

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL

LETÍCIA LEMGRUBER FRANCISCHETTO

EXTENSÃO DOS PODERES NEGOCIAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO
DIREITO PUNITIVO:

Mecanismos de controle e limite das cláusulas

VITÓRIA

2020

LETÍCIA LEMGRUBER FRANCISCHETTO

**EXTENSÃO DOS PODERES NEGOCIAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO
DIREITO PUNITIVO:**

Mecanismos de controle e limite das cláusulas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge.

VITÓRIA

2020

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

F818e Francischetto, Leticia Lemgruber, 1978-
Extensão dos poderes negociais do Ministério Público no direito punitivo: Mecanismos de controle e limite das cláusulas / Leticia Lemgruber Francischetto. - 2020.
186 f.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Solução consensual no direito punitivo. 2. Consensualidade de reprimenda e consensualidade de colaboração. 3. Renúncias a direitos fundamentais. 4. Tutela adequada de direitos difusos indisponíveis. 5. Ministério Público. 6. Efetividade. I. Jorge, Prof. Dr. Flávio Cheim. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

LETÍCIA LEMGRUBER FRANCISCHETTO

**EXTENSÃO DOS PODERES NEGOCIAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO
DIREITO PUNITIVO:**

Mecanismos de controle e limite das cláusulas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo
Examinador interno

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória
Examinador externo

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que me ensinaram o que importa nesta vida.

Ao Giovanni e Rafael, por serem meu porto seguro e compreenderem todo o tempo que não lhes dei.

À Maria Clara, por me convencer que minha realidade comportava novos desafios.

Ao professor Marcellus Polastri, pela acolhida no mestrado e pelo exemplo de entusiasmo na busca do aprimoramento constante.

Aos professores Flávio Cheim, Hermes Zaneti Jr e Américo Bedê, pela paciência com minhas inquietações, desprendimento no compartilhamento do saber e por me mostrarem o caminho.

Ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo e aos colegas que me substituíram quando necessário.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar a extensão dos poderes negociais do Ministério Público no âmbito do direito punitivo, entendido como direito penal e direito administrativo sancionador, este especificamente no que se refere às Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. Abordou-se a ineficácia da resposta estatal adjudicada *full trial* pelo Poder Judiciário; a história do processo como uma história política, marcada por diferentes concepções das formas de soluções de conflitos e por distintas roupagens do princípio da legalidade; as finalidades apontadas para o processo penal e para o processo civil e a influência na disponibilidade processual e na margem permitida para operacionalização do ordenamento jurídico; a compatibilização do comando constitucional para priorização da solução consensual com a indisponibilidade dos direitos difusos e dos direitos individuais fundamentais envolvidos no ilícito penal e administrativo sancionador; e a compatibilização da negociação nesta temática com o ordenamento jurídico e a tradição jurídica brasileiros. O objetivo da investigação consistiu em demonstrar a substituição do princípio da legalidade estrita pela juridicidade administrativa; a prevalência do poder geral de liberdade para autolimitação de posições jurídicas de direito fundamental sob a ótica dos infratores; a possibilidade de eleição da tutela adequada dos direitos difusos envolvidos no direito punitivo pelo Ministério Público, ainda que isso envolva a não aplicação de todas as sanções previstas; e as naturezas jurídicas distintas das tipologias e sanções penais com as tipologias e sanções administrativas. Concluiu-se pela possibilidade do Ministério Público e do infrator negociarem a aplicação de consequências jurídicas diante de ilícitos cometidos, com formatos, limites e consequências distintas, a depender do ramo do ilícito praticado (penal ou administrativo sancionador) e do tipo de consensualidade pactuada (de pura reprimenda ou de colaboração). Ainda, pela vinculação do membro do Ministério Público às metas, planejamentos estratégicos e normatização da Instituição, devendo arcar com o ônus argumentativo na hipótese do caso concreto evidenciar a adequação de tutela diversa, sendo insuficiente a alegação de independência funcional. Nesta atuação, o Conselho Superior (no exercício do poder revisional de arquivamentos promovidos) e a Corregedoria Geral (através de sua função orientadora e fiscalizadora), operacionalizam o controle finalístico e o acompanhamento da unidade ideológica e da unidade de ação da Instituição.

Palavras-chave: Solução consensual no direito punitivo. Consensualidade de reprimenda e consensualidade de colaboração. Renúncias a direitos fundamentais. Tutela adequada de direitos difusos indisponíveis. Ministério Público. Efetividade.

ABSTRACT

This study aims to analyze Public Prosecutor's Office's negotiation powers extension in punitive law's area, conceived as criminal law and sanctioning administrative law, this last one specifically around Brazilian Acts 8.429/1992 and 12.846/2013. It approaches the ineffectiveness of state-owned adjudicated full trial answer by the Judiciary; the legal procedure's history as a political history, tagged by different conceptions of the conflict resolution means and by different shapes of the principle of legality; the goals indicated for the criminal procedure and for the civil procedure and the influence over the procedural availability and over the allowed area for legal system's operationalization; the constitutional command's compatibilization for prioritize the consensual solution with the unavailability of the diffused rights and the personal fundamental rights involved with criminal illegalities and with sanctioning administrative law; and the compatibilization of the negotiation in this area with Brazilian's law system and legal tradition. The search objective consisted on demonstrate the substitution of principle of strict legality by administrative juridicity; the prevalence of general liberty power for the self-limitation of fundamental right legal positions under the offender's perspective; the Public Prosecutor's Office's possibility to choose the adequate protection of the diffused rights engaged in punitive law, even if it results in the non-application of the stipulated sanctions; and the different legal nature of the typologies and criminal sanctions towards the administrative typologies and sanctions. It concluded that Public Prosecutor's Office and offender have the possibility to negotiate the application of the legal consequences towards perpetrated illegalities, with different shapes, limits and consequences, depending on the illegalities' area (criminal law or sanctioning administrative law) and on the transaction's type (of pure repressive or of collaboration). Besides, given prosecutor's binding to Public Prosecutor's Office's goals, strategic planning's and rule, he's obligated to satisfy the argumentative onus if the concrete case points the adequacy of a different kind of protection, being insufficient the argument of functional independence. In this performance, the Conselho Superior (exercising the reviewing power over the performed dismisses) and the Corregedoria Geral (by its orientational and supervisory competences), execute the finalistic control and the supervision of ideological and action's unity of the Institution.

Keywords: Consensual resolution on punitive law. Repressive consensuality and collaboration consensuality. Waiver of fundamental rights. Adequate protection of diffused inalienable rights. Public Prosecutor's Office. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 VERTENTES DO EXAME DO PROCESSO CONSENSUAL NO ÂMBITO DO DIREITO PUNITIVO	17
1.1 Dados sobre a in(eficácia) do processo jurisdicional no âmbito do direito punitivo. A resposta estatal jurisdicional para o crime, para o ato de improbidade administrativa e para práticas corruptivas a partir das leis n. 12.846/2013 e 12.850/2013	17
1.2 Influências políticas no desenvolvimento histórico do processo e do princípio da legalidade e os reflexos nas formas de solução de conflitos	23
1.3 Principais escopos apontados pela doutrina para os processos criminal e cível	31
1.4 Diferenciação entre jurisdição, processo jurisdicional e processo consensual. Conceitos adotados neste trabalho	37
2 COMPATIBILIDADE DA ATUAÇÃO NEGOCIAL NO DIREITO PUNITIVO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO E A TRADIÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA	47
2.1 Autolimitação/renúncia de direitos fundamentais pelo infrator e (in)disponibilidade do interesse público pelo Estado	49
2.1.1 (In)disponibilidade dos direitos fundamentais pelo infrator	49
2.1.2 (In)disponibilidade do interesse público pelo Estado	61
2.2 Atuação negocial no direito punitivo e princípio da legalidade	65
2.3 Compatibilidade da atuação negocial no direito punitivo com o ordenamento jurídico brasileiro (Constituição Federal, legislação ordinária criminal, cível e microssistema de defesa do patrimônio público)	71
2.4 Compatibilidade da atuação negocial no direito punitivo com a tradição processual brasileira	115

3 ATUAÇÃO NEGOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO PUNITIVO	127
3.1 Perfil constitucional do Ministério Público: agente político	128
3.2 Possibilidades sancionatórias na atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo	135
3.3 Compatibilização da atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo com os princípios da unidade e da independência	163
3.4 Mecanismos de <i>accountability</i>	170
CONCLUSÃO	174
REFERÊNCIAS	17676

INTRODUÇÃO

A necessidade de coordenação e controle dos comportamentos pessoais para se atingir uma vida social ordenada ensejou, dentre outras medidas, a previsão normativa de condutas como crimes, atos de improbidade e atos corruptivos da Lei 12.846/2013, acompanhadas das respectivas sanções, referenciados, neste estudo, pela expressão direito punitivo.

Tradicionalmente a solução dos conflitos decorrentes de comportamentos desviantes integrantes do direito punitivo operacionaliza-se através da aplicação da sanção pelo Poder Judiciário, após um julgamento *full trial* (com observância integral do procedimento de instrução e julgamento). Isso em razão da noção de que o direito punitivo envolveria direitos indisponíveis, cuja mera menção bastaria para impedir soluções consensuais (tanto o infrator não poderia transacionar sobre suas prerrogativas de gozo e exercício dos seus direitos fundamentais quanto o Estado sobre o interesse público nos direitos envolvidos).

A necessária intervenção do Poder Judiciário para solução de conflitos envolvendo o direito punitivo nem sempre foi assim. O Estado desempenhou sua tarefa de regular e punir comportamentos desviantes de formas variadas ao longo dos tempos, recebendo tais formas influências diversas, em especial influências políticas, que impactaram sobremaneira os métodos utilizados. A observação do desenvolvimento histórico desse processo evidencia períodos marcados pela tensão entre privatismo e publicismo, entre a defesa da segurança do homem frente aos poderes do Estado e a necessidade de se obter uma solução justa para regulação da vida social.

A tensão permanece no atual Estado Democrático de Direito brasileiro e renasce nos debates envolvendo os conflitos entre interesses que justificam a restrição de direitos fundamentais (a partir de fins coletivos de bem comum) e interesses individuais de liberdade.

Sob a ótica do princípio democrático, a livre escolha da maioria, em eleições livres e universais, legitima o poder político e habilita o Estado a intervir socialmente, através da regulação e da punição dos comportamentos desviantes. A prática de um comportamento não permitido atrai, portanto, a incidência normativa diante do ilícito e justifica a interferência estatal para solução do caso, o que em regra ocorre através de sanções que recaem negativamente sobre posições jurídicas de direitos fundamentais do infrator. Já sob a ótica do princípio do Estado de Direito, os direitos fundamentais garantem a liberdade pessoal em face do poder político, representando um trunfo contra a maioria, mesmo para decisões que seguiram os procedimentos democráticos instituídos. O alcance das garantias individuais, quando

confrontadas com outros fins do Estado, advém da ponderação entre os direitos individuais (em especial o interesse de liberdade) e os fins coletivos a serem alcançados com suas restrições.

No que interessa a esta pesquisa, posições jurídicas de direitos fundamentais podem ser restringidas pelo Estado, a partir da prática de um ilícito, que atrai a incidência normativa e justifica a sanção, independentemente do consentimento do infrator. A imposição coercitiva da sanção advém do provimento judicial que analisa as provas, reconhece a culpa e impõe a reprimenda.

Além da restrição de posições jurídicas de direitos fundamentais pelo Estado, a partir da incidência normativa atraída pela prática de um ilícito, resta saber se o consentimento do titular, nos ilícitos praticados no âmbito do direito punitivo, também pode justificar restrições em suas posições jurídicas de direito fundamental, por parte do Estado. E se os direitos difusos envolvidos admitem cedências na pactuação da solução consensual. Essa admissibilidade é que irá autorizar a utilização de um processo negocial para solução de casos afetos ao direito punitivo.

Este questionamento se apresenta em um cenário no qual a resposta estatal através do processo judicial *full trial* não se mostrou capaz de absorver toda demanda e dar uma solução adequada, efetiva e célere para os interessados. E, ainda, em um contexto de dificuldade de apuração de ilícitos complexos, especialmente aqueles relacionados à corrupção.

Desde a Lei 9.099/95 e a previsão dos institutos da transação e da suspensão condicional do processo para solução de causas penais (artigos 76 e 89), o debate sobre a natureza jurídica das cláusulas pactuadas, a possibilidade de imposição de sanção sem julgamento do mérito e a violação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal se intensificou.

Em 2017 a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público estabeleceu o acordo de não persecução penal como mais uma alternativa de resposta aos litígios penais, através de solução negociada entre Ministério Público e infrator. A hipótese recebeu previsão legal através da Lei 13.964/2019, que introduziu o artigo 28-A no CPP.

Paralelamente a tais hipóteses de diversificação procedimental da resposta estatal aos casos penais, outros negócios jurídicos processuais foram previstos na legislação, como o acordo de leniência (Lei 12.846/2013) e o acordo de colaboração premiada (Lei 12.850/2013). Embora este último possa incluir o pacto de não processar, não se apresentam esses institutos como alternativas à judicialização de conflitos, mas sim como sofisticação de instrumentos para enfrentamento de temas de complexidade transversal. Possuem conteúdo negocial, mas não representam uma alternativa à judicialização, uma solução célere do sistema de justiça. São meios de obtenção de prova para enfrentamento da corrupção e das organizações criminosas.

O que os une é o fato de serem negócios jurídicos e abarcarem a discussão das possibilidades sancionatórias passíveis de utilização através do acordo.

A doutrina e a jurisprudência vinham divergindo não só quanto à abrangência das cláusulas da colaboração premiada, mas também quanto ao início do cumprimento do que foi pactuado. Mendonça defendia a possibilidade de pactuação de benefícios não previstos expressamente em lei, podendo seu cumprimento ocorrer antes da sentença condenatória¹. Para Jardim os acordos que consagrem prêmios não autorizados em lei não deveriam ser homologados pelo Poder Judiciário². Conquanto tenha homologado diversos acordos com cláusulas extralegis (Pet 7074/DF, Pet 5244/STF, Pet 5209/2015, Pet 6533/STF e Pet 5952/STF), o Supremo Tribunal Federal não autorizou o cumprimento imediato do que foi acordado (Pet. 6138/STF e Pet. 6122/STF).

No que se refere às organizações criminosas, a Lei 13.964/2019 incluiu a previsão da análise pelo juiz, quando da homologação do acordo, da adequação dos benefícios oferecidos aos previstos na lei, bem como restringiu o objeto da colaboração a fatos relacionados diretamente com a investigação (inciso II do § 7.º do artigo 4.º e § 3.º do artigo 3.º-C da Lei 12.850/2013, de acordo com a nova redação).

O debate dos limites das cláusulas no acordo de colaboração premiada ocorre ainda em meio à discussão sobre o modelo processual adotado no Brasil, isto é, se acusatório, inquisitivo ou misto, já tendo havido recusa de homologação de acordos ao fundamento de que a discricionariedade na pactuação das cláusulas é incompatível com o modelo romano-germânico adotado no Brasil³.

Todos esses debates têm o potencial de ultrapassar a esfera penal para impactar as discussões afetas ao acordo na improbidade administrativa, dada sua natureza de direito punitivo.

A Lei 13.964/2019 alterou a redação do parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei 8.429/1992 e admitiu expressamente a celebração de acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa. Os requisitos e a forma como deveria ser firmado o acordo

¹ MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 53-104.

² JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites. **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 3, jan./jun. 2016.

³ Nesse sentido é a decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na Pet 7265-DF em 14/11/2017. Acompanhou seu raciocínio o Ministro Alexandre de Moraes, conforme matéria publicada na imprensa. (RECONDO, Felipe. Moraes diz que também devolveu acordo de delação para PGR. **JOTA**, São Paulo, 04 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/moraes-diz-que-tambem-devolveu-acordo-de-delacao-para-pgr-04122017>>. Acesso em: 20 out. 2019)

estavam elencados no artigo 17-A da mesma Lei, vetado pelo presidente da República ao fundamento de que previa a legitimidade exclusiva do Ministério Público para celebração.

Mesmo antes dessa permissão legal, no âmbito do Ministério Público o acordo na improbidade administrativa já encontrava previsão na Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, além dos vários regramentos editados nos âmbitos dos ministérios públicos estaduais⁴.

Parte da doutrina defendia a possibilidade de ampla negociação, como decorrência da possibilidade de pactuação no âmbito penal⁵, do microsistema de defesa do patrimônio público⁶ e de um imperativo de eficiência e coerência sistêmica⁷. Outros autores a admitiam

⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Resolução COPJ 006/2014**. Disponível em: <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/8789886f-bee5-4074-9216-2c5e2183aab3.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ, **Resolução CSMP 002/2017**. Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/intranet/uploads/banco_publicacoes/2018_08/4613ee5cb8c44ec5332e97c851cce25a93381afa.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANA. **Resolução CSMP 001/2017**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Restaurativo/Resolucao_01_2017_CSMP_MPPR.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Resolução CSMP 003/2017**. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CA28-28-res_csmp_03_2017.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Ato PGJ 395/2018**. Disponível em: <<https://www.mpesc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2366>>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA. **Resolução CPJ 019/2018**. Disponível em: <<https://ged.mppb.mp.br/index.php?id=2000603&mod=arquivo&op=doDownload&pasta=2000603&tam=150&cols=5&lista=t&busca=t&iframe=t&raiz=22335&order=dataPublicacao&asc=f>>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Resolução CPJ 009/2018**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/08/30/13_11_55_771_Publica%C3%A7%C3%A3o_cpj_resolucao_09_2018_disciplina_a_tramitacao_dos_autos_extrajudiciais_no_ambito_do_mpggo.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Provimento PGJ 058/2018**. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/12953/>>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS. **Resolução CSMP 005/2018**. Disponível em: <http://athenas.mpto.mp.br/athenas/FileUploadController/get_public_file/ff7d29b1d381cd7272099c00d993c941>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. **Resolução CPJ 006/2019**. Disponível em: <<https://www.mpms.mp.br/atos-e-normas/download/43372>>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Resolução CPJ 008/2019**; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. **Resolução CPMP 075/2019**. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/legislacao/resolucoes/colegio/10389_resolucao_75_2019.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. **Resolução CPJ 007/2019**. Disponível em: <http://www.ioepa.com.br/pages/2019/06/13/2019.06.13.DOE_81.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Resolução RCP 006/2019**. Disponível em: <https://bni.mpro.mp.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/1766_texto_integral>. Acesso em: 08 mai. 2020; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ALAGOAS. **Resolução CPJ 011/2019**. Disponível em: <<https://www.mpal.mp.br/download/resolucao-cpj-n-11-2019-regulamenta-no-ambito-do-mpal-parametros-para-a-celebracao-de-composicao-em-casos-de-sancoes-cominadas-aos-atos-de-improbidade-administrativa-e-atos-praticados-contra-a-ad/#>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

⁵ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa, **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

⁶ SILVA, Rodrigo Monteiro. Celebração de acordos em ações de improbidade administrativa como forma de evitar a proteção deficiente do interesse público, **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, v. 1, p. 262-289, 2019.

⁷ SOUZA, Renee do Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 241-250.

apenas sobre alguns aspectos, como a forma e o prazo de ressarcimento ao erário ou a perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente⁸.

