força de *soft law*, no sentido de impor um constrangimento ao Brasil, para a implementação de

tais medidas, o que somente reforça o acerto do legislador na ampliação do nosso sistema de acordo, relativamente aos delitos de pequena e média gravidade.

Essa, também, foi uma fortíssima fonte de apoio para que o Conselho Nacional do Ministério Público buscasse implementar o acordo de não persecução penal, por meio de uma Resolução, não aguardando, pois, a edição de uma Lei Federal, o que somente veio a ocorrer, como se sabe, mais de dois anos depois da Resolução n. 181/17 e possivelmente catalisada pela própria normativa do CNMP.

a) Da experiência estrangeira da implementação do acordo.

Afora a recomendação da ONU, verifica-se que, em outros países, a solução para os problemas de excesso de carga de trabalho, que dificultam a plena efetivação de uma Justiça Criminal, foram enfrentados por meio da adoção de um sistema de acordos penais.

Tal solução, porém, nem sempre decorreu de uma decisão do legislador, como se verá a seguir, ao se discorrer sobre a experiência francesa e alemã (que foram, também, importantes fontes de inspiração para a criação do acordo de não persecução penal).

i) A experiência francesa:

Na França, as primeiras experiências de soluções alternativas para os casos penais surgem não da lei, mas sim da iniciativa pessoal de juízes e promotores de justiça, que se conscientizaram da incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga de trabalho decorrente da persecução penal da delinquência de menor importância⁸.

De tal maneira, o surgimento do acordo penal na França:

“(...) é resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam a ser dinamizadas pela busca de soluções de ‘diversificação’, e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas no âmbito penal, como também no âmbito social em geral. (...) Nesse contexto, surgem as primeiras experiências de mediação penal, que não tinham fundamento normativo, com exceção do princípio da

⁸ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. *El modelo francés de mediación penal*, in: La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 181.

*oportunidade, previsto no CPP. Não é de estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade.”*⁹

Assim, como se vê, a realização dos acordos na França iniciou-se sem prévia autorização legislativa, o que levou a uma profusão desordenada desses negócios jurídicos.

Em virtude dessa prática, inicialmente, heterogênea é que surgiu, pela primeira vez, um processo de institucionalização dos acordos penais na França, por meio da Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992.

Referida regulamentação, em um segundo momento, fundamentou a aprovação da Lei n. 92-2, de 04 de janeiro de 1993, que promoveu uma importante reforma no procedimento penal francês, incorporando a mediação penal em seu sistema legal¹⁰.

Essa intervenção do legislador serviu precipuamente para suprir as dificuldades derivadas de uma prática forense não regulada, buscando, fundamentalmente, assegurar, também, o respeito à igualdade no trato dos delinquentes¹¹.

O acordo francês guarda muita semelhança com o modelo adotado pelo art. 18 da Resolução n. 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (mesmo porque serviu de fonte de inspiração para o CNMP) e agora pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, uma vez que na França:

*“o Promotor pode oferecer ao defensor a opção diversionista para o seu caso, evitando o julgamento criminal padrão, em troca da admissão da culpa e do preenchimento de condições, como o pagamento de multa, a entrega dos objetos utilizados no delito (ou objetos obtidos em virtude dele), a perda da carteira de motorista ou da autorização de caça durante determinado período de tempo, a prestação de serviços à comunidade e/ou a reparação do dano causado à vítima.”*¹²

⁹ *Ibidem.*, pp. 181-182.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 183.

¹¹ *Ibidem.*, p. 183.

¹² LANGER, Máximo. *From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis in criminal procedures*, in *World Plea Bargain: consen-*

Ademais, à semelhança do previsto do acordo de não persecução penal, no sistema francês, “*caso o investigado não aceite a oferta, ou não preencha os requisitos para o acordo, o Promotor simplesmente iniciará o procedimento formal*”, ou seja, oferecerá denúncia¹³.

A grande vantagem que a Resolução do CNMP ostentava em relação às práticas iniciais francesas, é que ela já trazia detalhadamente as hipóteses em que era possível celebrar o acordo, evitando-se, assim, a profusão desordenada de acordos, com prejuízos ao princípio da igualdade.

ii) A experiência alemã:

Na Alemanha ocorreu situação semelhante a francesa. O acordo penal iniciou-se em virtude das práticas dos Promotores de Justiça e Juízes, apesar da ausência de lei prevendo tal possibilidade¹⁴.

Sobre o fundamento da criação do acordo penal na Alemanha, TURNER consigna que:

*“O acordo penal foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, a medida que a carga de trabalho crescia. Defensores buscavam uma segurança maior e penas menores para os réus, em troca de sua cooperação. Considerando que a legislação não autorizava esses acordos, essa prática se desenvolveu de forma lenta e, inicialmente, se limitava aos casos de delitos sem violência.”*¹⁵

sual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 75.

¹³ *Idem*.

¹⁴ TURNER, Jenia. *Plea bargain across the borders*. New York: Aspen Publisher, 2009, p. 74.

¹⁵ *Idem*, p. 74. Assim, também, consignam VASCONCELLOS e MOELLER: “*Na Alemanha os acordos consensuais surgiram na prática forense, sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação.*” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa*, in Boletim Mexicano de Derecho Comparado, núm. 147, p. 15. Nesse sentido, sustenta TURNER que: “*A adoção pela Alemanha do ‘plea bargain’ ilustra como as práticas dos atores da lei podem se espalhar para novos territórios, sem uma intenção deliberada de importar conceitos estrangeiros. O acordo penal na Alemanha se desenvolveu informalmente e não em virtude da introdução de uma norma legal.*” TURNER, Jenia. *Plea bargain across the borders*. New York: Aspen Publisher, 2009, p. 73.

Ademais, como explica SCHÜNEMANN, “*esses acordos informais funcionam de forma similar ao plea bargaining dos Estados Unidos; sem embargo, com uma diferença: na Alemanha não contém acordos formais, mas sim apenas um acordo baseado na confiança e, por outro lado, neles o acusado não se declara culpado (guilty plea), mas apenas formaliza uma confissão que é valorada pelo Tribunal como meio de prova geral para a sua culpabilidade.*”¹⁶

A legalidade desses acordos foi questionada perante o *Bundesgerichtshof* (BGH), tribunal semelhante ao nosso Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, no dia 28 de agosto de 1997, que “*os acordos (Absprachen), que tenham por objeto a confissão do acusado em troca de uma diminuição da pena, são fundamentalmente possíveis. Eles não violam os princípios constitucionais e processuais.*”¹⁷

De tal maneira, conforme ensina ROXIN, para o referido Tribunal, “*é possível um arquivamento com imposição de condições, caso exista consenso entre o acusado e a Promotoria*”¹⁸.

Posteriormente, o legislador alemão acabou prevendo expressamente a possibilidade do acordo¹⁹. Sobre essa possibilidade, o *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional alemão, no dia 19 de março de 2013, consignou que: “*O legislador pretendeu fortalecer um procedimento comunicativo e aberto de negociação perante a Corte, mas não chegou a introduzir um novo modelo de processo consensual.*”²⁰

E continua a Corte Constitucional alemã, no referido voto: “*com o objetivo de realizar essa tarefa, o legislador, não apenas pretendeu normatizar o conteúdo permitido para o acordo e seu procedimento, como também enfatizar, através de um conceito legal, que a sua celebração somente pode ocorrer por meio de um acordo transparente, público e com plena*

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, in Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. 25, núm. 76, 2004, pp. 179-180. Tradução minha.

¹⁷ BGH 4 StR 240/97 – Urteil vom 28. August 1997 (LG Dortmund). Corpo do voto. Tradução minha.

¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 100.

¹⁹ É interessante consignar que a reforma legal operada na Alemanha, não chegou a inovar nas práticas legais, mas tão somente apresentou uma regulamentação mais detalhada.

²⁰ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 – Rn. (1-132). Corpo do voto. Tradução minha.