No que se refere à incidência de garantias processuais no sistema punitivo não penal, Merçon-Vargas defende que o catálogo de garantias atrelado à Lei de Improbidade Administrativa e à Lei Anticorrupção (em sua aplicação judicial) deve ser equivalente ao do processo penal⁹, enquanto Guaragni sustenta que a extensão de garantias do direito penal para a Lei de Improbidade Administrativa, além de indevida, é deletéria para as conquistas alcançadas e “engessaria” a atividade persecutória nesta área¹⁰.

Existe, portanto, uma ausência de especificação legal sobre o escopo do acordo de não persecução cível (se resposta alternativa à judicialização ou instrumento de sofisticação da investigação para obtenção de prova e recuperação de ativos), a forma como deve ser operacionalizado e o limite de suas cláusulas. Os desafios abrangem não só a ausência de legislação delineando os parâmetros e requisitos para as cláusulas do acordo na improbidade administrativa, mas também a interdependência na investigação e solução negocial de um ilícito com esferas de responsabilidade afetas a múltiplos órgãos de controle, em diferentes desenhos institucionais.

A análise tangencia o debate sobre a margem de discricionariedade do Ministério Público e sobre o alcance do princípio da legalidade.

Para além desses aspectos, necessário enfrentar a dificuldade da definição prévia sobre quem são os legitimados para os acordos firmados no âmbito do direito punitivo e o que pode ser pactuado por cada um, no âmbito do Ministério Público brasileiro. Isso diante de um contexto de multiplicidade de órgãos e de divisão de atribuições entre seus membros, aliado à ausência de regramento claro sobre a compatibilidade entre os princípios da unidade e da independência funcional¹¹.

⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 735; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 210; PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 224; HOLANDA JR., André Jackson de; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Improbidade administrativa: Lei n.º 8.429/92**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 576.

⁹ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 287-289.

¹⁰ GUARAGNI, Fábio André. A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima. (Org.). **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2016, v. 1, p. 1-29.

¹¹ No âmbito do Supremo Tribunal Federal, na Pet 6637/STF foi discutido o acesso do Ministério Público do Estado de São Paulo ao acordo de colaboração premiada firmado com o Ministério Público Federal, com pactuação sobre improbidade estadual, diante da limitação, no acordo, de utilização do material produzido, exigindo-se do Ministério Público Estadual a aceitação, por adesão, das cláusulas impostas – dentre elas o não

A realidade retratada gera instabilidade e insegurança jurídica para os atores envolvidos nos processos de negociação.

A insegurança jurídica e a demora no julgamento dos processos e execução das decisões proferidas, no âmbito do Poder Judiciário, contribuem para o cenário de ineficiência dos sistemas de controle social punitivo e fomentam o estudo da negociação estatal com o autor do fato ilícito enquanto uma opção de eficiência da atuação estatal. Além disso, algumas condições favoráveis criaram um ambiente propício para intensificação destes estudos. As próprias especificações e os detalhamentos mais claros do acordo de colaboração premiada e do acordo de leniência nas Leis 12.850/2013 e 12.846/2013 conferiram maior segurança para os atores envolvidos na negociação. Além disso, o término da prescrição retroativa (Lei 12.234/2010) e a análise de nulidades alegadas pelos infratores já no início da tramitação processual, pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de vários delatados por acordos de colaboração premiada firmados na Operação Lava Jato possuírem foro por prerrogativa de função representaram supressões de estratégias de defesa e conseqüente estímulo para solução negocial por parte dos infratores.

Todos esses fatores exigiram do Ministério Público uma habilidade de negociação diversa daquela relacionada aos institutos da Lei 9.099/1995, seja no que se refere a acordos de diversificação procedimental, seja no que se refere à sofisticação de instrumento de investigação de ilícitos complexos através da colaboração dos envolvidos. Os primeiros serão referidos nesta pesquisa como consensualidade de pura reprimenda e representam uma alternativa à solução via poder judiciário, cujo objetivo maior é a celeridade na solução do fato. Nele estão abrangidos a transação, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal. Já a segunda espécie é reportada neste trabalho como consensualidade de colaboração, técnica de investigação, e abrangem acordos de colaboração premiada e leniência. Ambos são negócios jurídicos que compartilham várias discussões e atingem a segurança jurídica dos atores envolvidos nas tratativas.

A consensualidade de pura reprimenda e de colaboração serão estudadas enquanto respostas estatais equivalentes à aplicação da sanção pelo Poder Judiciário, após um julgamento *full trial* (com observância integral do procedimento de instrução e julgamento), o que denominamos, nesta pesquisa, de solução adjudicada pelo Poder Judiciário.

ajuizamento de ações de improbidade administrativa e requerimentos de nulidade de contratos celebrados – para ter acesso às provas. Ainda, através do Agravo Regimental na Pet 7065 o Ministério Público do Estado de Santa Catarina obteve o compartilhamento de provas de colaboração premiada firmada com o Ministério Público Federal, por decisão do Ministro Edson Fachin, em 30 de outubro de 2018.

Ainda que este trabalho seja uma mera sistematização de ideias, a partir da compilação de legislação, doutrina, jurisprudência e boas práticas já implementadas com êxito por alguns dos atores envolvidos, a escolha do tema foi motivada pelo propósito de tentar minimizar as dificuldades apresentadas, tão frequentes no exercício das funções do Ministério Público, e contribuir para ordenação do assunto.

Diante de todas as vertentes de exame e das dificuldades práticas que se apresentam no contexto delineado, esta pesquisa objetiva estudar a temática no seguinte recorte epistemológico: possibilidade de solução consensual entre o Ministério Público e o infrator diante da prática de crimes, atos de improbidade e atos corruptivos da Lei 12.846/2013, sob o enfoque da extensão dos poderes negociais do Ministério Público e da operacionalização dessa atuação, no que se refere aos mecanismos de controle e aos limites das cláusulas.

Para tanto, serão analisados os seguintes questionamentos:

- Os direitos e interesses envolvidos no direito punitivo autorizam solução consensual entre o Estado e o infrator? O consentimento do infrator é suficiente para justificar restrições em suas posições jurídicas na solução consensual de casos afetos ao direito punitivo, por parte do Estado? O Estado, através de um de seus órgãos colegitimados, pode adotar uma solução consensual para resolver conflitos que envolvam direitos transindividuais indisponíveis, como aqueles afetos ao direito punitivo?
- Admitida a hipótese, o processo negocial no direito punitivo é uma forma de resposta estatal compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e nossa tradição jurídica?
- A atuação negocial do Ministério Público no âmbito do direito punitivo demanda prévia habilitação legal? É possível ao Ministério Público pactuar cláusulas extralegais?
- Quais as possibilidades sancionatórias na atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo (acordo substitutivo de sanção, renúncia a direitos fundamentais)?
- Como compatibilizar as esferas de responsabilidade afetas a órgãos distintos com a interdependência na investigação do ilícito e com os diferentes desenhos institucionais?
- Como compatibilizar a atuação negocial do Ministério Público com os princípios da unidade e independência? Quais os possíveis mecanismos de controle dessa atuação?

Para o estudo proposto, antes do enfrentamento dos objetos de pesquisa, pretende-se registrar algumas premissas nas quais o trabalho se fundamenta, que evidenciam a necessidade de adequação da atuação do direito punitivo ao paradigma da consensualidade. São elas: a (in)eficácia da solução adjudicada pelo Poder Judiciário no âmbito do direito punitivo; as mudanças ao longo da história nas formas de solução de conflitos e no alcance do princípio da

legalidade (enquanto garantia dos indivíduos frente ao Estado), moldados pela compreensão que se tinha dos escopos políticos a serem alcançados; a retroalimentação dos escopos políticos a serem alcançados com a cultura, a impactar a forma como se concebe a jurisdição, o processo e a atuação dos atores processuais.

1 VERTENTES DO EXAME DO PROCESSO CONSENSUAL NO ÂMBITO DO DIREITO PUNITIVO

1.1 Dados sobre a in(eficácia) do processo jurisdicional no âmbito do direito punitivo. A resposta estatal jurisdicional para o crime, para o ato de improbidade administrativa e para práticas corruptivas a partir das leis n. 12.846/2013 e 12.850/2013

O Painel de Segurança Pública¹², projeto desenvolvido pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, cruzou os bancos de dados dos Boletins de Ocorrência mantidos pela Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Espírito Santo com os relatórios das inspeções das Delegacias de Polícia realizadas semestralmente pelo Ministério Público. Com isso foi possível constatar a taxa percentual de conversão de Boletins de Ocorrência (BO's) registrados em inquéritos policiais (IP's) ou termos circunstanciados (TC's). Dos inquéritos policiais instaurados, o Painel de Segurança não revela quantos anualmente tiveram início por portaria ou por ato de prisão em flagrante, a possibilitar o cruzamento dos dados.

Ainda que os dados não envolvam uma análise específica sobre o conteúdo das notícias de crime e a existência ou não de indícios de autoria, o número de relatos de crimes que não ensejaram sequer a abertura de uma investigação ou formalização do ocorrido para apuração de responsabilidades é bem grande.

Na Delegacia Especializada de crimes de furtos e roubos de veículos da Grande Vitória, foram registrados 8.425 BO's em 2017. Destes, 242 foram convertidos em IP's (2,87 %) e 25 foram convertidos em TC's (0,30 %). Em 2018 foram registrados 13.962 boletins de ocorrência, convertidos 260 em IP's (1,86 %) e 54 em TC's (0,39 %).

Na Delegacia Especializada de crimes contra o patrimônio da Grande Vitória foram registrados 889 BO's, sendo que 9 foram convertidos em IP's (1,01 %) e nenhum em TC, em 2017. No ano seguinte foram registrados 1.305 BO's, dos quais 7 foram convertidos em IP's (0,54 %) e 2 em TC's (0,15 %).

Na Delegacia Especializada de Defesa do Consumidor da Grande Vitória foram registrados 261 BO's em 2017, sendo que 62 foram convertidos em IP's (23,75 %) e 26 em

¹² MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Painel de Segurança Pública**: delegacias e criminalidade. Disponível em: <<http://indicadores.mpes.mp.br/relatorios/powerbi/CACR/Delegacias%20e%20Criminalidade?rs:embed=true>>. Acesso em: 29 set. 2019.

TC's (9,96 %). No ano seguinte dos 138 BO's registrados, 20 foram convertidos em IP's (14,49 %) e 45 em TC's (32,61 %).

Na Delegacia Especializada de crimes de defraudações e falsificações da Grande Vitória foram registrados 1.562 BO's em 2017, dos quais 79 foram convertidos em IP's (5,06 %) e nenhum em TC. Em 2018 foram 1.214 BO's, com 72 conversões em IP's (5,93 %) e 09 em TC's (0,82 %).

Na Delegacia Especializada de Delitos de Trânsito da Grande Vitória foram registrados 828 BO's em 2017, com 236 conversões em IP's (28,50 %) e 65 conversões em TC's (7,85 %). Em 2018 foram 818 BO's para 245 conversões em IP's (29,95%) e 59 em TC's (7,21 %).

Na Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso da Grande Vitória foram 735 BO's em 2017, dos quais 35 foram convertidos em IP's (4,76 %) e 79 em TC's (10,75 %). No ano seguinte foram 1.100 BO's para 78 conversões IP's (7,09 %) e 247 conversões em TC's (22,45 %).

Na Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher de Vitória foram registrados 1.711 BO's, convertidos 875 em IP's (51,14 %) e 05 em TC's (0,29 %) no ano de 2017. E no ano de 2018 foram 1.766 BO's para 829 conversões em IP's (46,94 %) e 09 conversões em TC's (0,51 %).

Ainda que se considere a notícia de um dos crimes mais graves do nosso ordenamento jurídico, na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa de Cariacica foram registrados, em 2017, 181 BO's, dos quais 26 foram convertidos em IP's (14,36 %) e 10 em TC's (5,52 %). No ano seguinte foram 195 BO's para 31 IP's (15,90 %) e 07 TC's (3,59 %).

Em sentido semelhante, levantamento realizado pelo Centro de Apoio Operacional Criminal, do Júri e Execuções Penais do Ministério Público Estadual do Paraná constatou que no segundo semestre de 2017 apenas pouco mais de 13% (treze por cento) dos BO's registrados deram origem a um IP ou TC¹³. Ainda, inspeção realizada em 23 unidades policiais do Município de Curitiba pelo Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP), do Ministério Público Estadual do Paraná, constatou que o fluxo que a notícia registrada no boletim de ocorrência toma é diverso, a depender da unidade policial envolvida. Enquanto algumas unidades convertem todas as ocorrências registradas em IP's ou TC's, outras fazem avaliações prévias das ocorrências, para decidir se serão ou não convertidas, cada qual com seus critérios subjetivos. Tal prática revela “um ambiente de informalidade na realização de

¹³ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Centro de Apoio Operacional Criminal, do Júri e Execuções Penais. Disponível em: <https://prezi.com/imfevjpvycsf/planejamento-e-area-criminal/?utm_campaign=share&utm_medium=copy>. Acesso em: 13 mai. 2020.

diligências investigatórias” e “uma frágil transparência dos atos procedimentais, falecendo ainda qualquer possibilidade de exercício de controle (interno e externo) destas atividades”¹⁴.

Em complementação a tais dados, considerando apenas os inquéritos policiais instaurados, para que se possa dimensionar o tamanho do problema, em 2011, a Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública, formada pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e pelo Ministério da Justiça, estabeleceu a Meta 2. O dispositivo previa “concluir os inquéritos policiais (IPs) de crimes de homicídios instaurados até o dia 31 de dezembro de 2007”. Quando a Meta 2 entrou em vigor, havia 138.394 inquéritos de homicídios abertos até 2007 em andamento. Até março de 2019, 106.111 investigações foram concluídas, restando ainda 32.283 inquéritos em andamento. Entre os concluídos, 79 % foram arquivados. E somente 19 % resultaram em denúncias à Justiça¹⁵.

Significa que muitas notícias de crime sequer são investigadas formalmente. E, mesmo em relação às investigações formalizadas de um dos crimes mais graves do ordenamento jurídico, o homicídio, o número de inquéritos policiais que não resulta no oferecimento de denúncia é expressivo.

Uma pesquisa em oito municípios da Área Metropolitana de Brasília levantou 565 homicídios registrados no ano de 2010. Em três destes municípios – Luziânia, Cidade Ocidental e Águas Lindas de Goiás -, apenas 8,1 % dos casos foram denunciados¹⁶.

Concluída a investigação e denunciados os autores dos crimes, os desafios continuam. O relatório Justiça em Números de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, revelou que o tempo médio de tramitação de um processo criminal é de 3 anos e 10 meses na Justiça estadual e de 2 anos e 3 meses na Justiça federal, apenas no primeiro grau.

Em dados gerais, o aludido relatório revela ainda que, pela primeira vez nos últimos dez anos, em 2018 o número de processos baixados foi superior à quantidade de processos que ingressaram no Poder Judiciário. Ao contrário da média geral, o acervo de processos criminais

¹⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Grupo de pesquisa em atuação criminal. Diagnóstico de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/_Monitoramento_do_MP_-_Seguranca_Publica_versao_21_final.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Inqueritômetro**. Disponível em: <<https://inqueritometro.cnmp.mp.br/inqueritometro/home.seam>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

¹⁶ MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicídio na área metropolitana de Brasília: representações sociais dos Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Magistrados. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 17, n. 40, p. 294-325, set./dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222015000300294&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 22 set. 2019.

cresceu 0,7 %, considerando o ano anterior. Ainda, nos últimos dez anos os gastos por habitante dobraram e 78,7 milhões de processos aguardam uma solução definitiva¹⁷.

Mesmo constatando que apenas uma porcentagem pequena das notícias de crimes é investigada e desvendada, o quantitativo apurado gerou um total de 758.676 presos no sistema penitenciário, conforme Painel Interativo de junho de 2019 do Departamento Penitenciário Nacional. Destes, 39,42 % se referem ao tráfico de drogas, 36,74 % a crimes contra o patrimônio e apenas 11,38 % a crimes contra a pessoa. 0,23 % referem-se a crimes contra a Administração Pública. Além disso, 253.963 (33,47 %) eram presos provisórios, ainda sem sentença condenatória proferida¹⁸.

O relatório sintético mais recente do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), de junho de 2017, apontava para um perfil de 54 % de presos com até 29 anos, 51,35 % sem ensino fundamental completo e 63,6 % de pretos e pardos. À época a taxa de ocupação das unidades penitenciárias já estava em 171,62 %¹⁹.

O Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça, revela a existência de 866.038 indivíduos presos em 29 de fevereiro de 2020, dos quais 371.281 (42,87 %) ainda sem sentença condenatória proferida. Revela ainda a existência de 345.856 mandados de prisão pendentes de cumprimento²⁰.

Ou seja, infratores sem instrução, jovens, pretos e pardos, geralmente envolvidos em tráfico ou crimes contra o patrimônio, representam o pequeno quantitativo desvendado dos crimes noticiados e que geraram recolhimento ao cárcere. Ainda que a prática desses delitos represente um maior risco de redundar em prisão preventiva, os dados sugerem uma seletividade do sistema de justiça criminal e uma distância desse sistema a um acesso igualitário.

Para além disso, o que esses números revelam é que a expectativa de que a persecução penal é promovida em todos os casos é falsa. O aparato do Estado, da forma como estruturado

¹⁷ O Poder Judiciário gastou R\$ 173,58 por habitante em 2009 e R\$ 368,40 por habitante em 2018, sem incluir os inativos. No final de 2018 havia 78.691.031 processos pendentes (queda de 1,2% em relação a 2017), sendo que, durante o ano de 2018, ingressaram 28.052.965 processos (diminuição de 1,9% em relação a 2017). (BRASIL. Conselho Nacional e Justiça (CNJ). **Justiça em números 2019** (ano-base 2018). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁸ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Painel Interativo junho/2019**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

¹⁹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Painel Interativo junho/2019**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

atualmente, não se revela suficiente para exercer seu *jus perseguendi* e seu *jus puniendi* frente ao volume de crimes noticiados. Diante da lentidão do sistema de justiça criminal, a prisão provisória acaba sendo utilizada como uma forma de resposta eficaz do Estado frente ao crime, em total descompasso com a presunção de inocência.

A situação do sistema penitenciário nacional, por sua vez, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como um estado de coisas inconstitucional, em razão de violações massivas e persistentes de direitos fundamentais, a demandar “medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária” na formulação de políticas públicas²¹.

No que se refere à prática de atos de improbidade administrativa, não se tem conhecimento de pesquisas empíricas que quantifiquem fatos noticiados aos órgãos legitimados para investigá-los. Não obstante, outro levantamento do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade principal identificar os entraves à aplicação efetiva da Lei de Improbidade Administrativa, fez uma pesquisa em cinco regiões do país, consultando processos com trânsito em julgado das sentenças no período de 2010 a 2013. A conclusão foi que:

em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se grave falha no sistema processual. Mesmo após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos. As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos²².

Sob o âmbito das Leis 12.846/2013 e 12.850/2013 vários foram os acordos de leniência e colaboração premiada já firmados, negócios jurídicos processuais que agregam uma natureza dúplice de técnica especial de investigação e meio de defesa.