*documentação, de modo a permitir um pleno e efetivo controle judicial, entendido por ele como necessário.*²¹

Como se pode verificar, a Suprema Corte alemã reconheceu a possibilidade da realização de acordos penais (mesmo sem previsão em lei – já que, como dito, o legislador não chegou a criar um processo consensual). O único reparo imposto pela Corte foi a necessidade da realização de um acordo público, transparente e formalizado, já que, anteriormente, os acordos realizados eram informais e baseados apenas na confiança.

Aqui, a exemplo do que ocorreu no modelo francês, o sistema apresentado pela Resolução n. 181/2017, do CNMP, apresentou uma grande vantagem em relação ao sistema alemão.

Isso porque – além de não ter surgido da simples prática, mas sim de um ato normativo autônomo do Conselho Nacional – a resolução impôs uma negociação transparente, com necessidade de filmagem em áudio e vídeo de todo procedimento negocial, devendo o acordo ser devidamente celebrado por escrito e assinado pelo Membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Feita essa breve alusão às experiências estrangeiras que influenciaram a criação do acordo de não persecução penal, importante agora compreender suas razões político-criminais.

3. RAZÕES POLÍTICO-CRIMINAIS PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Existem soluções conhecidas para o problema do excesso de trabalho no Sistema de Justiça Criminal, que podem ser resumidas em três distintas medidas: **a)** o aumento proporcional do número de juízes e promotores para fazer frente ao excesso de serviço; **b)** a descriminalização de delitos, a ponto de diminuir drasticamente o número de processos; e **c)** a ampliação substancial da possibilidade de celebração de acordos em matéria penal, fundamentalmente para os crimes de média e baixa lesividade.

²¹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 – Rn. (1-132). Corpo do voto. Tradução minha.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DO CASO PENAL

Antonio Henrique Graciano Suxberger¹

Sumário • 1. Introdução – 2. Da Jurisdicionalidade da pena – 3. O direito de ação como garantia constitucional: a inafastabilidade da jurisdição – 4. O interesse processual como categoria inafastável no exercício da ação penal – 5. Uma pena que não é pena? – 6. Uma inevitável consideração criminológica – 7. Considerações finais – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 7 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 181, que “dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”. Em dezembro de 2019, o acordo de não persecução penal é positivado formalmente no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964 – popularmente nominada como Lei ou Pacote Anticrime. Para formalizar o acordo de não persecução penal, o legislador inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal (CPP), bem assim criou hipótese específica de manejo do recurso em sentido estrito contra a decisão judicial que recusar a homologação do acordo celebrado entre o titular da ação penal

¹ Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) da Universidade de Coimbra. Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e dos cursos de especialização da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Promotor de Justiça no Distrito Federal. O presente trabalho decorre da revisão e atualização, com novos pontos de problematização, do artigo publicado na 3ª edição do livro *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*, editado pela prestigiosa Juspodivm em 2020. Com a edição da Lei nº 13.964, são outros os pontos de discussão sobre o instituto. O autor, mais uma vez, agradece aos organizadores pela oportunidade de revisitar essas reflexões.

e o investigado – este sempre assistido por seu advogado (inciso XXV do art. 581 do CPP).

Nos termos do Código, o acordo de não persecução penal deve ser entendido como negócio jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado confesso de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. O Ministério Público e o investigado, sempre assistido por seu defensor, celebram um acordo por meio do qual, seguidamente à confissão extrajudicial do investigado, são avençadas determinadas condições assemelhadas a penas restritivas de direito. Homologado o acordo judicialmente e, se regularmente cumprido, opera-se extinção da punibilidade do fato sem a judicialização da imputação penal noticiada e sem solução de culpa pelo fato criminoso.

É medida *despenalizadora*, pois formaliza alternativa à formalização da acusação em juízo e, caso cumpra suas finalidades, autoriza a extinção da punibilidade do fato. Nisso reside o ponto mais relevante do acordo de não persecução penal formalizado no CPP: se, antes, quando da previsão por Resolução, o cumprimento do ANPP ensejava o arquivamento da investigação pelo Ministério Público por ausência de interesse processual; com a lei, o cumprimento regular do acordo autoriza a extinção da punibilidade do fato noticiado por ato judicial. Se, antes, o acordo derivava da regulamentação da discricionariedade persecutória do Ministério Público (o poder de decidir sobre o aforamento da ação penal); com a lei, o acordo se equipara a outras medidas despenalizadoras da legislação, especialmente a transação penal, para solucionar a punibilidade do fato noticiado sem a que se solucione a culpa penal em juízo.

O acordo de não persecução penal, ao autorizar excepcionalmente que o Ministério Público deixe de exercitar a ação penal, reconheceu entre nós um espaço próprio de oportunidade para o exercício da ação penal ou verdadeiramente minudenciou o que se entende por interesse processual para o exercício desse direito de ação? A resposta a esse questionamento tem por pano de fundo compreender a natureza jurídica das condições acordadas pelas partes no acordo: afinal, são penas?

O debate apaixonado, portanto, que coloca o acordo de não persecução penal em aparente tensão com a garantia constitucionalmente prevista de inafastabilidade da jurisdição – prevista no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição da República – reclama apreciação que revisa a

própria teoria geral do processo. Para tanto, enfrentaremos a compreensão do que se entende por *jurisdicionalidade da pena* e como o direito de ação se concretiza por meio da garantia da tutela judiciária. Na sequência, buscaremos explicitar as razões que amparam a opção legislativa de extinção da punibilidade do fato em razão do acordo que evita a ação penal. Enfrentaremos a natureza jurídica das medidas responsabilização trazidas no bojo do acordo de não persecução-penal – são penas no sentido estrito e, por conseguinte, jurisdicional do temo? Ao fim, pretende-se uma inevitável consideração de ordem criminológica, que versa sobre as consequências para o sistema de justiça criminal da adoção do acordo de não persecução penal como medida de aprimoramento da atuação pré-processual do Ministério Público e se essa previsão implica maior controle, ou não, da atuação persecutória do Estado.

Metodologicamente, o artigo se vale de revisão da literatura, prestigiando, tanto quanto possível, autores e obras reputadas como tradicionais e clássicas sobre os temas versados. Ainda, ocupa-se de revisitar as razões jurídicas que subjazem a escolha do legislador no detalhamento do instituto.

2. DA JURISDICIONALIDADE DA PENA

A lição tradicional que nos é transmitida, no Direito Processual Penal, vincula-se ao caráter inafastável e indelével da jurisdição como meio de realização da pena no Estado de Direito. A chamada jurisdicionalização da pena deriva da compreensão de que o processo penal viabiliza o pronunciamento sobre o fato tido como relevante para o Direito Penal. Não haveria, pois, pena sem a manifestação jurisdicional, pois a solução das questões atinentes ao direito de punir do Estado – *jus puniendi* – passam necessariamente pela manifestação do Poder Judiciário.

Lauria Tucci, pois, visualiza, a partir dessa compreensão de jurisdicionalização da pena, o que ele chama de *caráter inevitável da jurisdição penal*, isto é, sua inevitabilidade para realização da pena conduz à sua necessidade, afinal, a imposição de sanção penal só é possível por meio do que ele chama de ação judiciária.² Se a jurisdição penal se apresen-

² TUCCI, Rogério Lauria, **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

ta como meio inafastável para a realização da sanção penal, surge daí a compreensão de que o Estado tem o dever-poder de processar e julgar causas criminais.

A discussão a respeito da inevitabilidade da jurisdição penal conduz necessariamente ao que se compreende como o *conteúdo* dessa mesma jurisdição penal. Lauria Tucci, uma vez mais aqui referenciado, sustenta que esse conteúdo deve ser entendido como o poder-dever jurisdição de processar e julgar as causas penais somada à função de administrar a justiça criminal e à atividade em que o exercício desta função se efetiva (o processo penal propriamente dito).³ Assim, o processo penal destina-se à resolução de importante conflito de interesses públicos. Presta-se, verdadeiramente, a remover eventual desacordo entre o Estado e o particular que se veja acusado de prática criminosas a respeito da existência da infração penal, sua autoria e a correspondente sanção.