O volume dos valores recuperados a partir da utilização dos dois institutos apenas no âmbito da Operação Lava Jato, do Ministério Público Federal, atesta, por si só, o êxito da resposta estatal. Em Curitiba foram firmados 49 (quarenta e nove) acordos de colaboração premiada e 14 (quatorze) acordos de leniência. Tais acordos resultaram em R\$ 4 bilhões devolvidos aos cofres públicos; R\$ 2,1 bilhões previstos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração; R\$ 12,4 bilhões decorrentes de acordos de leniência; R\$ 111,5 milhões de renúncias voluntárias dos réus; R\$ 4 milhões negociados em um Termo de

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Procedência de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Partido Socialismo e Liberdade e União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 fev. 2016.

²² BRASIL. Conselho Nacional e Justiça (CNJ). Justiça pesquisa. **Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

Ajustamento de Conduta; e R\$ 14,3 bilhões previstos para recuperação. No Rio de Janeiro foram firmados 37 (trinta e sete) acordos de colaboração premiada e 3 (três) acordos de leniência, que recuperaram R\$ 945 milhões através de multas compensatórias pagas em acordos de colaboração premiada e R\$ 145 milhões em acordos de leniência. Há ainda R\$ 6,21 bilhões solicitados para recuperação de danos, e R\$ 250 milhões da quantia já recuperada foi utilizada para pagamento do décimo-terceiro salário atrasado de 146 mil aposentados e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro. No âmbito do Supremo Tribunal Federal foram firmados 183 (cento e oitenta e três) acordos de colaboração premiada, que já proporcionaram a devolução de R\$ 607 milhões aos cofres públicos e R\$ 800 milhões em multas pagas, estando prevista ainda a recuperação de R\$ 1,5 bilhão referentes a multas e perdimento de bens²³.

No âmbito federal, a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União haviam firmado 11 (onze) acordos de leniência até dezembro de 2019, que resultaram no retorno de R\$ 13,67 bilhões aos cofres públicos²⁴.

Os números informados devem suscitar importantes reflexões em torno das formas de resposta estatal pela prática de crimes e de atos de improbidade administrativa, bem como em torno do êxito dos instrumentos de combate à corrupção e de recuperação de ativos.

Essas reflexões abrangem os meios de solução de conflitos e punição de condutas indesejáveis, que variaram ao longo da história e das diferentes sociedades, bem como conforme a ênfase em um modelo de investigação oficial (com sua pesquisa sobre os fatos e o direito) ou em um modelo de disputa (com a priorização da solução do conflito a partir da igualdade de armas, pressupondo um julgador passivo).

Ora, confrontos entre integrantes de uma sociedade sempre ocorreram. Exatamente porque nenhuma sociedade atingiu, ainda, uma harmonia que fizesse desaparecer as desavenças ou que permitisse que os cordeiros pudessem descansar junto aos lobos²⁵ é que cada cultura

²³ BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

²⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

²⁵ “*Ciertamente es hermoso soñar con un mundo en el que los cordeiros pacen tranquilamente al lado de los lobos. Pero no se pude cometer el error de transplantar a nuestra realidade de mañana o de pasado mañana la imagen idílica que aparece en los grandes maestros de la pintura, porque eso con gran probabilidade plantearia problemas de orientación y planificación. Por supuesto, es loable buscar una concreta utopia hacia un mundo más pacífico, incluso libre de castigos; y también es bueno delimitar, denunciar y reducir el poder punitivo ali donde no es incondicionalmente necessário (véase sobre ello infra). ¿Quien disse que nuestro mundo no puede em doscientos años ser completamente diferente a como es hoy? Pero seria irresponsable edificar sobre esos sueños, hacer como si em un tempo previsible no fuera a haber un mundo punitivo, y, com esa expectativa, determinar y dirigir nuestros passos de mañana y pasado mañana. Esto no seria más que um sueño que nos distraeria de los peligros que nos amenazarán mañana y pasado mañana y también de las posibilidades de poder afrontarlos adecuadamente.*” (HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 44)

instituiu suas regras de comportamento e desenvolveu seus meios de resolução de conflitos e de punição de condutas.

Diversos autores abordaram a influência que ideologias políticas exerceram sobre a forma de organização dos Estados, a separação dos poderes, o princípio da legalidade, a extensão dos poderes discricionários da Administração Pública e os meios de solução de conflitos (judicial e negocial), acabando por impactar as respectivas culturas e a forma de compreensão da ordem jurídica.

Os breves apontamentos destacados no tópico seguinte visam evidenciar que a história do processo é também uma história política, marcada por diferentes concepções da imperatividade do direito punitivo imposto pelo Estado, através do Poder Judiciário, e das margens possíveis de atuação do sistema jurídico na solução de conflitos.

Esta abordagem se mostra útil no sentido de auxiliar a releitura do fenômeno jurídico para adequar a atuação do direito punitivo ao novo paradigma da consensualidade. O exame contribui também para revelar o íntimo relacionamento entre a discricionariedade administrativa, inerente à atuação negocial do poder público, e o menor ou maior alcance do princípio da legalidade²⁶. Exatamente nesse contexto que serão tratadas as possibilidades de atuação negocial do Ministério Público.

1.2 Influências políticas no desenvolvimento histórico do processo e do princípio da legalidade e os reflexos nas formas de solução de conflitos

²⁶ Sobre o tema, Costa fez um paralelo entre as ideologias clássicas ocidentais e construções dogmático-processuais, apontando como a concepção sobre os objetivos a serem alcançados pelo Estado e os meios técnicos empregados para tanto impactaram a forma de compreensão do processo. Para o autor, as ideologias clássicas ocidentais não só influenciaram a forma de compreender a política e as tarefas do Estado, mas também interferiram no discurso doutrinário, ao fornecerem uma cosmovisão para compreender o sistema processual civil. Os liberais tinham no indivíduo competitivo (capitalismo industrial) a chave do desenvolvimento. Por isso, concebiam o processo como “coisa das partes”, sendo que o mais importante era a existência de regras do jogo claras e imutáveis, atuando o juiz como um “vigilante noturno”, tal qual apregoa o garantismo. Os socialistas reconheceram que a estrutura desigual do capitalismo refletiu na desigualdade humana e a missão do Estado deve ser promover a igualdade social. O processo, então, passa a ser concebido como um instrumento público colocado à disposição do Estado para transformar a realidade social, atuando o juiz como um “justicheiro” que reequilibraria as forças entre as partes, em um papel central (“ativismo autoritário *engagé*”). O dirigismo processual pelo juiz também era defendido pelos fascistas, entretanto com objetivo de reafirmar a autoridade do Estado, sendo o processo um instrumento de dominação (“juiz general”). Por fim, os sociais-liberais mudam o foco do juiz para administração judiciária e apresentaram uma releitura dos pilares do liberalismo e de técnicas processuais próprias dos socialistas e fascistas, a fim de pregar a atuação do “juiz gerente”, que conta com a colaboração das partes para obter um processo eficiente, maleável, efetivo e ágil. Nessa linha: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia lógica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

Uma verificação resumida das diversas formas de organização política do Estado evidencia o impacto da política sobre os contornos da atuação do sistema jurídico na solução das controvérsias e sobre os traços do princípio da legalidade (que, por sua vez, repercute diretamente na extensão dos poderes negociais do poder público).

Algumas semelhanças do direito romano com o processo moderno permeiam críticas da doutrina relacionadas à possibilidade de soluções negociadas de desavenças pelas partes, o que justifica a menção a tal sistema.

Em um primeiro momento, vigorou o *ordo iudiciorum privatorum*, através do qual o autor e o réu constituíam a *litiscontestatio* perante o pretor, um contrato no qual reconheciam a controvérsia e se submetiam à decisão judicial (*in iure*). Em conjunto com o pretor, elaboravam uma fórmula, com as alegações do autor e defesas do réu, a fim de propiciar o julgamento pelo juiz. Em seguida o juiz instruía e julgava a fórmula (*in iudicio*)²⁷. No âmbito criminal, no final da República e começo do Império foi criado um tribunal para julgar crimes, composto por cidadãos romanos eleitos e presidido por um pretor. O processo era instaurado por um acusador (cidadão de boa reputação), que postulava ao magistrado uma licença para acusar. Concedida a licença, ele apresentava uma acusação formal, recebida pelo acusado, seguindo-se à instauração do processo, cabendo ao acusador a investigação do crime. Passava-se à fase dos debates, apresentação de provas e votação dos julgadores, com possibilidade de se absterem de julgar, caso não satisfeitos com as provas apresentadas (*non liquet*)²⁸.

Os abusos no direito de acusar e a perda de interesse dos cidadãos em participar dos tribunais impulsionou o nascimento do sistema da *cognitio extra ordinem*. O Imperador (ou seu delegado) passou a concentrar o poder jurisdicional e a cuidar da acusação, da investigação, da instrução e da sentença, substituindo o acusador popular e o corpo de jurados²⁹. O mesmo ocorreu com o processo civil. Foram criadas leis e instituído um processo burocrático, com tramitação perante um juiz estatal. A “legitimação contratual da jurisdição privada cedeu espaço a um poder vertical exercido pela autoridade suprema”³⁰.

²⁷ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]: a liberdade das partes no processo** / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.4. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 83-101.

²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 102.

³⁰ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]: a liberdade das partes no processo** / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.4. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

Com a queda do Império Romano, a doutrina aponta a escassez de produção jurídica escrita do século VIII ao XI³¹. A adoção do cristianismo como religião oficial em 325 d.C., entretanto, fez com que a estrutura básica da *cognitio extra ordinem* fosse preservada pelo direito canônico³².

Na Idade Média observou-se a criação de um direito local, oriundo da tradição popular. O ofendido ou seus familiares eram legitimados a acusar e os conflitos eram solucionados a partir de provas sociais, verbais e físicas, perante um soberano, juiz ou terceiro designado pelos envolvidos, que garantia a regularidade do procedimento, sem vinculação com a reconstrução dos fatos³³.

A sociedade agrária dos feudos passou a ser substituída pela economia comercial e a consequência disso foi a institucionalização dos Estados nacionais, com o monopólio da coerção, do ato de legislar e da jurisdição nas mãos do soberano. O Estado Absolutista, sua primeira faceta, acabou com a autonomia dos feudos, com a solução extraestatal e fragmentada dos conflitos, e centralizou a jurisdição na monarquia, enquanto manifestação da soberania, proporcionando um governo estável à burguesia.

Ao unificar o poder jurisdicional na figura do Rei, o Estado Absolutista substituiu o direito local dos feudos por um direito determinado pelo monarca, adotando o modelo oriundo do direito canônico (ainda utilizado na Igreja, nas universidades e pelos glosadores italianos)³⁴. Adotou-se um modelo de persecução penal centralizado no Rei, que o delegava aos juízes para alcançar todo o território. Em regra a persecução iniciava-se de ofício, sendo que a instrução e a investigação eram delegadas a outros funcionários, que materializavam as provas por escrito, a fim de que o juiz pudesse proferir posteriormente a decisão com base nesse material, o que

³¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]**: a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.5, RB-2.6. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

³² Em um primeiro momento a Igreja Católica adotou o modelo de processo acusatório. Sua expansão pela Europa Continental erigiu a caça aos hereges como seu principal objetivo e com isso o modelo acusatório foi substituído pelo modelo inquisitivo, com possibilidade de atuação dos inquisidores independentemente do recebimento de denúncias e em processos secretos. O segredo foi o caminho escolhido para proteger as vítimas e testemunhas, que no sistema acusatório clássico tinham exclusividade para perseguição criminal, com a consequente exposição pública e riscos daí advindos. Na inquisição medieval o sistema de provas era o da prova legal. Assim: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 282, 291, 293.

³³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 279-280.

³⁴ Em que pese conhecermos a história do *civil law* como uma história de dois períodos, a do direito romano e a do direito continental moderno, começando com a “redescoberta” do direito romano no século XI, não houve uma pausa, uma idade das trevas. O que houve foi uma discussão contínua sobre o que deveria ser a lei na Europa (essa discussão apenas se tornou menos visível durante um tempo, em razão do declínio da autoridade romana e da ascendência de outras concepções do direito). Nesse sentido: GLENN, H. Patrick. **Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 132.

diminuiu a importância dos debates. O infrator participava apenas através de seu interrogatório, que podia ser feito com tortura. Até mesmo para limitar o poder dos juízes, as provas tinham valor legal³⁵.

Com a industrialização, a burguesia necessitava de espaço para se desenvolver e vender seus produtos, em contrapartida à exclusividade comercial e monopólio da monarquia. Ideais iluministas e a Revolução Francesa subsidiaram o surgimento do Estado Liberal, marcado por limitar os poderes e funções do Estado e proteger o cidadão contra ingerências públicas.

Também em contraposição ao absolutismo monárquico, a filosofia política liberal trouxe a lei como valor absoluto, diante de sua legitimidade democrática (expressão da vontade popular majoritária) e fundamento de atuação de todo o poder do Estado. A ela tanto os monarcas quanto os tribunais estariam heterovinculados, em uma relação de subordinação ao Poder Legislativo, o que garantiria a liberdade dos cidadãos³⁶.

Ideais iluministas como a igualdade e a extinção da tortura evidenciavam os equívocos do modelo processual vigente na França. A Assembleia Constituinte pós-Revolução Francesa reorganizou o processo penal naquele país nos moldes do processo penal acusatório romano, com adoção de julgamentos públicos e legitimidade acusatória exclusiva a cidadãos comuns. O resultado, tal qual observado em Roma, foi o aumento da impunidade, diante da exposição dos acusadores e da falta de proteção para as vítimas e as testemunhas. Diante disso, várias reformas estruturaram um modelo de processo penal misto, instrumentalizado pelo *Code d'Instruction*

³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 280, 314-315.

³⁶ Otero aponta algumas contradições da filosofia política liberal sobre o princípio da legalidade. Isso porque o princípio teria duas concepções. A primeira, revolucionária, tendo como base as ideias de Locke, Rousseau e Kant, defendeu a supremacia do poder legislativo sobre as demais instituições públicas, a partir da legitimidade democrático-parlamentar (vontade da maioria), único fundamento de atuação de todo poder e, portanto, ilimitado. O princípio da legalidade, sob esta ótica, significava a subordinação (heterovinculação) dos poderes executivo e judiciário ao legislativo. O executivo se limitaria em cumprir a lei e o judiciário em ser a “boca da lei”. Excessos oriundos da falta de limites da atuação de assembleias fizeram com que autores como Hegel e Benjamin Constant passassem a defender a supremacia do poder real, colocando o monarca como órgão supremo do Estado, gozando ele de um poder de veto absoluto sobre a vontade do parlamento. Isso inverteu a concepção democrática da lei. O princípio da legalidade passou a não ser mais visto como a heterovinculação do poder executivo ao legislativo, fundamentado na legitimidade democrática, mas sim como uma forma de autovinculação do executivo. A lei passou a ser fruto da conjugação da vontade do legislador que a aprovou e da vontade do chefe do executivo que não a vetou, em um poder absoluto de veto. Nessa nova perspectiva, o princípio da legalidade é a síntese das vontades envolvidas, traduzindo uma limitação ao exercício do poder pelo executivo a partir de uma autovinculação. (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 46-89, 341-343). O mesmo autor registra ainda que até mesmo os autores que defenderam a supremacia do poder legislativo acabaram por admitir, em algum momento, a supremacia do executivo. Nesse sentido, Locke (em sua “prerrogativa”) e Rousseau (em sua “ditadura”) autorizaram o executivo a decidir *contra legem*. E Kant admitiu que o chefe do executivo pode exigir obediência a atos inválidos em razão da ausência de limitação de seu poder de coação. (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 341)

Criminelle de 1808. Foi prevista uma estrutura bifásica para o processo, com uma primeira fase investigativa e uma segunda fase destinada ao julgamento. A investigação tinha início por *notitia criminis* ou por ato de ofício do juiz, era sigilosa e adotava o princípio de escritura. Ela não era uma atividade administrativa; fazia parte do processo propriamente dito. A segunda fase do processo tinha início com apresentação de acusação por pessoa diversa do juiz e obedecia ao contraditório, à publicidade e à oralidade.

O Código de Napoleão, de 1806, havia consagrado a centralização do poder jurisdicional e a limitação dos poderes da magistratura. Ambos, o Código de Napoleão e o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, acabaram sendo replicados em muitos países, em razão da expansão do Império de Napoleão na Europa³⁷.

Até então, vigorava a ideia de processo como apêndice do direito material e de jurisdição como um poder voltado à tutela do direito subjetivo.

O monopólio da jurisdição pelo Estado moderno, as discussões entre Muther e Windscheid³⁸ e a teoria dos pressupostos processuais de Oscar von Bülow³⁹ inauguraram uma perspectiva puramente técnica do processo, entendido agora como relação jurídica pública entre as partes e o Estado, abstrata e autônoma.

A partir dessa concepção publicística, processualistas passaram a defender funções sociais para o processo. O próprio Bülow propôs que o processo fosse tido como instrumento da jurisdição, associado não à tutela do direito subjetivo, mas sim à atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado⁴⁰. Para Franz Klein, o processo era um instrumento à serviço da

³⁷RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]**: a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.7. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

³⁸Windscheid publicou uma monografia em 1856 defendendo a ação como uma expressão da pretensão jurídica, original e autônoma, não mais vinculada à existência prévia de um direito. Seguiu-se da crítica de Muther, para quem a ação do direito romano não deveria ser concebida como uma pretensão, mas sim como um direito distinto, de natureza pública, conexo ao direito privado. Assim: RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]**: a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 103 p. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

³⁹Bülow publicou em 1868 sua Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais, na qual defendeu ser o processo uma relação que se desenvolve entre os funcionários do Estado e os cidadãos, de forma contínua, pertencente ao direito público, diversa da relação de direito privado objeto do debate judicial. Nesse sentido: RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]**: a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.9. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

⁴⁰ABBOUD, Georges; PEREIRA, Mateus Costa. O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al. **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thoth, 2019. p. 347.

justiça, no qual o personagem principal era o juiz, que atuava na busca da verdade real, para atingir um resultado justo. Alterações legislativas na Áustria sob sua responsabilidade incorporaram tais ideais⁴¹. Anton Menger, em Viena, pregava que cabia ao juiz corrigir a desigualdade das partes para fazer triunfar o direito prejudicado⁴². Essa concepção foi difundida por Giuseppe Chiovenda na Itália e repercutiu nos códigos de processo civil do Brasil de 1939, da Itália de 1940, de Portugal de 1961, da República Socialista Federativa Soviética da Rússia de 1964 e da República Democrática Alemã de 1975. Prevaleceu, em tais codificações, a noção de processo como instrumento de investigação da verdade, visando à distribuição da justiça, através do aumento dos poderes instrutórios do juiz e do dever de colaboração das partes, em um procedimento oral, imediato e concentrado⁴³. Ou seja, a natureza pública do processo acabou sendo deturpada em vários códigos autoritários do século XX.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a derrocada de muitos regimes totalitários, observou-se um alargamento das funções públicas e a inclusão, no âmbito da atuação estatal, da promoção do bem comum e da justiça social. O Estado Social moderno deveria garantir as liberdades negativas e promover as finalidades sociais e econômicas. Na sequência, teve início um movimento de Constituições “mais abertas para o caráter social do direito”⁴⁴. Normas liberais que “garantem os poderes dos privados e os colocam protegidos das ingerências públicas”⁴⁵ passam a conviver com “normas teleológicas, as quais assinalam ao Estado fins a perseguir ou indicam resultados úteis ao bem-estar comum”⁴⁶. O Estado Democrático de Direito “representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social”⁴⁷.