Não se pretende afirmar ou discutir se o conteúdo do processo penal reproduz, ou não, o conteúdo do processo tal como compreendido na teoria geral do processo ou mesmo pelo Direito Processual Civil. É de há muito conhecida a discussão de que o Direito Processual Penal trilha caminho próprio, mas, só por isso, não rechaça por completo as lições clássicas a respeito de temas como coisa julgada, ação, jurisdição e processo. É certo, e afirmamos tal compreensão arrimados tanto no pensamento de Lauria Tucci⁴ como também de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵, que a compreensão de lide a ser solucionada por meio do processo penal, inafastável e inevitável, é a materialização de dois interesses contrastantes, mas justapostos. De um lado, o Estado, que persegue a punição do culpado como corolário de sua titularidade do poder-dever de punir (*jus puniendi*); de outro lado, o particular, a quem interessa o resguardo e a asseguaração de seu direito de liberdade, que assume feição indisponível, vale destacar.

Essa conflituosidade que informa o processo penal não coloca esses atores de forma neutra ou desideologizada. Aliás, essa apresentação verdadeira dos atores da persecução penal, desde o juiz até as partes, é

³ *Ibid.*, p. 45.

⁴ *Ibid.*, p. 47.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **A lide e o conteúdo do processo penal**, Curitiba: Juruá, 1989, p. 47-48.

uma exigência da própria democracia que deve informar o processo penal. Não se exige que o legislador ou mesmo o julgador seja tomado por neutro, mas que se apresente e procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Se tal assertiva é verdadeira em relação ao legislador e ao próprio juiz, com maior razão quando dirigida aos atores do processo (as partes) e às aspirações político-criminais que realizam quando atuam no sistema de justiça criminal.

O mito da obrigatoriedade da realização da pena por meio do processo penal é carregado dessa pretensão de neutralidade já rechaçada há bastante tempo até mesmo pelo positivismo jurídico, que prestou considerável contribuição por meio da lição de, sob um enfoque estritamente formal, a democracia exige uma prévia delimitação das regras do jogo.⁶ Sabendo-se de antemão como atuam os atores do sistema de justiça criminal, a própria pretensão de inevitabilidade do processo passa a ser mais bem compreendida. Afinal, há razão para se exigir a realização do processo penal, com todos os seus custos e gravames, como meio inafastável de realização de interesses sociais, mesmo naqueles casos em que a solução de eventual conflito não seja exatamente necessária por meio do processo? Vejamos a seguir.

3. O DIREITO DE AÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL: A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A Constituição de 1988 previu, no inciso XXXV do art. 5.º, a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de garantia que assegura justamente o direito do cidadão de ter sua pretensão apreciada e, se o caso, tutelada pelo Poder Judiciário por meio da tutela jurisdicional.

Apresentamos a tutela judiciária, tal como positivada na Constituição, como uma garantia (e não como um direito). Afinal, o que assegura o mencionado inciso XXXV é o direito de ação. A eventual confusão entre o que seja a garantia constitucional e o seu conteúdo por

⁶ Por todos, BOBBIO, Norberto, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 12.

ela instrumentalizado – o direito de ação – não raro conduz ao próprio esvaziamento das garantias. Aliás, uma das razões que explicam a falta de efetividade de preceitos normativos no direito brasileiro é justamente a frequente confusão entre o que sejam os direitos e as garantias que os asseguram e, o que é mais grave, a redução das garantias desses direitos à compreensão estritamente jurídica dessas garantias.⁷

A ação penal, portanto, é compreendida justamente como o exercício do direito à jurisdição penal. E esta, como já destacamos anteriormente, assume caráter de inevitabilidade ou inafastabilidade quando temos um conflito entre a pretensão de fazer realizar o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade do particular que se veja acusado de prática criminosa. Afinal, se o *jus puniendi* é manifestação do atributo de soberania do Estado, que toma para si o monopólio da força legitimada, é forçoso concluir que a pena se dá justamente por meio do brocardo latino *nulla poena sine judicio*. É dizer: o *jus puniendi* do Estado se materializa, quando presente o conflito penal, por meio do processo penal. E este, por óbvio, se realiza por meio da provocação, da instigação, do ensejo nominado ação penal. O *jus puniendi*, portanto, é afirmado como um direito de coação indireta, pois só se mostra realizável processualmente.⁸ É útil, nesse sentido, a lição de Frederico Marques, que afirma a imprescindibilidade do exercício do direito à jurisdição (propositura da ação penal) “toda vez que o poder de império do Estado se acha sujeito a limitações no seu exercício, por depender de apreciação jurisdicional”.⁹ Assim, a ação penal é resultante das garantias individuais que tornam o *jus puniendi* um direito de coação indireta: afinal, ninguém pode ser condenado a uma pena criminal senão por meio de uma sentença judiciária. Como esse pronunciamento deve resultar de um processo e derivar de uma autoridade judiciária, a ação penal torna-se imprescindível,

⁷ Sobre a relevância da distinção entre direitos e garantias para a efetividade de prescrições normativas, cf. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, O Direito nas Políticas Públicas: o déficit de efetividade dos direitos é um problema normativo ou institucional?, in: CALHAO, Antônio Ernani Pedroso; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá (Orgs.), **Direitos Humanos e Democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 111–127.

⁸ TUCCI, **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**, p. 82.

⁹ MARQUES, José Frederico, **Elementos de direito processual penal - vol. 1**, 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 346.

“porque os órgãos jurisdicionais e o processo judiciário não se iniciam sem provocação que tire o órgão julgador da inércia, e instaure instância penal”.¹⁰

Entretanto, cabe aqui realizar uma distinção absolutamente relevante para o tema que tratamos no presente estudo. Toda solução de responsabilização de alguém que seja veja na iminência de responder a um processo-crime passa necessariamente pela persecução penal deduzida em juízo? A todo e qualquer exercício de responsabilização promovido pelo Estado corresponde inafastavelmente o exercício da ação penal?

A resposta imediata que se dá a essa pergunta conduziria à ideia de que toda e qualquer hipótese de responsabilização da pessoa que possa figurar como acusada numa persecução penal passaria pela ação penal aforada perante o Poder Judiciário. No entanto, é preciso rememorar que o exercício do direito de ação assume um sentido material e igualmente um sentido processual. Afinal, a ação penal não se confunde sempre e sempre com o exercício da pretensão do Estado que busca a responsabilização do particular por possível prática criminosa.

A pretensão, vale dizer, apresenta-se como gênero de que a ação é espécie. A toda pretensão corresponde uma ação, é certo, mas isso implica que o exercício da ação penal deve necessariamente ocorrer mesmo naqueles casos em que esteja presente a conflituosidade que é própria do conteúdo do processo penal?

Pontes de Miranda presta lição inestimável para a resposta a essa questão. Com efeito, quando distingue pretensão de ação, Pontes de Miranda leciona que “a exigibilidade através de órgãos do Estado de corpo que tutele o direito [...] não se limita à justiça. Quando se fala de acionabilidade e de exigibilidade judicial como sinônimos, parte do *quod plerunque fit*. Somente com essa advertência é possível usar-se a sinonímia”.¹¹

A partir dessa consideração, Pontes de Miranda extrai que a ação se exerce principalmente por meio de ação (entendida como remédio jurídico processual), isto é, por meio do exercício da pretensão à tutela

¹⁰ *Ibid.*, p. 347.

¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Tratado das Ações - Tomo I: Ação, classificação e eficácia**, 2. ed. São Paulo: RT, 1972, p. 110.

jurídica que o Estado criou (a ação penal a que se refere o art. 41 do CPP). A ação (materialmente considerada), contudo, exerce-se de outros modos. “Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica”.¹² Avançando nessa distinção, Pontes de Miranda sublinha que “a coerção jurídica nem sempre é judicial”.¹³ Porém, vale o esclarecimento: a pretensão à tutela jurídica é irrenunciável, ainda que sejam renunciáveis o direito, a pretensão ou a ação que, invocando aquela, a parte deduza *in iudicium*.