⁴¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]**: a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.10. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

⁴² RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]**: a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.11. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

⁴³ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]**: a liberdade das partes no processo / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-2.12 a RB-3.3. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

⁴⁴ IRTI, Natalino, 1999, apud ZANETI JR., Hermes. A relação entre garantismo penal e garantismo civil: fragilização virtuosa e não virtuosa do princípio da legalidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, p. 111-144, jul./dez. 2013.

⁴⁵ IRTI, Natalino, 1999, apud ZANETI JR., Hermes. A relação entre garantismo penal e garantismo civil: fragilização virtuosa e não virtuosa do princípio da legalidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, p. 116-117, jul./dez. 2013.

⁴⁶ IRTI, Natalino, 1999, apud ZANETI JR., Hermes. A relação entre garantismo penal e garantismo civil: fragilização virtuosa e não virtuosa do princípio da legalidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, p. 116-117, jul./dez. 2013.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 39.

Observa-se uma maior aplicação dos princípios gerais e um incremento de leis que explicitam políticas públicas e que indicam como deve-se-lhes interpretar. Além disso, vê-se a escalada de leis especiais, de microssistemas e da constitucionalização dos direitos⁴⁸.

Na visão de Paulo Bonavides, “se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto à lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição”⁴⁹.

No que se refere ao princípio da legalidade, a supremacia do Poder Legislativo defendida pelos ideais libertários já vinha se mostrando, na prática, de difícil implementação em sua integralidade, dada a impossibilidade evidente de a lei tudo prever. Com a positivação dos princípios gerais de direito no constitucionalismo pós-positivista, a função administrativa e a função judicial assumem um papel ativo na realização das funções afetas ao Estado, com espaço decisório fundamentado na Constituição, e não necessariamente vinculado a uma previsão legal infraconstitucional.

O processo assume uma perspectiva de instrumento do direito material, com escopos sociais (promover a paz social e a educação do povo), políticos (manter a autoridade do ordenamento jurídico, afirmar a autoridade do Estado e a liberdade dos cidadãos) e jurídicos (atuar a vontade da lei). O centro metodológico do direito processual passa a ser a jurisdição, enquanto manifestação do poder estatal pelos juízes, para consecução dos fins do Estado, no que ficou conhecido como fase instrumentalista do processo⁵⁰.

Esta doutrina sofreu algumas críticas, ao fundamento de que não se pode confundir os escopos comuns a todas as atuações do Estado com o escopo do processo civil, que é a tutela dos direitos. Defendeu-se o processo como elemento central do direito processual, a fim de ser observada a dimensão participativa da democracia, na medida em que implementa uma lógica dialética, de reconstrução do ordenamento jurídico, através do contraditório e da colaboração (enquanto a jurisdição trabalha com a lógica apodítica, de declaração do ordenamento)⁵¹.

O novo modelo proposto (neoprocessualismo ou formalismo valorativo) sugere a alteração do centro metodológico do direito processual da jurisdição e do Estado (instrumentalismo) para o processo e para o homem. Sugere, ainda, a incorporação da metodologia constitucional no âmbito do processo civil, a implicar a atualização do discurso

⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. A relação entre garantismo penal e garantismo civil: fragilização virtuosa e não virtuosa do princípio da legalidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, p. 117, jul./dez. 2013.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 362, 386.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 159-176, 209-218.

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38-40.

“com normas principiológicas”⁵² e “normas que visam a aplicação de outras normas”⁵³, bem como a solução de problemas “sob a perspectiva dos direitos fundamentais”⁵⁴.

No que se refere à identificação dos escopos a serem alcançados, nos parece que esse modelo acaba por misturar, tal qual o instrumentalismo, os escopos da jurisdição com os escopos do processo. Com foco no processo civil, Mitidiero aponta que seu escopo é a tutela dos direitos. Para tanto o juiz não está “atado a uma pauta de legalidade”,⁵⁵ mas sim de juridicidade, que envolve a ideia de justiça, constitucionalidade e direitos fundamentais, sob pena de ficar refém das exigências do direito contemporâneo, alheio à sociedade civil e às determinantes culturais de nossa época. O processo civil tem que ser pensado a partir da “consciência do caráter cultural do direito”⁵⁶.

Ora, pretender que o processo se preocupe com as exigências da sociedade civil e a ideia de justiça é lançar sobre ele escopos sociais e políticos. Ao fim e ao cabo, portanto, estão ambos, instrumentalismo e neoprocessualismo, tratando de jurisdição e dos fins do Estado, e não de processo⁵⁷.

A breve referência histórica evidencia que os contornos dos diferentes sistemas jurídicos processuais e das diversas roupagens do princípio da legalidade foram moldados pela compreensão que se tinha dos escopos políticos a serem alcançados (pela jurisdição, pelo processo e pelo alcance do princípio da legalidade enquanto garantia dos indivíduos frente ao poder estatal). As diversas roupagens do Estado refletiram em cada uma das concepções de jurisdição, de processo e de princípio da legalidade, em uma retroalimentação dos escopos políticos com a cultura e com a forma como se concebia o Estado.

O desenvolvimento do processo, portanto, é marcado por uma evolução em círculos, com avanços em uma direção e retrocessos na direção contrária. Nestes círculos permeiam os debates entre o privatismo e publicismo, entre a defesa da segurança do homem frente aos poderes do Estado e a necessidade de perseguir uma solução justa na resolução dos conflitos.

⁵² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

⁵³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.

⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 50.

⁵⁷ Para Bruno Silveira de Oliveira, as críticas que o neoprocessualismo endereçou ao instrumentalismo não são suficientes para superar seu paradigma, configurando aquele, na verdade, o desenvolvimento e continuidade deste. Assim: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira), **Revista de Processo**, v. 293, p. 19-47, jul. 2019.

Da mesma forma, a história demonstrou ser impraticável a defesa da supremacia total do poder legislativo sobre o executivo e o judiciário, subordinados a um agir vinculado a regras previamente estabelecidas. A assunção de papéis sociais e econômicos pelo Estado e as transformações da sociedade resultaram na imprescindibilidade da discricionariedade pela Administração Pública: necessária para adequar os casos concretos às previsões legais, em razão de ser impossível ao legislador tudo prever, e inevitável para fazer frente às inovações do mundo moderno⁵⁸.

Exatamente porque a história do processo está tão imbricada com os escopos a serem alcançados pelo Estado, pela jurisdição, com as finalidades esperadas do ordenamento jurídico, importa pesquisar quais são os principais escopos apontados pela doutrina para o processo penal e para o processo civil.

1.3 Principais escopos apontados pela doutrina para os processos criminal e cível

A definição das finalidades de um sistema processual passa por muitos questionamentos doutrinários. As indagações costumam ser abordadas a partir da análise dos fins da jurisdição e do processo, bem como do debate sobre o protagonismo dos atores processuais na condução deste.

A abrangência, complexidade e profundidade dos questionamentos extrapolam em muito os objetivos desta pesquisa. Por isso, nos limitaremos a registrar a seguir os apontamentos da doutrina acerca do tema que têm o potencial de impactar esta pesquisa.

Os escopos relacionados ao processo penal usualmente se relacionam à finalidade da pena, porque, em sendo o direito de punir do Estado um direito de coação indireta, uma pena só pode ser aplicada através do processo (*nulla poena sine iudicio*), o que liga a finalidade do processo penal à finalidade da pena.

⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 210-211.

Em regra, a doutrina assinala como objetivos do processo penal proteger os bens jurídicos⁵⁹, retribuir o mal causado pelo crime⁶⁰, fazer incidir a prevenção geral⁶¹ e a específica⁶² de novos delitos e proteger as vítimas.

A proteção às vítimas compreende o esclarecimento dos fatos e a punição dos culpados que violaram direitos por elas titularizados, através de um procedimento efetivo, além de políticas de proteção e reparação dos danos experimentados. Ou seja, a prática da infração demanda a punição do culpado, com respeito às suas garantias, e também a tutela da vítima atingida pelo ilícito⁶³.

Identificando os escopos do processo penal e sua necessidade para aplicação da pena, Lopes defende o processo como instrumento garantidor da efetivação das garantias constitucionais, limitador do poder do Estado⁶⁴.

Usualmente, a conceituação do processo como instrumento de garantia do indivíduo parte de um modelo bastante difundido no Brasil. Trata-se do modelo de Luigi Ferrajoli, que propôs princípios de limitação do poder estatal no âmbito do delito, do processo e da pena⁶⁵.

⁵⁹ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 21; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 100.

⁶⁰ Como ensina Goldschmidt, a teoria da retribuição atualmente defendida é a da retribuição jurídica, baseada em postulados de justiça (*Birkemeyer*) ou em fins sociais (Adolfo Merkel e Ricardo Schmidt). (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 22)

⁶¹ Neste sentido a famosa frase do juiz Burnet: “Homem, és enforcado não porque roubaste um cavalo, mas para que cavalos não sejam roubados”, sendo representantes teóricos desta teoria Bauer, Feuerbach, Gmelin e Filangieri. Nesse sentido: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 14.

⁶² Como a prevenção geral/social não foi suficiente para impedir a prática do crime pelo delincente, é preciso executar a ameaça em relação a ele, seja por intimidação e anulação (Grolmann), seja por correção (Roeder). Assim: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 24.

⁶³ São garantidos à vítima direitos de informação, segurança, apoio, proteção física, patrimonial, psicológica, documental, participação e ressarcimento dos danos materiais e morais suportados em decorrência do delito. As regras procedimentais devem ser estruturadas de modo a atender a finalidade de proteção à vítima. Cite-se, neste sentido, o depoimento especial das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência (Lei 13.431/2017) e a imposição, na sentença condenatória, da fixação de um valor mínimo para ressarcimento da vítima, à título de reparação por danos materiais e morais (art. 387, CPP e REsp 1.585.684-DF, Superior Tribunal de Justiça). No âmbito do Ministério Público, a Resolução 181/2017 do CNMP, que dispõe sobre o procedimento investigatório criminal, regulamenta, em seu artigo 17, inúmeras providências a serem implementadas pelo Ministério Público destinadas a assegurar o direito das vítimas.

⁶⁴ Para o autor, por ser soberano o Estado não necessitaria provar seu direito de punir através de um processo. No Estado Democrático de Direito, a legitimação do poder de punir do Estado vem exatamente do processo penal que observe as garantias constitucionais. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57)

⁶⁵ O autor propôs dez princípios para seu modelo garantista: 1) princípio da retributividade; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionalidade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do encargo da prova; 10) princípio do contraditório. (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 93)

Para Fischer, a primeira aproximação deste modelo, no contexto histórico em que proposto, se relacionava à proteção dos direitos fundamentais individuais. Com a visão atual do constitucionalismo, os comandos constitucionais devem ser compreendidos de forma sistêmica e integral, o que significa que os direitos fundamentais individuais devem ser protegidos e valorados em conjunto com os demais direitos fundamentais, em uma relação de proporcionalidade⁶⁶. Mendonça complementa a ideia no sentido de que os mandamentos constitucionais de criminalização de condutas (art. 5.º, XLI, XLII e XLIII, CF: punição de discriminação contra direitos fundamentais, do racismo, tortura, terrorismo, tráfico de drogas e crimes hediondos), insertos no texto constitucional junto aos direitos fundamentais, evidenciam uma mudança de mentalidade. Os fins atuais do direito penal e do processo penal englobam a proteção de outros bens jurídicos fundamentais ao lado dos direitos individuais, como, por exemplo, a segurança e a tutela jurisdicional efetiva, com a punição efetiva e em prazo razoável e a execução da sanção diante de uma conduta criminosa (artigo 5.º, *caput*, XXXV e LXXVII, CF), o que fortalece o princípio democrático, ao reforçar a confiança dos cidadãos no Poder Judiciário e estimular a participação nas decisões políticas (art. 1.º, *caput*, CF). O processo penal, portanto, tem função de instrumentalidade garantista dos direitos individuais, mas não exclusivamente, na medida em que também garante outros direitos fundamentais, como a segurança e a tutela jurisdicional efetiva na apuração e na punição indivíduo que praticou o crime⁶⁷.

Parte da doutrina defende ainda a necessidade de compatibilização da finalidade garantista do processo com as decisões políticas criminais perseguidas pelo sistema criminal.

Cunha define o processo penal como “instrumento de expressão de decisões políticas sobre a forma por meio da qual devem ser punidos os comportamentos indesejáveis”.⁶⁸ Nesta tarefa, deve compatibilizar sua missão de garantia com a missão de catalisador dos anseios político-criminais. Tratar as garantias “como trunfos universais e eternos”⁶⁹ leva a um descompasso entre o processo penal e os fins político-criminais perseguidos pelo sistema

⁶⁶ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; _____; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 62-63.

⁶⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 184-185, 188.

⁶⁸ CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 25.

⁶⁹ CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 29.

jurídico-penal, com “contradições intrassistêmicas prejudiciais à atividade persecutória estatal e aos próprios anseios sociais de proteção de interesses politicamente escolhidos”⁷⁰.

Binder, por sua vez, ao tratar do ideal aspirado pela justiça penal, ensina que ao “Estado compete, em igual medida, a proteção dos indivíduos e a efetiva realização ou aplicação do Direito. Um verdadeiro Estado de Direito procura ser tão eficiente tanto em um plano como em outro”⁷¹.

Apregoa-se, portanto, uma “relação de complementariedade funcional”⁷², “corresponsabilidade ou cooperatividade”⁷³ entre a política criminal, o processo penal e as normas penais, a fim de orientarem o esclarecimento dos objetivos do sistema de justiça criminal.

Ou seja, a compatibilização do respeito aos direitos fundamentais individuais e a proteção do cidadão frente ao Estado com a repressão eficaz da criminalidade e a proteção da vítima são abordados pela doutrina no contexto da finalidade da jurisdição criminal ou do processo penal, sem qualquer consenso quanto ao significado de tais termos.

No âmbito cível, a moderna doutrina sustenta que o objetivo do processo civil é alcançar a tutela adequada, tempestiva e efetiva das pessoas e dos direitos, para a resolução do conflito mediante um processo justo.

Os debates mais acalorados permanecem relacionados ao protagonismo das partes no processo.

Barbosa Moreira já defendia que, uma vez submetido o fato ao juiz, o assunto se converte em matéria de interesse geral, havendo um interesse público no desenvolvimento e no desfecho dos processos. Ainda que relacionados a particulares e a interesses privados, ao juiz não apenas é lícito preferir a vitória da parte que esteja com razão, como lhe cumpre fazer tudo que puder para que se alcance isso⁷⁴.

⁷⁰ CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 30.

⁷¹ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 26.

⁷² CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 33.

⁷³ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 20.

⁷⁴ Sobre a “privatização do processo”, o autor sugere a inclusão da expressão “numa lista de modernas invenções do demônio”. No entanto, “Satanás é demasiado inteligente e tem muito que fazer para ocupar-se com coisas tão reles”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 13-30). O mesmo autor também defendeu que uma das finalidades do processo é a promoção da igualdade entre os indivíduos, conforme seus recursos culturais, econômicos e força política. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo, **Revista de Processo**, v. 105, p. 181-184, jan./mar. 2002)

Para Cândido Dinamarco, a jurisdição é expressão do poder soberano estatal e possui finalidades públicas maiores que a mera tutela dos direitos⁷⁵.

Ao abordar a prevalência da vontade das partes no processo, Marinoni assevera que o processo “não pode se preocupar apenas com a resolução dos litígios nem muito menos se pautar no exclusivo interesse das partes. O processo tem compromisso com a Constituição, com a sociedade e com o desenvolvimento do direito”⁷⁶ e esses escopos prevalecem, em caso de atrito com da vontade das partes. O juiz deve observar o direito fundamental à tutela efetiva, consistente na prestação da tutela jurisdicional a partir do seu convencimento sobre a verdade, o que ocorre através da produção de provas idôneas à demonstração dos fatos⁷⁷.

Bedaque chega a afirmar que processo e jurisdição têm o mesmo objetivo, já que aquele constitui meio de atuação desta. “Sendo o processo instrumento da jurisdição, deve ser entendido em função desta, ou seja, como instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado”⁷⁸.

Há quem sustente, ainda, que a finalidade do processo (civil, no caso) seria não só a tutela dos direitos mediante uma decisão justa, mas também a formação de precedentes⁷⁹.

De outro lado, entende-se que o “ser constitucional do processo” o configura como instituição de garantia e não como instrumento do poder do Estado. A função do processo seria garantir que a aplicação do direito (função da jurisdição) não se faça com desvios e excessos.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 149.

⁷⁶ MARINONI, Luis Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2018/12/CONVEN%C3%87%C3%83O-PROCESSUAL-SOBRE-PROVA-DIANTE-DOS-FINS-DO-PROCESSO-CIVIL.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

⁷⁷ MARINONI, Luis Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2018/12/CONVEN%C3%87%C3%83O-PROCESSUAL-SOBRE-PROVA-DIANTE-DOS-FINS-DO-PROCESSO-CIVIL.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 70.

⁷⁹ “Levando-se em consideração a transformação do conceito de interpretação (do cognitivismo descritivo ao adscritivismo reconstrutivo), do conceito de norma (princípios, regras, sobreprincípios e postulados), da incorporação e incremento da técnica legislativa aberta (conceitos indeterminados e cláusulas gerais), da existência do controle difuso de constitucionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais, fica fácil perceber a razão pela qual a doutrina aponta um eloquente deslocamento a partir dessa verdadeira virada conceitual: da vocação do nosso tempo para legislação e para ciência do direito (vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) para a vocação do nosso tempo para jurisdição (vocazione del nostro tempo per la giurisdizione) – ou, mais precisamente, para o processo. A partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes. Daí que a jurisdição no processo civil do Estado Constitucional tem por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente na promoção da unidade do direito para a sociedade em geral.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, e-book. Tópico. 6.28)

Para Costa, o fato de o constituinte originário ter elencado o devido processo legal no rol das garantias fundamentais de liberdade (artigo 5.º, inciso LIV) deve servir como premissa para constatação de sua natureza jurídica: é instituição de garantia ao exercício republicano do poder, e não instrumento. E a garantia de liberdade tem a mesma essência da divisão de funções entre os sujeitos processuais (o juiz garante a liberdade do homem face ao exercício do poder pelo Estado, e o processo garante ao homem que sua liberdade será resguardada face ao próprio “juiz-garante”, impedindo que ele exerça a tutela jurisdicional com subjetividade). Ao inserir o devido processo legal no rol de garantias fundamentais de liberdade, o que a Constituição Federal assegura é uma garantia ao jurisdicionado de “um procedimento em contraditório regulado exclusivamente em lei”⁸⁰ (não em resoluções judiciais criativas), uma inafastável interface comunicativa entre a jurisdição e os jurisdicionados, no sentido de serem as partes “integradas a uma instância comunicativa”⁸¹, de modo a serem sempre ouvidas antes da entrega da tutela. O mesmo procedimento regulado em lei, com garantia de contraditório, se aplica no âmbito penal, inclusive na fase da investigação.

Raatz defende o processo como um direito fundamental, como condição para intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo. Ele se interpõe entre o direito à tutela jurisdicional e o modo como o Estado presta esta tutela, servindo de garantia contrajurisdicional ao restringir e limitar o poder jurisdicional⁸².