Nesse ponto é que a lição ponteana guarda pertinência com o nosso tema de estudo. Assim Pontes de Miranda conceitua a ação, compreendida no sentido material, do seguinte modo:

A ação existe durante todo o tempo que medeia entre nascer e precluir ou, ou por outro modo se extinguir. Como veremos, a prescrição não a faz precluir; só lhe encobre a eficácia. A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidental, tão estranha ao conteúdo daquela (= tão anterior é ela ao monopólio da justiça pelo Estado), que se pode dar (e é frequente dar-se) que se deduzam em juízo ações que não existem, tendo o Estado, por seus juízes, de declarar que não existem, ou não existiam quando foram deduzidas.¹⁴

Mutatis mutandis, o *jus puniendi* estatal é a ação de direito material a que se refere o jurista alagoano. E sua realização por meio da ação penal dá-se como elemento acidental. É a regra, certamente, mas não significa que seja inafastável em todo e qualquer caso em que presente esse *jus puniendi*. Essa lição ficará mais clara na sequência.

Pontes de Miranda afirma que a ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo, quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular age (reminiscência do ato de realização ativa dos direitos e pretensões) ou quando, nas hipóteses de pretensões que venham sendo satisfeitas por atos positivos ou negativos, ocorre a interrupção dessa conduta

¹² *Ibid.*, p. 110–111.

¹³ *Ibid.*, p. 111.

¹⁴ *Ibid.*, p. 114.

duradoura.¹⁵ Traduzida tal lição ao nosso campo de estudo, o direito de ação penal só surge quando a pretensão, compreendida como o direito de punir do Estado não se veja satisfeita de outro modo. Pontes de Miranda dá lapidar metáfora para a compreensão do tema: “a ação é inflamação do direito ou da pretensão”.¹⁶ Quando se deduz o direito de ação em juízo (*in iudicium*), “há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não há direito à pretensão, nem direito à ação”.¹⁷

Assim, o direito de ação seria o direito de “ação”, direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a “ação”. O direito, portanto, à tutela jurídica, com a sua pretensão (*jus puniendi*, no nosso caso) e o exercício dessa pelas ações (ação penal), é direito, no mais rigoroso sentido, pois “o Estado não é livre de prestar, ou não, a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou a si a tutela jurídica, a Justiça”. E arremata Pontes de Miranda: “O Estado tem o dever correspondente a esse direito, que é direito subjetivo e dotado de pretensão, um de cujos elementos é a ‘ação’, o remédio jurídico processual”.¹⁸

O resgate do escólio de Pontes de Miranda se mostra relevante porque é frequente a confusão entre o que seja uma afirmada inafastabilidade da jurisdição (prevista constitucionalmente) com a obrigatoriedade de provocação dessa jurisdição. É patente a existência de um direito subjetivo material, aqui compreendido como veículo do *jus puniendi*, que se mostra presente na tensão ou conflito entre a pessoa do acusado e o Estado antes e fora do processo. Mas há de ser igualmente clara a ideia de que o direito subjetivo processual não se confunde com esse direito subjetivo material: a razão de ser do direito subjetivo processual é tornar efetivo o direito material. E, se o direito material já se mostra efetivado, há razão para o exercício “esvaziado” dessa ação penal em juízo? A resposta é claramente negativa, pois, na expressão do jurista alagoano, numa situação assim, a ação (o direito de ação) não ocorre na vida da pretensão (*jus puniendi*).

¹⁵ *Ibid.*, p. 115.

¹⁶ *Ibid.*, p. 116.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

4. O INTERESSE PROCESSUAL COMO CATEGORIA INAFASTÁVEL NO EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL

O direito de ação penal é o direito instrumentalmente conexo a uma situação concreta, isto é, a uma determinada pretensão (no campo extrapenal) ou a um interesse socialmente relevante (no âmbito penal).¹⁹ Essa lição merece particular destaque, pois, afinal, deve-se perquirir em todo e qualquer caso se a situação concreta enseja, ou não, essa pretensão ou esse interesse socialmente relevante. Se esvaziadas essas duas razões, não haverá vinculação do direito de ação abstratamente considerado com a situação concreta que o justifica no caso particular.

Como veremos mais adiante, a admissão do acordo de não persecução penal esvazia tanto a pretensão própria do campo extrapenal como também o interesse socialmente relevante que justificaria a incidência da resposta penal. Na medida em que o acordo, como se verá, promove responsabilização do investigado por resposta diversa da pena privativa de liberdade e igualmente atende aos reclamos de satisfação da vítima (esta, pela reparação do dano) e da coletividade (por meio da renúncia a bens e direitos equivalente aos efeitos genéricos da condenação), não se vislumbra razão juridicamente relevante a reclamar o exercício da ação penal em juízo.

O legislador de 2019, na Lei nº 13.964, reconhece, numa nítida decisão político-criminal, que o espectro de criminalidade abrangido pelo acordo de não persecução penal admite resposta estatal diversa da tradicional e estigmatizante persecução penal em juízo. Ao formalizar o acordo de não persecução penal no CPP, o legislador atende aos reclamos, inclusive manifestados no sistema multinível de proteção de direitos humanos (Conselho da Europa, Organização dos Estados Americanos, Nações Unidas), de reservar a opção político-criminal de formalizar acusações em juízo somente aos casos de necessária resposta sancionatória grave. Se o caso não atrai resposta grave, é recomendável que o Estado disponha de alternativas à judicialização do caso. O acordo de não persecução penal, assim, coloca-se como mais uma alternativa à judicialização de casos penais, ladeando institutos como o da transação penal que se dirige a crimes de menor potencial ofensivo.

¹⁹ TUCCI, *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, p. 101.

A ação penal condenatória tem por objetivo o reconhecimento da prevalência do interesse punitivo (*jus puniendi*) sobre a liberdade (*jus libertatis*), para que seja imposta ao réu o preceito sancionatório da norma penal incriminadora. A razão dessa preocupação é explicável de modo singelo: trata-se do aforismo latino *nec delicta maneant impunita*, isto é, os delitos não devem ficar impunes. Contudo, tomando-se a evolução do sistema de justiça criminal até o quadro que vislumbramos hoje, em que a resposta penal muitas vezes assume destaque mais por sua força estigmatizante e por problemas estruturais na concretização da pena privativa de liberdade (superlotação carcerária, fracasso nas políticas de prevenção específica positiva da pena – ressocialização –, dificuldade de demonstração empírica de atendimento às finalidades de prevenção da pena como um todo, etc.), é preciso perquirir se toda e qualquer resposta dirigida ao enfrentamento da criminalidade passa pela jurisdicionalização dos conflitos penais. Ou, indo ao ponto que aqui interessa, se há efetivamente exigência de judicialização daqueles casos em que sequer há conflito entre as razões que informam o próprio conteúdo do processo penal.

Há quem entenda que a obrigatoriedade inafastável do exercício da ação penal decorre do princípio publicístico que informa o processo penal como um todo. Lauria Tucci projeta a regra da ação penal de iniciativa pública obrigatória como decorrência desse princípio publicístico. Por isso, o Ministério Público, segundo Tucci, “tem o dever funcional indeclinável de – recebendo os autos de investigação criminal ou peças de informações, demonstrativos de cometimento de infração penal, por determinada pessoa física – aforar, no prazo legal, a respectiva ação de conhecimento de caráter condenatório”²⁰

No entanto, mesmo Rogério Lauria Tucci, um árduo defensor dessa obrigatoriedade do exercício da ação penal e da inevitabilidade da jurisdição penal, quando explica o exercício da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, o faz reconhecendo de modo incontornável que essa titularidade de aferição traduz relevante espaço decisório. Para sermos fieis à lição doutrinária, convém registrá-la textualmente:

²⁰ *Ibid.*, p. 117.