O processo seria, portanto, um instrumento da liberdade contra o exercício arbitrário do poder pelo Estado. Seu objeto é a pretensão processual do demandante, e não a lide. Sua finalidade direta é servir de método de trabalho, estabelecer normas que legitimem a intervenção do Estado na vida dos indivíduos⁸³. As partes estão mais habilitadas que o juiz para decidirem sobre os rumos que suas atitudes desencadeiam no processo⁸⁴.

Em síntese, os ativistas defendem um protagonismo do juiz na reconstrução dos fatos, a fim de revelar a realidade, diante da natureza pública do processo e da necessidade de prolação

⁸⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo como instituição de garantia**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁸¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo como instituição de garantia**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁸² RAATZ, Igor. Processo, liberdade e direitos fundamentais, **Revista de Processo**, v. 288, p. 21-52, fev. 2019.

⁸³ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]: a liberdade das partes no processo** / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RB-3.8, RB-3.11, RB-5.30. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

⁸⁴ GREGO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 290-291.

de decisões corretas e de garantir-se a integridade do ordenamento jurídico. Por entenderem que o processo é instrumento da jurisdição, os escopos políticos, sociais e jurídicos desta são por aquele compartilhados.

Já os garantistas enxergam a jurisdição como poder, e por isso defendem o processo como uma garantia do cidadão contra eventuais excessos do juiz, que deve se conformar com as provas produzidas pelas partes.

Fica nítida, das concepções sobre os objetivos do processo penal e do processo civil, uma confusão entre as finalidades da jurisdição e do processo, “inclusive colocando-se como fim do processo o que seria mais exato se tivesse como fim da jurisdição”⁸⁵.

Este estudo não se propõe a investigar as fases metodológicas do processo ou as polêmicas em torno do garantismo, do ativismo, do publicismo e do privatismo. Objetivou-se demonstrar o estado da arte a fim de evidenciar a importância de se apontar qual definição de jurisdição e processo será utilizada para fundamentar as premissas deste trabalho.

Isso porque, como visto, o desenvolvimento do processo foi impactado por distintas perspectivas da forma de organização do Estado, influenciadas, por sua vez, por concepções diferentes sobre justiça (privatista, publicista, ativista, garantista) e pelos escopos a serem alcançados pelo ordenamento jurídico e pela jurisdição.

Importa, portanto, esclarecer as definições de jurisdição e processo (jurisdicional e consensual) utilizadas neste estudo, já que a margem permitida para operacionalização do sistema jurídico ligada à atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo pressupõe uma disponibilidade processual da imperatividade da imposição do direito punitivo através do Poder Judiciário.

1.4 Diferenciação entre jurisdição, processo jurisdicional e processo consensual.

Conceitos adotados neste trabalho

Em sua tese de doutorado sobre os novos paradigmas da jurisdição, Marcelo Barbi Gonçalves faz um minucioso apanhado das teorias sobre a jurisdição, suas características e princípios, seguidas de críticas e da sugestão de um conceito atual, compatível com a reconfiguração do papel de Estado. Esta pesquisa seguirá algumas posições adotadas pelo autor.

Os conceitos clássicos de jurisdição envolvem poder, poder-dever, função e atividade.

⁸⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da jurisdição**. Bahia: Universidade da Bahia, 1957. p. 26.

A corrente finalística-objetiva a conceitua como a função de aplicação do direito objetivo pelo Estado, em substituição às partes, para satisfação de uma pretensão, com finalidade de atuar a vontade concreta da lei (Giuseppe Chiovenda)⁸⁶. O juiz declara a incidência da lei a partir de um suporte fático (teoria dualista). Para Mortara, seria a aplicação da legislação ao caso concreto, a partir de uma divergência entre vontades subjetivas ou entre normas objetivas, com a finalidade de conferir integridade ao ordenamento jurídico⁸⁷.

Exatamente porque a finalidade da jurisdição é a atuação do direito objetivo, nesta corrente o magistrado tem um papel central na direção do processo, inclusive com impulso oficial, as normas processuais são cogentes e vigora a comunhão da prova (separação entre direito e processo).

O paradigma da corrente finalística-objetiva é o Estado. O direito objetivo, instrumento para afirmação da soberania do Estado, é dado pelo Poder Legislativo. O Executivo persegue o interesse público e o Judiciário faz atuar o ordenamento jurídico. O direito de ação torna-se meio para se deflagrar o processo, que, “por sua vez, é o instrumento da jurisdição, a qual, de sua parte, ratifica a autoridade do ordenamento jurídico. E o direito objetivo, por fim, é o instrumento do qual se vale o Estado para afirmar a sua soberania. O ciclo se fecha”.⁸⁸

Já a corrente finalística-subjetiva compreende a jurisdição a partir do homem. Para Francesco Carnelutti, o escopo da jurisdição é a justa composição da lide, entendida como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁸⁹. A atuação do direito objetivo é o meio para se obter essa justa composição. Para Mitidiero, a finalidade do processo é a tutela de direitos, devendo-se colocar o processo como centro metodológico do direito processual civil, e não a jurisdição, cujo escopo seria a atuação do ordenamento jurídico⁹⁰.

Como o foco está na solução do conflito com justiça, para a corrente finalística-subjetiva o processo deve se adequar à lide, para proporcionar um julgamento integral, o que conduz a um princípio dispositivo na marcha processual. A lei seria um projeto de disciplina da conduta humana, que se concretiza na sentença (cria o direito; teoria monista). Este conceito dá suporte a uma maior elasticidade, para adequação do processo à lide, com incidência do princípio dispositivo na marcha processual.

⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1965, p.301.

⁸⁷ MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile**. Vol. 1. 4ª ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1906, p. 20-21.

⁸⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos paradigmas da jurisdição: conceito, princípios, funções**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019. p. 68.

⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971, p. 5.

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.25-52.

Conforme resume Barbi, as críticas à teoria finalística-objetiva são no sentido de que dizer que a aplicação do direito objetivo é o conteúdo e o fim da jurisdição (ao satisfazer uma pretensão) ao mesmo tempo em que é o limite e o meio para a Administração (satisfazer os interesses gerais) equivale a um jogo de palavras, já que ambas, jurisdição e Administração, colimam a realização do ordenamento jurídico. Ainda, o Estado de uma forma geral e também os particulares aplicam o direito objetivo. E a legislação não precede a jurisdição, evidência extraída das sociedades primitivas, nas quais os árbitros já solucionavam controvérsias antes da existência de uma legislação posta.

E as críticas à teoria finalística-subjetiva se acentuam na dificuldade de se compreender o fenômeno processual de forma unitária. Afinal, em sendo o fim do processo a tutela dos direitos, cada ramo do processo (civil, penal, administrativo) terá sua finalidade específica. Ainda, obter uma decisão justa, realizar a justiça, são conceitos fluídos, que abrangem juízos de valor subjetivos, variáveis, razão pela qual não devem expressar os fins da jurisdição⁹¹.

No que se refere às características e princípios da jurisdição, Barbi destaca que o fato de a jurisdição ser expressão da soberania estatal não conduz à conclusão de que o Estado detém seu monopólio. As jurisdições paraestatal (indígena: artigo 231 da CF), extraestatal (Coordenadoria Regional de Autoridades Comunitárias - *Policía Comunitaria*, no México), transnacional (método arbitral de resolução de conflitos por particulares, Leis 9.307/96, 13.105/15 e 13.129/15), internacional e comunitária (supranacional) evidenciam que existem, sim, funções jurisdicionais exercidas fora da organicidade estatal, em uma coexistência horizontal entre os sistemas de justiça. Sobre elas o Estado exerce uma competência geral de controle, e o Poder Judiciário exerce uma jurisdição de reserva.

Ainda, a inevitabilidade da jurisdição estaria ligada à ideia de imperatividade, de se impor independentemente da aceitação das partes. A lide também não se apresenta como pressuposto da jurisdição, na medida em que configura apenas uma das causas possíveis para se acionar o Poder Judiciário. Da mesma forma, não é possível dizer que a jurisdição sempre substitui a vontade das partes, o que ocorre nas hipóteses nas quais as partes poderiam atingir o efeito jurídico pleiteado diretamente (inexistente nas medidas coercitivas, que levam ao cumprimento da obrigação sem qualquer substituição das partes pelo Estado, e nos processos necessários, penais e não penais). A sentença, por sua vez, nem sempre declara direitos preexistentes. Fazendo uma conexão entre as teorias do ordenamento jurídico (dualista e monista) e as teorias da jurisdição (declaratória e criativa), Barbi enfatiza que toda aplicação do

⁹¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos paradigmas da jurisdição**: conceito, princípios, funções. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019. p. 42-43, 75, 76-78.

direito passa por um processo de interpretação. Entre o fato concreto e a previsão legal incide a interpretação. Em alguns casos há certeza semântica das regras e o juiz apenas declara seu conteúdo. Em outros existe uma zona de penumbra e o juiz irá interpretar, escolher dentre as alternativas válidas. Nem mesmo a coisa julgada seria uma característica essencial da jurisdição, já que ela é produzida antes mesmo da produção da coisa julgada e independente dela⁹².

Fazendo uma releitura dos princípios da jurisdição, Barbi aponta que a inafastabilidade deve ser entendida a partir do elemento volitivo, ou seja, caso as partes queiram, possuem o direito de acionar o Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Para o autor, a indeclinabilidade - relacionada à proibição do *non liquet* - não possui assento constitucional e por isso o Poder Judiciário deve inclusive declinar de sua jurisdição quando existir outro órgão com maior expertise para ocupar a posição de protagonista no processo decisório. Ainda, é preciso rever o modelo ultramonista disfuncional do artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, diante do fenômeno mundial de desjudiciarização, ou seja, que reconhece outras instituições idôneas para exercerem a função de administração da justiça. A globalização, a desestatização do direito e o aumento de relações sociais desterritorializadas impactam o paradigma soberania-território-jurisdição, existindo atualmente outros critérios que autorizam o exercício da jurisdição, além da territorialidade. A própria indelegabilidade da jurisdição permanece um dogma, enquanto delegações das funções normativa e administrativa já convivem com harmonia com a Constituição Federal, até mesmo como imperativo de eficiência do Estado, residindo a discussão na necessidade de fixação de regras gerais e parâmetros⁹³.

Diante dessa releitura do conceito de jurisdição, Barbi destaca a necessidade de revisitar os escopos que lhe são usualmente relacionados (finalidades sociais e políticas: pacificação social, afirmação da autoridade do Estado e do ordenamento jurídico e educação para o exercício dos direitos), já que representam, na verdade, seus efeitos. A jurisdição seria a função de tutela de interesses exercida por terceiro indiferente no processo, com a finalidade de satisfazer as necessidades de tutela do homem. Enquanto a jurisdição visa tutelar expectativas de incidência normativa, o processo é um método que institui as regras do jogo (modo de dar razão a quem assiste o direito material), representando ao mesmo tempo um instrumento (do

⁹² GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos paradigmas da jurisdição**: conceito, princípios, funções. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019. p. 198, 207-235.

⁹³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos paradigmas da jurisdição**: conceito, princípios, funções. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019. p. 91-92, 236-237, 243-269, 290-303, 311-316.

Poder Judiciário cumprir suas funções constitucionais e do indivíduo obter a tutela jurisdicional) e uma garantia⁹⁴.

Os dados insertos no item 1.1, sobre a forma como o Estado recebe, processa e soluciona as demandas criminais e de improbidade administrativa - através de uma investigação formalizada seguida de um processo jurisdicional que abranja instrução e julgamento por juiz (*full trial*) -, evidenciam que esta resposta estatal não se mostrou eficaz.

A baixíssima taxa percentual de conversão de Boletins de Ocorrência em inquéritos policiais demonstra que a grande maioria dos crimes noticiados sequer dá ensejo a uma investigação. Significa que a política penal realizada pelo Estado se mostrou deficitária, porque ele não deu conta de intervir para garantir a segurança pública.

A falha da intervenção estatal para prestar a segurança pública impacta os direitos humanos em geral, sob a ótica dos indivíduos que a demandavam e ficaram desguarnecidos⁹⁵.

A tramitação durante décadas, com ausência de ressarcimentos e de reparação dos danos objeto de ações de improbidade administrativa, revela que esta forma de manifestação do poder punitivo estatal (formalização de uma investigação seguida da instauração de um processo judicial *full trial*) também se mostrou falha.

A atuação da jurisdição clássica estatal, portanto, no âmbito do direito punitivo, através do julgamento *full trial* em processos criminais e por atos de improbidade administrativa, não cumpriu o escopo estatal de prevenção geral e especial, de proteção da vítima e de efetiva punição de condutas socialmente indesejáveis.

No caso, tais escopos são afetos ao Estado, sendo o escopo da jurisdição tutelar as expectativas de incidência normativa, a partir dos pedidos das partes, por meio de processos

⁹⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos paradigmas da jurisdição: conceito, princípios, funções**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019. p. 303, 311, 365-371, 390-392, 404-405, 409, 443-445, 458-459. Sobre essa função dúplici do processo, vale o registro do entendimento de Diego Crevelin, pela clareza e objetividade: “Assim, o processo não é coisa das partes, não é coisa do juiz nem coisa das partes e do juiz. Ora, ele não é um Centauro – parte homem, parte cavalo. Ou bem ele é uma garantia – e é coisa das partes – ou bem ele é um instrumento – e é coisa do juiz. Não há meio termo possível aqui [...] Se o ser público do processo (o que o processo é) deriva do fato de ele reger as relações entre o Estado-juiz e as partes, o ser publicista ou garantista das teorias de processo (como o processo deve ser compreendido) é resultado de uma decisão da comunidade teórica. E esse é o ponto: a comunidade teórica é livre para tomar tal decisão? [...] Não há liberdade e o caminho para testar a sua correção é submetê-los ao arranjo institucional de cada comunidade política (Constituição, leis, etc.). [...] Constitui erro metodológico estabelecer um elo necessário entre a natureza pública do processo (ontologia processual) e o publicismo processual ou o garantismo processual (epistemologia processual). A relação entre eles é apenas contingencial, estabelecida nos termos da institucionalidade vigente em cada comunidade política”. (SOUZA, Diego Crevelin de. **Dever (ou garantia) de (não) provar contra si mesmo?** (!) O dilema em torno do art. 379, CPC. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provar-contra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>>. Acesso em: 22 out. 2019)

⁹⁵ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público**. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 40.

criminais e cíveis. Fazemos o registro diante da confusão de se misturar os escopos da jurisdição e do processo com os escopos do Estado, como apontado acima.

Os escopos do Estado brasileiro, dentre eles aqueles afetos à forma de resolução de conflitos e ao direito punitivo, foram impactados por influências políticas. Essas influências ocorreram exatamente quando da promulgação da Constituição Federal.

Não é tarefa simples clarear qual é a margem permitida para operacionalização do sistema jurídico, a partir de influências políticas, a fim de se evitar respostas “*ajurídicas*”, isto é, respostas contaminadas por influxos morais, políticos e econômicos⁹⁶.

Exatamente no propósito de se evitar influências indevidas é que se adota, neste trabalho, a concepção de que, no Brasil, a influência política estruturante de todo o sistema de resolução de conflitos ocorreu exatamente quando da promulgação da Constituição Federal.

O legislador constituinte originário foi quem estabeleceu os escopos políticos e sociais visados pelo Estado e sua relação com o indivíduo⁹⁷. Foram impostos vários deveres e obrigações a serem exercidos pelo Estado e as garantias a serem observadas para proteger o cidadão de eventuais excessos no cumprimento do que foi determinado como forma de se alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil. Os objetivos estratégicos definidos orientam metas e programas de governo, além de impactarem na formação do ordenamento jurídico nacional, de modo que não só a previsão, mas a concretização dos direitos humanos, seja a “principal missão do Estado”⁹⁸.

É preciso que ambos (obrigações estatais e garantias individuais) sejam compreendidos de forma sistêmica. A Constituição Federal não foi promulgada exclusivamente ou prioritariamente para que o Estado respeite os direitos fundamentais do indivíduo. Ela foi promulgada em um contexto de um Estado Democrático de Direito que engloba o Estado Liberal e o Estado Social. As conquistas de proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado já obtidas são mantidas. Mas a liberdade individual não mantém sua prioridade, para só depois se tutelar a sociedade. A Constituição Federal impôs ao Estado o compromisso de realizar o

⁹⁶ ROSSI, Júlio César. O garantismo estrutural. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al. **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Editora Thoth, 2019. p. 559-568.

⁹⁷ O artigo 1.º da Constituição Federal qualifica o Estado brasileiro como Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Seu artigo 3.º elenca como objetivos fundamentais a serem alcançados a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁹⁸ SENNA, Gustavo. **Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 24.

bem-estar geral, através da implementação de direitos sociais, ao mesmo tempo em que garante a liberdade dos indivíduos, por meio de uma democracia substancial.

Ao lado, portanto, da garantia de liberdades negativas que privilegiam o indivíduo, está uma postura positiva para uma atuação efetiva que atenda ao bem-estar comum. É por isso que o devido processo legal e o contraditório convivem com os mandamentos constitucionais de criminalização de condutas e de punição efetiva, em prazo razoável, de comportamentos indesejáveis. São todos, ao fim e ao cabo, comandos constitucionais que estabelecem a forma como o Estado deve cumprir seus objetivos fundamentais.

Uma leitura sistêmica da Constituição Federal evidencia que existem diversos meios de atuação do Estado e variadas formas de tutela dos direitos nela previstos. Como será melhor no item 2.3, foram consagrados dois sistemas de acesso à justiça: o acesso à justiça por adjudicação via Poder Judiciário e a resolução consensual de conflitos. A tutela jurisdicional é apenas uma das formas de tutela de direitos.

Por isso adota-se, neste trabalho, o conceito de jurisdição proposto por Barbi, como função de tutela de interesses, exercida por terceiro indiferente, no processo.

A ressalva que se faz ao conceito proposto por Barbi se refere à abordagem, para nosso entender limitada, de que a finalidade da jurisdição é a satisfação de expectativas de incidência normativa dos indivíduos, diante do primado da dignidade da pessoa humana.

A tutela jurisdicional alcança a dimensão pública do direito. Ela tutela não apenas os interesses dos indivíduos. Os próprios direitos fundamentais não se limitam aos direitos do indivíduo. Ela atinge as expectativas de incidência normativa (interesses) asseguradas no ordenamento jurídico para todos, independentemente de quem pleiteia a tutela (se um indivíduo, uma coletividade ou o próprio Estado).

E isso não afeta em nada a primazia da dignidade da pessoa humana, exatamente porque o reconhecimento desta primazia não é suficiente para que se possa determinar previamente, objetivamente e em abstrato que o interesse do indivíduo deve sempre prevalecer quando ameaçado frente aos interesses do Estado ou da sociedade. A Constituição Federal tutelou interesses individuais e interesses difusos da coletividade, de forma que ambos coexistem e encontram proteção constitucional. Fora as hipóteses fáticas nas quais a própria Constituição determinou *a priori* qual deles deve prevalecer, a única forma de se aferir essa prevalência é através da interpretação, a partir da ponderação dos interesses e direitos em conflito.

E o que a jurisdição irá fazer é exatamente isto: tutelar expectativas de incidência normativa através da interpretação do ordenamento jurídico. E para nortear esse processo de convencimento do magistrado quanto à certeza jurídica a ser aplicada na solução daquele fato

é que são instituídas regras, mecanismos de trabalho. O processo jurisdicional, portanto, é esse método que institui as regras do jogo da jurisdição.

A tutela jurisdicional tem uma característica específica que é ser dotada de inevitabilidade, ou seja, não depende da aceitação das partes. Através dela o Estado pode, legitimamente, usar a violência para impor a decisão proferida, se necessário for.

A concepção de processo enquanto garantia contrajurisdicional do cidadão nos parece melhor acomodada em um contexto no qual se aborda o processo jurisdicional. Exatamente porque esse tipo de tutela não depende da aceitação do indivíduo e pode ser imposta contra sua pessoa, inclusive mediante uso da força, o método de trabalho (processo) da tutela jurisdicional deve garantir ao indivíduo que aquela tutela não seja prestada com desvios e excessos.

Por outro lado, não nos parece coerente transplantar esse conceito de processo (enquanto instrumento de liberdade contra o exercício arbitrário do poder do Estado) para outras áreas de atuação do Estado e outros modos de tutela sem que se façam alguns ajustes. Afinal, as diferentes formas de processo estão relacionadas com as diversas formas de tutela dos direitos, cada qual com seu método de trabalho específico, a oportunizar um desenvolvimento racional e previsível.

A tutela dos direitos é entendida aqui como a pluralidade dos deveres impostos ao Estado: formar e manter um conjunto de normas reguladoras de condutas, executar as leis e “gerir os meios necessários e suficientes para obter a cessação da conduta contrária a uma norma, por parte de um membro da sociedade (sujeito público ou privado), e dar lugar, diretamente ou mediante sub-rogação, a uma conduta *lato sensu*”⁹⁹ que restitua a ordem jurídica (função jurisdicional).

Didier descreve o processo como um procedimento (conjunto ordenado de atos destinados a um fim) que produz relações jurídicas entre os sujeitos processuais e serve para criação de normas jurídicas¹⁰⁰. Sob este enfoque, portanto, o processo é uma ferramenta de criação de normas jurídicas, sejam elas administrativas (processo administrativo), legislativas (processo legislativo), jurisdicionais (processo jurisdicional) ou negociais (processo negocial), o que faz dele um método para o exercício do poder¹⁰¹.

⁹⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 29.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 84-92.

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 85.

Nos parece mais apropriado compreender o processo como um método de trabalho, desprendido de qualquer finalidade.

Adota-se, portanto, o conceito de processo de Fazzalari, segundo o qual o processo é “procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os interessados, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato”¹⁰².

A compreensão do processo enquanto método de trabalho que serve para construção de normas jurídicas e produz relações jurídicas entre os sujeitos processuais permite seu estudo em uma perspectiva mais abrangente, compatível com o exercício de variadas funções estatais, por seus diversos órgãos, com racionalidade e previsibilidade. Afinal, embora o poder seja uno, para atingir os objetivos a que se propõe, o Estado desenvolve várias atividades, seja diretamente (legisla, executa e julga conflitos), seja através de órgãos especialmente destinados a obter a satisfação de determinadas funções, como o Ministério Público. Cada atividade carrega em si um escopo e a forma como é exercida objetiva permitir que este escopo seja atingido.

Da mesma forma, esse conceito admite que o processo abranja diversas modalidades, não para que se cogite formatar um direito processual unitário, mas para que se autorize uma abordagem sistemática dessas modalidades¹⁰³.

Para o que interessa a esta pesquisa, o processo consensual destinado a solucionar casos criminais, de improbidade administrativa e de atos corruptivos da Lei 12.846/2013 seria, portanto, o método de trabalho, o procedimento dialógico estabelecido entre o Ministério Público e o autor do ilícito, que justifica o enfraquecimento de posições jurídicas de direito fundamental do infrator fundamentado no seu consentimento.

Os conceitos de jurisdição e processo (jurisdicional e consensual) adotados melhor se ajustam a uma leitura sistemática da Constituição Federal. E se apresentam em um ambiente em que as modalidades de tutela jurisdicional e de instrumentos processuais jurisdicionais previstos na legislação ordinária não conseguem mais responder às exigências de efetividade do direito punitivo. A equivalência do processo jurisdicional com o processo consensual e a compreensão de que não há imperatividade de imposição do direito punitivo através do processo jurisdicional servirão de chave de leitura para compreensão dos poderes negociais do Ministério Público nesta temática.

¹⁰² FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

¹⁰³ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 19-20.

Os conceitos empregados nos permitem avançar para análise da juridicidade do processo negocial como método de trabalho possível para tutelar expectativas de incidência normativa do direito punitivo. Para além deles, imprescindível estudar a compatibilidade deste processo negocial com o ordenamento jurídico brasileiro como um todo e nossa tradição processual.

2 COMPATIBILIDADE DA ATUAÇÃO NEGOCIAL NO DIREITO PUNITIVO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO E A TRADIÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Conforme constatado no item 1.4, a Constituição Federal estabeleceu os escopos do Estado brasileiro. Para atingir tais escopos e concretizar os direitos humanos foi determinada a primazia da dignidade da pessoa humana e a punição de comportamentos desviantes¹⁰⁴.

Ainda, de acordo com o item 1.3, o direito punitivo abrange a proteção do indivíduo face ao poder do Estado ao mesmo tempo em que garante que o ordenamento jurídico freie comportamentos daquela natureza (prevenção geral e especial e proteção à vítima). E a resposta estatal *full trial* não se mostrou eficaz neste ponto (item 1.1).

Também restou destacada a dimensão pública do direito, no sentido da jurisdição tutelar todas as expectativas de incidência normativa e não apenas aquelas afetas aos direitos individuais. Isso para a própria estabilidade da sociedade. No âmbito do direito punitivo, significa garantir a proteção do indivíduo frente ao Estado, inclusive com um desequilíbrio a seu favor, mas também garantir que o direito funcione de maneira institucional, para que os comportamentos desviantes sejam realmente freados.

Interessa a este trabalho abordar o processo negocial conduzido pelo Ministério Público para satisfazer as necessidades de tutela no âmbito do direito punitivo. Isso com o singelo objetivo de aferir a juridicidade dessa atuação, enquanto mais uma possibilidade de resposta estatal frente às infrações cometidas. Na área criminal, a adoção do processo negocial pode impactar na característica do sistema de justiça criminal de se ocupar quase integralmente da punição de tráfico de drogas e de crimes patrimoniais, cometidos, na franca maioria dos casos, por jovens negros sem escolaridade. Para que a persecução judicial integral no âmbito do direito punitivo seja executada de fato como *ultima ratio*, a incidir de forma eficaz sobre as condutas de maior lesividade. Enfim, para aliviar o sistema de persecução integral em juízo, de forma que sua engrenagem funcione mais ativa e fluida nas infrações graves e complexas. E para oferecer uma opção aos infratores de menor lesividade de acordarem, caso queiram, uma sanção que não passe por uma submissão ao processo judicial e aplicação final de pena, com resgate paralelo da figura da vítima neste ambiente negocial. Na área dos atos de improbidade administrativa e atos corruptivos da Lei 12.846/2013, para alcançar de forma mais célere a

¹⁰⁴ O art. 1.º, III, da CF estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Brasileira. Sobre a punição de comportamentos desviantes, o constituinte originário determinou a criminalização de diversas condutas, que seja prestada pelo Estado uma tutela efetiva, de forma a garantir a segurança da sociedade (artigo 5.º, *caput* e incisos XLI, XLII, XLIII, LXXVIII).

solução do conflito, inclusive com a recuperação dos valores (ressarcimento do dano material e do enriquecimento ilícito dos envolvidos), e, a depender do tipo de acordo, implementar políticas de integridade e obter meios de prova.

Para tanto, foi necessário tratar dos institutos clássicos da jurisdição e do processo de forma crítica, seguindo-se a suas redefinições, a fim de alcançar a clareza necessária para a abordagem que se propõe, qual seja a coexistência do processo negocial com o processo judicial para tutelar expectativas de incidência normativa do direito punitivo.

A compreensão da jurisdição enquanto função de tutela de interesses, exercida por terceiro indiferente, no processo, bem como a compreensão deste como método de trabalho que institui as regras do jogo, deixa claro que processo judicial (método de trabalho da jurisdição) e processo negocial são institutos diversos, mesmo que se trate de processo negocial para tutelar expectativa de incidência do direito punitivo. Possuem fundamentos constitucionais diferentes e grande parte da dogmática e da jurisprudência afetas ao processo judicial não é aplicável ao processo negocial. Até a lógica do processo judicial (“ganha-perde”) é diferente da lógica do processo negocial (“ganha-ganha”). A essência do acordo são as cedências recíprocas¹⁰⁵.

A base do processo negocial é a autonomia da vontade, a eficiência, a boa-fé objetiva e a lealdade¹⁰⁶.

E a autonomia de vontade advém da liberdade das partes de negociarem para decidir o conteúdo das cláusulas. Diante da tradicional alegação de que o direito punitivo lida com direitos difusos da sociedade e direitos indisponíveis do infrator, o desafio do processo negocial nesta matéria é, definindo a natureza jurídica dos direitos envolvidos, saber se e até que ponto as partes possuem essa liberdade e podem regular suas condutas.

Dito de outra forma, para se falar em processo negocial no direito punitivo é preciso saber se os “direitos difusos” e o “interesse público” afetos ao direito punitivo cerceiam a liberdade do Estado para negociar, para fazer as escolhas que constarão no pacto firmado, e qual o limite ou os parâmetros dessa liberdade. Por parte do infrator, deve-se investigar se os “direitos indisponíveis” ligados ao tema permitem disposição pelo indivíduo.

Daí advém a necessidade do estudo das disposições de direitos fundamentais passíveis de serem feitas pelo infrator e da (in)disponibilidade do interesse público pelo Estado. No que

¹⁰⁵ MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 62.

¹⁰⁶ MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 64.

toca a este último item, interessa conferir ênfase ao princípio da legalidade, a fim de pesquisar se o agir do Estado está circunscrito àquilo que já foi previamente definido e estabelecido em lei ou se existe margem de liberdade para atuação extralegal.

Adiante-se que o termo extralegal é utilizado aqui não no sentido de ilegal, contrário à lei ou fora do ordenamento jurídico, mas apenas para designar o que não está previsto expressamente em um dispositivo legal.

Admitida *prima facie* a hipótese de disposição de direitos fundamentais pelos infratores e de margem de negociação para o Estado no direito punitivo, imprescindível pesquisar a compatibilidade dessa atuação com o ordenamento jurídico e com a tradição processual brasileira.

2.1 Autolimitação/renúncia de direitos fundamentais pelo infrator e (in)disponibilidade do interesse público pelo Estado

Como dito, um dos pilares do processo negocial é a autonomia da vontade. Em resumo, ela se manifesta na possibilidade de os envolvidos (Ministério Público e infrator) ajustarem, em procedimento contraditório, a forma como o conflito afeto ao direito punitivo será solucionado, com a determinação do conteúdo das cláusulas pactuadas. Isso envolve cedências recíprocas.

Em se tratando de conflitos afetos ao direito punitivo, as condutas já estão previstas no ordenamento jurídico como ilícitas, acompanhadas das sanções a serem aplicadas, que recaem negativamente sobre posições jurídicas de direitos fundamentais do infrator.

Investigaremos, no primeiro momento, se a solução do conflito que envolva alterações negativas nas posições jurídicas de direito fundamental do infrator pode se justificar no seu consentimento, e não na adjudicação judicial que reconheça a prática do ilícito e a incidência normativa respectiva, culminando na aplicação da sanção. O tema envolve a admissibilidade de disposição de direitos fundamentais pelo infrator.

Admitida a solução consensual, resta saber se os direitos difusos que permeiam o direito punitivo autorizam uma liberdade de negociação por parte do Estado.

2.1.1 (In)disponibilidade dos direitos fundamentais pelo infrator

A doutrina, a jurisprudência e a legislação utilizam os termos “direitos indisponíveis”, “direitos disponíveis”, “direitos indisponíveis transacionáveis” e “direitos inalienáveis” de diferentes maneiras, gerando consequências distintas, a partir dos conceitos empregados. Os

conceitos são multifacetados. Não existe acordo semântico sobre direitos fundamentais e direitos indisponíveis e não há consenso se a indisponibilidade é característica intrínseca dos direitos fundamentais ou opção normativa que grava certos direitos fundamentais¹⁰⁷.

Ao investigar os limites do consenso na medicina e no direito, McConnell chegou a afirmar que “*inalienable rights have seemed to many mysterious and confusing at best, and suspicious or even incoherent at worst*”. Para o autor, a utilização da expressão direitos inalienáveis de várias maneiras aumenta a confusão. Entendidos como escudos que protegem seus possuidores de vários tipos de danos ou invasões, levam a crer que os próprios possuidores estão no controle desses escudos, mas não é isso que ocorre: o controle dos direitos inalienáveis é normativamente limitado¹⁰⁸.

Ou seja, a referência a tais termos, por si só, pouco contribui para análise da possibilidade do titular de dispor de seus direitos fundamentais. Daí a relevância em explicitar o significado da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais nesta pesquisa.

Esta pesquisa adotou as concepções defendidas por Letícia Martel em sua tese de doutorado, a seguir explicitadas. Depois de fazer um apanhado sobre os sentidos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais dos direitos fundamentais indisponíveis, a autora aponta para uma prevalência da conexão do conceito de indisponibilidade com a manifestação do titular para abdicar do direito, ainda que seja patente o problema não apenas na conceituação de indisponível, mas também na de direito e, mais especificamente, de direito fundamental. Adverte para o perigo da invocação de conceitos como suficientes, por si só, para definirem casos complexos. Na mesma linha, o receio de que confusões terminológicas inviabilizem soluções consensuais socialmente legítimas e constitucionalmente válidas levou Venturi a ponderar que “as categorias jurídicas só têm razão de ser se funcionalmente puderem gerar proteção eficiente aos direitos”¹⁰⁹.

A fim de alcançar uma objetividade e uma racionalidade mínima para enfrentamento do primeiro problema de pesquisa, cumpre esclarecer o conceito de direito fundamental utilizado neste estudo, seguindo-se à conclusão sobre sua disponibilidade ou não.

¹⁰⁷ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/>. Acesso em: 10 out. 2019, p.34-37.

¹⁰⁸ McCONNELL, Terrance. **Inalienable rights**: the limits of consent in medicine and the law. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. IX.

¹⁰⁹ VENTURI, Elton. Transação de Direitos indisponíveis? In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 413.

Ao estudar a renúncia a direitos fundamentais, Novais adota a concepção dos direitos fundamentais enquanto posições jurídicas de vantagem do indivíduo em face do Estado e enquanto uma posição de liberdade e autonomia perante terceiros que o Estado está vinculado a proteger (trunfos contra a maioria). Tais trunfos decorreriam do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (direito natural à igual consideração e respeito e à conformação autônoma de sua existência, contra pretensões externas de impor restrições nas liberdades individuais).

Segundo o autor, exatamente porque os direitos fundamentais decorrem da dignidade da pessoa humana enquanto valor fundamental do livre desenvolvimento da personalidade individual é que o titular poderia dispor dos mesmos. A renúncia a direitos fundamentais é concebida como uma “declaração de vontade dirigida e apta a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica protegida por norma de direito fundamental, o que pressupõe, desde logo, que quem renuncia seja o titular dessa posição jurídica e possa dispor dela”¹¹⁰.

A teoria institucional, social ou funcional dos direitos fundamentais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a consideração dos direitos fundamentais como normas de competência negativa não são suficientes, conforme o autor, para não admitirmos a renúncia.

Isto porque ainda que se reconheça que os direitos fundamentais também desempenham funções de caráter social, institucional e democrático, que os bens protegidos pelos direitos fundamentais sejam de todos e que seu exercício seja relevante na constituição renovada da ordem social, esses fins supraindividuais não se sobrepõem sempre ao interesse do titular do direito fundamental. O indivíduo não é um órgão do Estado e os direitos fundamentais não são competências individuais de exercício obrigatório. O Estado de Direito não é um Estado paternalista que precisa proteger o indivíduo contra si próprio. O indivíduo é o fim primeiro do sistema de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, com sua respectiva autonomia individual, tem caráter primário e decisivo.

No que se refere à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a renúncia de um particular, em uma conformação concreta, deixa intocada tal dimensão, na medida em que só diz respeito à esfera jurídica do titular.

Ainda conforme o mesmo autor, a análise do tema sob a ótica dos direitos fundamentais como normas de competência negativas (os entes públicos não têm competência para restringir direitos fundamentais sem lei prévia) deve ser feita com base na natureza dúplice da renúncia

¹¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 26-34, 249-250.

de direitos fundamentais, que abrange, ao mesmo tempo, um exercício de direito fundamental e uma restrição de direito fundamental.

Exercício do direito fundamental derivado do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (dignidade da pessoa humana) e do próprio direito fundamental renunciado (já que no cerne de cada direito fundamental há uma dimensão de autodeterminação que se projeta sobre a disposição das faculdades que o integram). Enquanto exercício de direito fundamental, a renúncia não demanda reserva de lei, já que o poder de disposição do particular sobre seus direitos fundamentais não pode ficar à mercê do legislador. Tal poder decorre da Constituição e não precisa de fundamento legal habilitante.

A faceta da renúncia como restrição dos direitos fundamentais se opera em dois níveis. Na declaração de renúncia o particular se vincula juridicamente a não exercer o direito fundamental. Este momento está intimamente associado à dimensão do exercício do direito fundamental e não demanda reserva de lei. O segundo momento ocorre com as consequências restritivas da declaração de renúncia, quando o ente público amplia seus poderes e intervém em uma área protegida pelo direito fundamental, a partir da autorização do particular. Esta atuação restritiva de um direito fundamental pela Administração, habilitada pelo consentimento do titular, demanda reserva de lei. Mas mesmo aqui não se pode pretender uma exigência geral da reserva de lei, dado que ela está ligada a uma função garantística e pode ser dispensada quando não cumprir sua vocação originária de proteção individual. Ela será, portanto, necessária apenas quando exercer sua função de proteção, o que ocorre quando a decisão do particular afetar o livre desenvolvimento de sua personalidade ou sua existência digna (renunciou induzido por necessidade ou manifesto desequilíbrio de poder de negociação)¹¹¹.

Estas são as premissas pelas quais Novais entende pela admissibilidade de renúncia de direitos fundamentais.

Por ora, cumpre ainda observar que, para Martel, dispor de um direito fundamental significa “enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado quer sejam particulares, permitindo-lhes agir de forma que não poderiam [...] se não houvesse o consentimento”¹¹².

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 234-242, 245-267.

¹¹² Ou seja, a disposição significa movimentar (alterar, criar, extinguir) posições subjetivas de direitos fundamentais, as quais envolvem necessariamente pelo menos dois sujeitos. A movimentação está relacionada ao objeto de uma relação de direito fundamental (ação comissiva ou omissiva, ou alternativa de ação), e não ao bem protegido. Martel sugere a utilização do termo autolimitação (ablação autônoma, o consentimento funciona como justificação procedimental para que o titular modifique sua posição, saia do lado protegido e empodere o outro sujeito da relação) em lugar de restrição (ablação heterônoma, a justificação para interferência nas posições jurídicas subjetivas de direito material do titular é a incidência normativa diante do

A autora sugere que a análise da disponibilidade dos direitos fundamentais deve ser feita a partir da separação dos três níveis dos direitos subjetivos propostos por Alexy: o plano da estrutura dos direitos (posições e relações jurídicas), o plano da justificação (razões para ter direitos) e o plano da aplicação (exigibilidade judicial), já que os três planos exercem funções diferentes e sua não distinção impacta no conceito da disponibilidade.

No plano estrutural, a dimensão subjetiva do direito fundamental representa um feixe de relações e posições jurídicas subjetivas (direitos a algo, liberdades e competências). Neste plano, conceitualmente um direito fundamental não é disponível nem indisponível, já que esta dimensão carece de um arcabouço axiológico. Aliás, a tendência da doutrina e da jurisprudência é situar a disponibilidade em um patamar normativo, e não ontológico. A análise dos direitos fundamentais sob o prisma das razões para se ter e exercer direitos, por sua vez, fazem o elo entre o ambiente moral e o direito, com repercussão na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. E é nesta dimensão que são levantadas razões justificatórias para disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos fundamentais, sendo que as principais razões levantadas são (i) as diferentes concepções de direito subjetivo; (ii) a extensão do direito de liberdade; (iii) o paternalismo jurídico; e (iv) a dignidade humana.

(i) Os direitos subjetivos fundamentais são conceituados basicamente como vontade ou interesse, na dimensão das razões para se ter direitos. A primeira os concebe como espaço de expressão da liberdade do titular, o que traz em si a aceitação da disponibilidade dos direitos fundamentais. Já a segunda conceitua os direitos fundamentais como a proteção de interesses juridicamente relevantes (interesses que compõem os direitos; os direitos fundamentais pertencem a todos que possuam interesses juridicamente relevantes, independentemente da capacidade de exercício, por isso a disponibilidade ou indisponibilidade será normativa). Considerando que a Constituição Federal confere direitos fundamentais mesmo àqueles que não possuem a plenitude de agência (capacidade de exercício, tal qual as crianças) e protege a liberdade como um interesse, torna-se inviável a adoção da teoria da vontade no Brasil. Por isso não há relevância prática no estudo das concepções de direito fundamental nesta dimensão, para que se averigüe a disponibilidade ou indisponibilidade de determinado direito fundamental.

ilícito praticado). (MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/>. Acesso em: 10 out. 2019, p.82, 204.

(ii) Tentar justificar determinado direito fundamental como disponível ou indisponível com base na extensão do direito de liberdade envolve averiguar se existe um direito fundamental geral de liberdade ou se só algumas liberdades básicas são jusfundamentais.

A primeira tese defende um direito fundamental geral de liberdade e está ligada à concepção de direito fundamental de Robert Alexy. Cada indivíduo pode fazer ou omitir o que quiser e tem um direito frente ao Estado, *prima facie*, de não haver intromissão em suas opções (inclusive para situações e posições jurídicas). Não se trata de uma primazia. É possível restringir a liberdade tanto por outros direitos fundamentais constitucionais (argumentos de princípio) quanto por metas constitucionais tuteladas, arcando a restrição com o ônus argumentativo. As posições subjetivas de direito fundamental (do próprio direito fundamental de liberdade e dos demais direitos fundamentais) são, portanto, disponíveis *prima facie*, porque a indisponibilidade representa um obstáculo à livre escolha do titular, na medida em que lhe retira uma alternativa de agir.

Já a segunda tese defende que só algumas liberdades básicas são jusfundamentais. Está ligada à concepção de Dworkin de direitos fundamentais, identificados através de uma atividade interpretativa que recai sobre uma comunidade de princípios, com fundamento no igual respeito e consideração. São direitos morais que entram pela via interpretativa no direito. Os direitos fundamentais não se fundamentam, portanto, em uma noção de direito geral de liberdade ou da liberdade como fundamento dos demais direitos. Eles se fundamentam na concepção liberal da igualdade (igual respeito e consideração) e só podem ser conscritos justificadamente por um princípio de maior peso. As posições subjetivas dos direitos fundamentais só serão disponíveis se presente uma liberdade básica no ato de disposição. Por isso, entender uma alternativa de ação como protegida faz parte da discussão e argumentação do caso.

Martel adotou, em sua tese, a premissa do direito fundamental geral de liberdade, seja porque não existe enunciado normativo na Constituição Federal que proíba disposição de direitos fundamentais, seja pela ausência de um ambiente amadurecido de debate, guias de interpretação e precedentes no Brasil para interpretação das liberdades (ambiente este no qual foi construída a tese das liberdades básicas, o que dificultaria seu traslado para o Brasil)¹¹³.

¹¹³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/>. Acesso em: 10 out. 2019, p.38, 39, 86, 88, 104, 299.

Esta pesquisa adota a mesma premissa, ou seja, no plano normativo as posições jurídicas de direitos fundamentais são disponíveis. A Constituição Federal garantiu no *caput* do artigo 5.º o direito à liberdade, reforçou em seu inciso II que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei e no inciso VI a liberdade de consciência, além de não ter proibido disposições de direitos fundamentais. O direito geral de liberdade, portanto, pesa a favor, *prima facie*, das disposições das posições jurídicas de direitos fundamentais¹¹⁴. As intervenções neste poder de disposição demandam ônus argumentativo para conclusão quanto à sua juridicidade.

Diante da premissa adotada, proibições, restrições, regulamentações e imposição de salvaguardas para disposição de direitos fundamentais caracterizam intervenções no direito geral de liberdade (ou nos próprios direitos) e demandam ônus argumentativo do Estado. As intervenções podem ser conforme a Constituição Federal (denominadas de restrição) ou não encontrarem fundamento constitucional (denominadas de violação).

Para análise da constitucionalidade da intervenção são utilizadas as técnicas da ponderação, da proporcionalidade, da análise dos critérios do consentimento e examina-se se a hipótese justifica um paternalismo jurídico.

(iii) Outro argumento utilizado para justificar a indisponibilidade dos direitos fundamentais é denominado paternalismo jurídico. Ele envolve uma ablação jurídica de

¹¹⁴ Didier Jr. destaca que a incursão da consensualidade no direito público, do qual o processo civil é espécie, se ambienta em uma coerência sistêmica de proteção ao autorregramento da vontade. A democratização do processo não pode ignorar o papel da liberdade, de forma que o processo devido, nos termos da Constituição, é aquele que não restringe injustificadamente o exercício da liberdade no processo. Para o autor, “no conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência: o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. A autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana. O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (gênero do qual as relações jurídicas são espécies)”. O autor localiza o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação; b) liberdade de criação; c) liberdade de estipulação e d) liberdade de vinculação. E entende ser necessária mediação legislativa para delimitar a extensão da autonomia da vontade, no que se refere ao processo, fazendo referência ao modelo cooperativo de processo instituído pelo art. 6.º e ao art. 190 do CPC. (DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 17-22). Compreendendo o autorregramento da vontade no mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 156. Sob o enfoque do exercício do autorregramento durante o processo ou antes dele, mas advindo consequências no processo, este autor sugere a adoção do formalismo processual como limite (noção ampla que abrange a “totalidade formal do processo, no que se inserem não somente as formalidades, mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 185-187). Cunha também defende que o direito à liberdade do art. 5.º da CF contém o direito ao autorregramento. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 61-62.

posições subjetivas do direito de liberdade com a finalidade de proteger o indivíduo, em atos autorreferentes, para seu próprio bem, mesmo sem qualquer reflexo em direitos de terceiros.

Para o que interessa a esta pesquisa, considerando que as intervenções nas disposições de posições jurídicas de direitos fundamentais demandam justificativa (a partir da premissa adotada no item anterior), resta saber se a justificativa para restringir o poder de disposição do infrator na solução consensual firmada com o Ministério Público pode ser o paternalismo jurídico (necessidade de proteção do indivíduo contra si próprio), seja proibindo, seja não reconhecendo a produção de efeitos jurídicos daquela solução.

Dentre os vários argumentos favoráveis e contrários ao paternalismo¹¹⁵, o direito fundamental geral de liberdade presume a plena faculdade do indivíduo para fazer escolhas, munido das informações devidas. Neste sentido, as soluções consensuais pactuadas pelo Ministério Público com infratores, no âmbito do direito punitivo, pressupõem indivíduos em plena capacidade para tomarem decisões (compreensão do que estão fazendo e das consequências da escolha) e informados das provas que fundamentam aquela solução (o que exigirá, conforme será visto, defesa técnica nos acordos). Estar em plena capacidade para tomada de uma decisão informada subentende a ausência de coação física ou moral. A existência de processos instaurados ou a possibilidade de ajuizamento de processos judiciais em face do infrator não corresponde a uma forma de coação que vicia sua declaração de vontade. Isso porque, ainda que o ajuizamento de uma demanda perante o Poder Judiciário seja

¹¹⁵ Letícia de Campos Velho Martel elenca em sua obra os seguintes argumentos, vejamos: “(a) Argumentos favoráveis à aceitação do paternalismo jurídico: (a.1) sua não-adoção implica o descaso com os cidadãos, representando a quebra de vínculos que deveriam unir as pessoas em uma sociedade política; (a.2) é possível identificar um caráter objetivo de bem, seja ele físico, econômico ou psicológico, ou, ainda, quanto àquilo que pode tornar as pessoas mais felizes e auxiliá-las a obter seus interesses. Isso torna não apenas viável que a sociedade política busque a proteção dos indivíduos ou grupos, mas também determina uma de suas funções; (a.3) o paternalismo jurídico, na medida em que busca o bem dos indivíduos, incrementa a utilidade (prazer, felicidade, ausência de dor, bem estar...), ou seja, atende a pressupostos utilitários; (a.4) existem inúmeras medidas jurídicas paternalistas nas sociedades políticas atuais, cuja plausibilidade é aceita; (a.5) a recusa do paternalismo jurídico tem por base uma concepção de indivíduo oriunda de psicologia milliana oitocentista, que sustenta que o sujeito é mais transparente para si e mais opaco para os demais. (b) Argumentos contrários à aceitação do paternalismo jurídico: (b.1) o paternalismo jurídico desconsidera ou oferece pouca importância à liberdade individual; (b.2) o paternalismo jurídico não se coaduna com o fato do pluralismo; (b.3) o argumento paternalista possui um caráter ad infinitum que o torna demasiadamente arriscado; (b.3) não há possibilidade de se definir objetivamente um bem e, por vezes, quando há, sua imposição pode levar a uma domesticação de corpos e mentes; (b.4) o paternalismo jurídico é demasiadamente aberto ao desvio e ao mau uso; (b.5) o paternalismo jurídico impede que os indivíduos sejam tratados como sujeitos morais iguais”. (MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/>. Acesso em: 10 out. 2019), p.131.

um método coercitivo utilizado pelo Ministério Público para alcançar a aplicação das sanções afetas ao ilícito praticado, ele representa o exercício de um direito e exatamente por isso não constitui meio reprovável ou irregular apto a configurar um vício no consentimento do infrator. A prisão do infrator, por si só, também não é suficiente para viciar sua vontade na escolha da posição jurídica de direito fundamental que melhor lhe convenha¹¹⁶.

Para o foco desta pesquisa, preenchidos os pressupostos para validade do consentimento, há de prevalecer o direito geral de liberdade, enquanto direito fundamental constitucional que autoriza o reconhecimento da soberania do indivíduo para decidir o que lhe diz respeito.

(iv) A possibilidade de disposição de posições jurídicas de direitos fundamentais também é aceita ou recusada ao fundamento da dignidade humana, termo que abarca vários sentidos e dá ensejo a diferentes significados. Martel mapeou suas principais densificações semânticas em dois grupos: dignidade humana como autonomia e dignidade humana como heteronomia. A primeira abrange a capacidade humana de autodeterminação, em meio a condições para que essa habilidade possa se desenvolver de forma plena. Ela é inerente ao ser humano e universal, no sentido de ser conferida a todos, independentemente de suas condições, sendo ainda fundamento e justificação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Tem precedência, portanto, no direito geral de liberdade. Já a dignidade como heteronomia é associada a elementos externos. Ela ultrapassa o indivíduo e não é dirigida por sua escolha pessoal. Esses elementos externos são concepções valorativas sobre o que pode ser aceitável em uma sociedade, ligados a conceitos indeterminados, como ordem pública, moralidade pública e valores da comunidade, que se sobrepõem à liberdade individual. Ela funciona como uma constrição externa à liberdade individual e se baseia em deveres. Foi trabalhada em julgados bem explorados na doutrina, como o caso do arremesso de anões, das relações sexuais

¹¹⁶ O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que acordo de colaboração premiada firmado com infrator preso não se presume inválido, devendo a livre manifestação de vontade ser aferida no caso concreto, já que diz respeito à liberdade psíquica e não à liberdade de locomoção: "... Quanto ao plano subsequente da validade, o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável. Nesse sentido, aliás, o art. 4º, caput e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos. Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia..." (STF, HABEAS CORPUS 127.483, Rel. Dias Toffoli, Plenário, 27/08/2015).

sadomasoquistas consentidas, dos *peep shows* e dos limites à liberdade de expressão, nos quais a compreensão da dignidade atrelada à ordem ou à moralidade públicas ensejou limitações à livre escolha do indivíduo.

Martel adota, *prima facie*, a dignidade como autonomia, sendo que, cumprindo um ônus argumentativo, valores e conceitos indeterminados afetos à dignidade como heteronomia podem se sobrepor ao direito geral de liberdade e à dignidade como autonomia. Isso porque este conceito melhor se amolda à Constituição Federal, tendo em vista o extenso rol de direitos e liberdades individuais, a ausência de referência à moral pública e bons costumes e a não utilização de expressões como interesse público e ordem pública como hipóteses de restrição de direitos fundamentais¹¹⁷.

Replica-se, nesta dissertação, a mesma opção, até por coerência à premissa anterior já adotada, do direito geral de liberdade.

De tudo o que foi dito neste item, respondendo ao primeiro problema de pesquisa, conclui-se que, *prima facie*, o consentimento do titular pode justificar o enfraquecimento de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental, permitindo uma atuação do Estado que não estaria autorizada sem tal consentimento, mesmo na seara do direito punitivo.

Isso porque os direitos fundamentais, conceitualmente, não são disponíveis nem indisponíveis, já que não abarcam, em sua estrutura, ontologicamente, a proibição de disposição. Aliado a isso, a Constituição Federal não proibiu disposições; pelo contrário, garantiu o direito fundamental geral de liberdade (art. 5.º, *caput*, incisos II e VI) e sua interpretação sistêmica aponta para o predomínio das liberdades individuais frente às possibilidades de ablações.

As intervenções que importem em ablações do direito fundamental de liberdade que não foram elencadas expressamente na Constituição Federal devem arcar com o ônus argumentativo, ou seja, justificar as razões que fundamentam por que o indivíduo não pode escolher qual posicionamento adotar perante aquela hipótese fática. Como posto, o conceito de dignidade humana como autonomia (liberdade de escolha e inviolabilidade do indivíduo) melhor se amolda ao direito geral de liberdade. Sua interpretação como constrição externa à

¹¹⁷ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/>. Acesso em: 10 out. 2019, p.147-201.

liberdade individual (heteronomia) ou mesmo a utilização de argumentos do paternalismo jurídico demandam fundamentação¹¹⁸.

A compreensão envolvendo o poder de disposição (“renúncia”) de direitos fundamentais passa pela análise da dimensão dúplice da autolimitação: como exercício de direito fundamental (escolha da opção que lhe convém) e, consequência da autolimitação consentida, como

¹¹⁸ Ou seja, em um primeiro momento resta fixada a admissibilidade *prima facie* da renúncia. Em um segundo momento é preciso analisar as causas de justificação para sua aplicabilidade. A doutrina aborda de forma diferenciada quais seriam os pressupostos para admissibilidade da renúncia e quais seriam os parâmetros, critérios orientadores ou limites para sua aplicabilidade. Novais sugere que, admitida *prima facie* a renúncia, no plano da validade é preciso utilizar a técnica de ponderação de valores em vários níveis, sucessivamente: no plano da previsão normativa infraconstitucional, do exercício concreto da renúncia (poder de disposição do particular), da restrição concreta de uma posição jurídica tutelada pela norma de direito fundamental (com base na renúncia) e no plano da verificação judicial da regularidade constitucional das fases anteriores. Diante da multiplicidade de situações e da impossibilidade de se estabelecer previamente uma hierarquia dos valores constitucionais em conflitos, o autor sugere os seguintes critérios orientadores para ponderação dos interesses: (i) disponibilidade das posições de direitos fundamentais (que irá depender da natureza do bem tutelado, se essencialmente pessoal ou se existente uma função social ou comunitária no reconhecimento daquele direito; neste último caso é preciso observar se a renúncia irá afetar objetivamente a prossecução desse fim comunitário, ou seja, o peso dos interesses em conflito irá depender das circunstâncias do caso concreto); (ii) dignidade da pessoa humana (apesar de ser um conceito aberto, para o autor é possível determinar um núcleo material mínimo, ligado à proibição do indivíduo ser degradado ao nível de coisa ou objeto da atuação estatal, devendo ser privilegiada a dignidade enquanto autonomia; a limitação à renúncia demanda previsão constitucional ou justificativa que abranja a necessidade de garantir outros valores constitucionais relevantes); (iii) conteúdo essencial dos direitos fundamentais; (iv) princípio da proporcionalidade (a renúncia deve ser apta para para prossecução do fim visado, exigível – escolher a medida menos agressiva para o titular do direito alcançar aquele fim, e proporcional em sentido estrito – adequação entre o fim perseguido e o meio escolhido). (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 268-282). Para Pedro Adamy, a renúncia a direito fundamental “é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo”. (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58). Ela pressupõe capacidade jurídica, declaração expressa livre de coações ou sanções políticas, disponibilidade do direito (que para o autor atinge apenas situações em que o direito tem caráter personalíssimo, de modo que não afete terceiros ou possua uma dimensão de proteção estatal ou, ainda, que tenha como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia ao bem jurídico) e ausência de reflexos diretos a direitos de terceiros. Ela demanda ainda previsão em lei (não sendo suficiente o consentimento do titular, já que sem os critérios legais o indivíduo, mesmo não querendo, pode aniquilar os direitos e as garantias constitucionalmente protegidos, revogabilidade a todo o tempo (independente da aceitação do Poder Público), temporalidade, parcialidade (decorrente da necessária proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais) e proporcionalidade entre o benefício obtido e a renúncia. (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58, 83, 100). Ultrapassados os pressupostos para admissão da renúncia, sua aplicação deve ser controlada através dos seguintes parâmetros: (i) proporcionalidade (enquanto investigação sobre os meios e as finalidades da renúncia); (ii) proibição de excesso (não atingir o núcleo essencial do direito fundamental, independente do fim buscado e dos benefícios oferecidos) e de proteção insuficiente (Estado deve proteger os cidadãos para não renunciarem direitos fundamentais); (iii) razoabilidade (equivalência entre a renúncia e os benefícios recebidos pelo titular). (ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 59-124, 175-187). Como dito, esta pesquisa adotou a premissa da disponibilidade dos direitos fundamentais, decorrente do poder geral de liberdade. Daí decorre que as limitações ao poder de autolimitação não de arcar com o ônus argumentativo, o que será feito utilizando-se as técnicas da ponderação, proporcionalidade e proibição do excesso. Considerando a ausência de conteúdo pré-fixado dos chamados conteúdos mínimos dos direitos fundamentais, bem como o fato de não haver previsão constitucional no Brasil, este método se insere no âmbito do ônus argumentativo, no sentido de sugerir ao intérprete cautela, de forma que quanto maior for a interferência no direito fundamental maior a necessidade de justificação.

ampliação dos poderes do ente público para intervir em uma área protegida pelo direito fundamental (atuação restritiva de um direito fundamental pela Administração).

Sua primeira faceta, ou seja, o poder de disposição do particular sobre suas posições jurídicas a serem exercidas decorre diretamente da Constituição Federal e não demanda fundamento infralegal habilitante, até porque não poderia ficar à mercê do legislador. Considerando que o consentimento do titular representa uma justificativa procedimental da autolimitação operacionalizada no exercício de suas posições jurídicas de direito material (se referem ao objeto da relação: comportamento comissivo ou omissivo, ou alternativa de ação), ele há de ser livre (ausência de pressões, coações), informado (conhecimento e compreensão do alcance e efeitos do ato), e partir do titular do direito fundamental que possua capacidade de exercício, além de não atingir direitos de terceiros (seu consentimento só justifica a autolimitação de seus direitos fundamentais e não de terceiros). Exatamente por representar uma justificativa procedimental, não se trata de uma simples aceitação ou recusa a uma proposta de acordo, como se ele fosse um contrato de adesão.

Martel complementa que a faceta posterior, ou seja, atuação restritiva de um direito fundamental pela Administração autorizada pelo consentimento do titular, abarca a discussão quanto à exigência de prévia decisão e regulamentação pelos órgãos democraticamente legitimados (ônus argumentativo a ser exercido para restringir o rol de possibilidades de atuação do titular). Isso em razão da presumida assimetria do indivíduo frente ao Estado (que em regra o coloca em posição inferior de barganha) e do princípio da igualdade, que demanda dar igual tratamento a todos e recomenda a estipulação prévia das possibilidades de disposição, em enunciados normativos de caráter geral que darão transparência aos motivos utilizados para se admitir ou negar a disposição.

Em regra, o *locus* onde é exercitado o ônus argumentativo das teses que justificam a limitação ao poder individual de decidir pela conduta a ser tomada é o Poder Legislativo. Mas isso não significa que cabe apenas ao Legislativo verificar quando e de que forma os direitos fundamentais admitem disposição.

Como será visto no capítulo 3, o Ministério Público, enquanto agente político, atua na definição e na implementação de políticas públicas quanto às atribuições que lhe são afetas e, nesta tarefa, também recebeu autorização constitucional para arcar com o ônus argumentativo na regulamentação de suas soluções consensuais que importem em autolimitações consentidas de posições jurídicas de direitos fundamentais pelos indivíduos. E, de mais a mais, a última palavra na verificação da admissão de cedência dos direitos fundamentais será do Poder Judiciário (art. 5.º, inciso XXXV, CF).

A densidade do princípio da legalidade e a exigência de um enunciado normativo prévio para a atuação negocial do Ministério Público no âmbito do direito punitivo serão estudados no item 2.2.

Antes disso, importa registrar a possibilidade do Estado – no caso, do Ministério Público – de negociar movimentações de direitos difusos que circundam o direito punitivo em hipóteses concretas.

2.1.2 (In)disponibilidade do interesse público pelo Estado

Dentro do recorte do objeto de pesquisa adotado neste trabalho, o direito punitivo (utilizado para abranger a previsão normativa e as respectivas sanções de condutas como crimes, atos de improbidade e atos corruptivos da Lei 12.846/2013) envolve direitos transindividuais difusos (tais como a probidade administrativa, a moralidade pública, o direito de liberdade, o direito social à persecução e punição criminal, entre outros).

Esta pesquisa adota a premissa da negociabilidade *prima facie* dos direitos transindividuais difusos afetos ao direito punitivo. Está fora da abrangência deste estudo pesquisar se conceitualmente os direitos difusos afetos ao “direito punitivo” são disponíveis ou indisponíveis (probidade administrativa, moralidade pública, direito de liberdade e direito social à persecução e punição criminal), bem como discussões dogmáticas acerca de transações coletivas envolvendo direitos difusos. O que interessa, enquanto premissa, é que a utilização da expressão “indisponível” vinculada a tais direitos não é suficiente, por si só, para vedar soluções consensuais¹¹⁹.

O fundamento para a negociabilidade *prima facie* dos direitos transindividuais difusos afetos ao direito punitivo é a adequação da tutela. Caso a solução consensual se apresente como o mecanismo de tutela mais adequado do direito difuso que permeia a causa, naquela hipótese específica, esta adequação autoriza a utilização da técnica consensual para a hipótese.

Como ensina Talamini, “a indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões”¹²⁰. Em se tratando de direitos difusos afetos ao

¹¹⁹ Para Gidi, não há maior importância na definição teórica se os direitos difusos e coletivos são disponíveis ou indisponíveis. O que importa é que não haja vedação para transação coletiva e saber se a fiscalização do grupo e a homologação judicial vinculam o grupo (GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Forense: Rio de Janeiro, 2008. p. 273-278).

¹²⁰ Para o autor, “o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível”, mas o problema está em “identificar quando há interesse público no caso concreto – ou até, muitas vezes: de que lado está o interesse público”. A abordagem do interesse público, pelo autor, é feita no contexto do Poder Público dever cumprir suas obrigações

direito punitivo, o que justifica que o Estado abdique de postular judicialmente a aplicação de todas as sanções previstas para aquela conduta e opte por pactuar uma solução consensual com o infrator será a adequação desta medida para tutela daquele direito, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes.

Na lição de Zaneti Jr. e Didier Jr., não há proibição de autocomposição envolvendo direitos coletivos difusos. Pelo contrário, a solução consensual é valorizada e incentivada. Uma vez reconhecida a tutela constitucional dos direitos coletivos, é necessário garantir a tutela adequada. E a solução consensual visa exatamente a maior efetivação dos direitos difusos. Por isso a indisponibilidade dos direitos em questão não é afetada. Na realidade, seria afetada caso se impedisse a efetivação de tais direitos por uma via que se mostrou, naquela hipótese concreta, a mais adequada a concretizá-los. O fato de os direitos em questão serem difusos e tutelados em juízo por colegitimados faz com que a autocomposição tenha limites mais rigorosos. O que fundamenta a solução consensual é a adequação deste tipo de tutela de forma a propiciar o equivalente à efetivação da tutela específica. Existem graus de satisfação do interesse público a serem atendidos e implementados. Para efetivação dos direitos, portanto, será necessária sua concretização mediante interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Neste sentido, o órgão legitimado “vincula-se aos precedentes nos casos análogos e aos detalhes próprios do caso concreto e aos padrões da dogmática jurídica, para concretizar o direito coletivo”.¹²¹ E a

e respeitar direitos alheios, o que autorizaria acordos para dar cumprimento a direito alheio, independentemente da intervenção jurisdicional. (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 287, 297). Madureira se posiciona no mesmo sentido, ao tratar dos acordos celebrados pela Fazenda Pública, com vinculação dos advogados públicos ao Direito e ao interesse público, tanto na atividade consultiva quanto na atividade contenciosa. O autor compreende interesse público como “interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida, portanto como resultado de uma correta aplicação do Direito”. (MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 180-183). Ou seja, o Estado pode negociar com alguém cuja pretensão esteja consagrada em lei, por exigência do princípio da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado (interesse público enquanto observância da lei), e da própria indisponibilidade do interesse público. Nessa linha de raciocínio, “a incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público, longe de constituir impedimento jurídico a que os advogados públicos disponham, em juízo, sobre direitos e interesses transitoriamente defendidos pela Fazenda Pública, mas contrários ao Direito pátrio, torna impositivo o ato de disposição”. (MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.180-183)

¹²¹ Para os autores, a decisão homologatória judicial demanda “um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo”, e não um mero juízo simplista de deliberação e verificação de aspectos formais de representação das partes. Ainda, como o objeto do acordo é direito transindividual, “havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repropositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico”, o que faz com que os colegitimados

autocomposição está sujeita a controle judicial de adequação em razão do objeto e da possibilidade de impugnação pelos legitimados.

A afirmação da premissa (negociabilidade *prima facie* dos direitos difusos afetos ao direito punitivo) é importante diante da frequência com que a doutrina e a jurisprudência utilizam as expressões direito indisponível e indisponibilidade do interesse público como análogas. A confusão geralmente é feita quando da discussão das vedações do Código de Processo Civil para abdicação dos direitos de pessoas jurídicas de direito público. Ou seja, a disposição de um bem juridicamente tutelado é confundida com a disposição do direito que o protege e com a titularidade e a ausência de atribuição para movimentar direitos e bens alheios¹²². No âmbito criminal, a confusão permeia a obrigatoriedade da solução adjudicatória pelo Poder Judiciário e a proibição do titular exclusivo da ação penal, o Ministério Público, de dispor do ajuizamento do processo criminal.

Restou demonstrado no capítulo 1 que a política de adjudicação pública como único caminho para solução de casos criminais e de improbidade administrativa se mostrou ineficaz, na medida em que não garantiu a prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável para uma porcentagem grande dos casos. Ou seja, da inegociabilidade das punições não resultou, no plano pragmático, efetividade das punições através da solução adjudicada pelo Poder Judiciário. Isso demonstra que esta solução, por si só, não necessariamente melhor protege os interesses difusos que permearam as causas. Ou seja, nem sempre é a solução adequada para tutela dos direitos envolvidos, mesmo que rotulados de indisponíveis.

A negociação do Ministério Público, enquanto órgão legitimado para defesa da probidade administrativa e da moralidade pública, com o autor de um ilícito civil, que abranja o ressarcimento integral do dano patrimonial e a aplicação de algumas das sanções previstas (a partir de um juízo de proporcionalidade e ponderação a ser exercido diante das circunstâncias do caso concreto), com cedências recíprocas de pretensões materiais e processuais, pode representar uma proteção mais eficiente daquele direito difuso do que a adjudicação pública. Diante da exigência da reparação integral do dano, o ente público lesado deve ser chamado a integrar a solução consensual. Não sendo possível a pactuação conjunta, a existência de

possam discordar do acordo e utilizar os mecanismos de revisão da decisão judicial como recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação. (ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie. *Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos*. In: **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. _____; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 37-66)

¹²² MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/>. Acesso em: 10 out. 2019.

colegitimados para defesa processual do direito difuso sugere a necessidade de coordenação entre a solução consensual e um controle jurisdicional, que inclua a intimação dos demais legitimados para, querendo, apresentarem suas objeções ao acordo, seguida de sua análise judicial, para fins de homologação. Esta submissão do acordo à homologação judicial, com a intimação dos colegitimados, representa um mecanismo apto a alcançar a heterovinculação em relação aos demais legitimados.

Já no âmbito criminal, o sentido é o mesmo (solução negocial pode representar a proteção mais adequada do direito difuso), pontuando-se apenas que aqui não haverá imposição de pena no acordo, mas sim pactuação de condições a serem cumpridas. Neste aspecto, ainda que não haja negociação sobre a liberdade individual e sobre a pretensão punitiva estatal, configuram uma modalidade de consenso a refletir, mesmo indiretamente, no direito difuso social à persecução e punição criminal e na eficiência do sistema de justiça¹²³.

A natureza jurídica das cláusulas pactuadas nos acordos cíveis e criminais são distintas, mas em ambos os casos a dimensão objetiva do direito difuso não é atingida pelo acordo. Ainda, em ambos os casos o ressarcimento ao erário oriundo de atos ilícitos praticados em seu desfavor deve sempre ocorrer. A condição primeira para celebração de qualquer acordo é a investigação dos fatos. A conduta, o fato ilícito e a extensão do dano hão de estar investigados e provados. Os acordos não são saídas alternativas para justificar uma atuação estatal quando não há prova do ilícito ou quando a hipótese é de insignificância jurídica da conduta do infrator. Eles são mecanismos de tutela adequada de direitos difusos por parte do Estado (Ministério Público) e exercício de posições jurídicas de direitos fundamentais por parte do infrator. No âmbito cível o que ocorre é a negociação em relação a outras sanções previstas, de acordo com o caso concreto, mediante anuência de todos os órgãos legitimados para defesa de tais direitos (ou dada oportunidade de manifestação a todos eles, seguida de controle jurisdicional). E, no âmbito criminal, a negociação que se operacionaliza diz respeito às condições a serem cumpridas pelo infrator.

Admitida, portanto, a possibilidade do Estado de tutelar de forma adequada os direitos difusos afetos ao direito punitivo através de uma solução consensual e a possibilidade do infrator de autolimitar posições jurídicas de direitos fundamentais através de seu consentimento, resta estudar a densidade do princípio da legalidade e a exigência de um

¹²³ VENTURI, Elton. Transação de Direitos indisponíveis? In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 431.

enunciado normativo prévio para a atuação negocial do Ministério Público no âmbito do direito punitivo.

2.2 Atuação negocial no direito punitivo e princípio da legalidade

Como registrado no item 1.2, o princípio da legalidade teve origem na filosofia político-liberal que pregava a superioridade do Poder Legislativo, com fundamento em sua legitimidade democrática (expressão da vontade popular majoritária), em contraposição ao absolutismo monárquico.

A lei era o fundamento de atuação de todo o poder do Estado e a garantia de liberdade dos indivíduos. O administrador deveria se limitar a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador, devendo extrair da lei o critério de decisão. E o Poder Judiciário deveria se limitar a declarar a vontade das regras já fixadas na lei, com reduzida ou quase nula atividade de interpretação.

O princípio da legalidade representava, portanto, uma vinculação positiva à lei. Como a atividade decisória da criação da lei cabia ao parlamento, a ele estavam vinculados o executivo e o judiciário, que desempenhavam suas funções subordinados ao legislativo (heterovinculação).

Ao tempo em que o princípio da legalidade e os postulados liberais foram sendo concretizados em diferentes constituições, o mesmo foi assumindo contornos variados, conforme a conjuntura política local, e experimentando uma crescente desvalorização da lei enquanto personagem principal do ordenamento jurídico.

Essa crise da lei formal é imputada a diversos fatores.

A vinculação positiva de um Estado absentéista a uma lei formal, cuja criação através dos representantes da sociedade fazia dela um instrumento de garantia e liberdade dos cidadãos frente ao poder do Estado, não foi suficiente para brear os códigos autoritários do século XX. A lei, aprovada conforme a vontade geral, acabou por legitimar práticas fascistas e nazistas.

Isso fez com que, depois da Segunda Guerra Mundial, as Constituições passassem a elencar normas teleológicas, que impunham ao Estado Social a perseguição de finalidades sociais e econômicas. Ao lado delas, princípios e direitos fundamentais demandavam uma proatividade do poder público.

Esse aumento das atividades afetas ao Estado impulsionou a proliferação de leis, cujo excesso passou a ser uma realidade, especialmente nos países de tradição romano-germânica, “nos quais a lei escrita sempre reservou o papel de protagonista na criação do direito”¹²⁴.

Por outro lado, o incremento da complexidade das relações sociais e econômicas tornou evidente a constatação de que a lei não consegue prever todas as hipóteses que ocorrem e pormenorizar, previamente, quais os comandos que devem ser cumpridos pelo Estado diante das situações fáticas.

Ademais, a imperfeição da lei decorre, ainda, dos próprios interesses contraditórios da sociedade moderna, que por vezes transformam as alterações legislativas em um campo de batalha dos partidos políticos e de interesses de grupos, como adverte Paulo Otero.¹²⁵ O tênue equilíbrio entre os princípios e interesses divergentes está traçado no texto constitucional, a partir de uma ponderação consensualizada no momento constituinte ou de revisão constitucional. Eventual negociação legislativa pode levar a contradições normativas e a sucessivas modificações legais, a caminhar para uma falta de efetividade mesmo das leis.

Binenbojm aponta, como elementos do descrédito da lei formal como expressão da vontade geral, observado na segunda metade do século XX, “sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes”¹²⁶.

Outro aspecto observado neste período foi que a impossibilidade de a lei tudo regulamentar previamente fez com que o legislador passasse a utilizar técnicas legislativas de normas abertas, admitindo-se, nos textos das leis, opções discricionárias, margem de apreciação, incompletudes, lacunas conscientes, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, cabendo ao aplicador da lei a concretização do Direito¹²⁷.

Mas, mesmo quando inexistente a previsão legal, o aumento das tarefas afetas ao Estado Social e a criação, para o poder público, de várias atribuições que não estavam expressamente previstas em lei e demandavam o preenchimento de espaços discricionários para serem implementadas fez crescer a demanda por um protagonismo decisório inerente à concretização das necessidades coletivas.

¹²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 132.

¹²⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 160-161.

¹²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 35.

¹²⁷ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p.167.

Esse protagonismo decisório passou do Legislativo para o Executivo e só foi possível a partir da “superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública”¹²⁸. A vinculação do administrador, nestes casos, será aos princípios e regras constitucionais, em especial aos direitos fundamentais e às normas estruturantes do regime democrático.

Reforçou-se a “função constitutiva da Administração na realização da juridicidade”¹²⁹. O espaço decisório do administrador encontra o fundamento de sua juridicidade na Constituição, que “deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa”¹³⁰. O paradigma legitimador do administrador passa a ser a juridicidade, e não mais a legalidade.

Significa que o administrador público recebe diretamente da Constituição tanto a competência para agir quanto o critério da decisão a ser tomada e prescinde de uma lei para mediar sua atuação. Excluídos os casos de reserva de lei expressamente previstos na Constituição, o fundamento do agir administrativo passa a ser a Constituição, mesmo na ausência de uma lei anterior que habilite sua intervenção.

Está superada a ideia de que o administrador só tem liberdade de escolha quando e exatamente na medida que a lei a concede. O que vincula o administrador é a juridicidade. Sua atuação deve estar pautada em cumprir as finalidades constitucionais. Se para isso for necessário um protagonismo bastará a ele fundamentar sua conduta (na Constituição e nas leis, quando houver), sem ficar preso a um círculo de opções previamente definidos em lei.

A lei “deixou de ter hoje o monopólio habilitante da atividade administrativa”¹³¹. O centro de gravidade da ordem jurídica deixou de ser a lei formal e passou a ser a Constituição.

¹²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 36-38.

¹²⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 159.

¹³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 37, 132.

¹³¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 733-735. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 36-37.

O direito por regras passa a dividir espaço com o direito por princípios e o campo da legalidade (direito por regras) com o campo da juridicidade (direito por princípios, dentre eles a legalidade)¹³².

Diante da nova perspectiva, o agir administrativo pode encontrar fundamentação direta na Constituição¹³³ (independentemente ou para além da lei), na lei e, ainda, contra a lei, a partir de uma ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais¹³⁴.

Neste contexto, fala-se em *compatibilidade* da atuação administrativa com as normas constitucionais (juridicidade) e *conformidade* da atuação administrativa com o que está expressa e previamente previsto na lei (legalidade). Por isso, uma atuação *conforme* a lei pode ser *incompatível* com a Constituição Federal, a partir da substituição do dogma da supremacia da lei por princípios e normas constitucionais¹³⁵.

¹³² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 21.

¹³³ Sobre a substituição da lei pela Constituição, como critério imediato da decisão administrativa, valiosa a lição de Paulo Otero: “A configuração da Administração Pública como destinatária de incumbências constitucionais em matéria de defesa da juridicidade e de concretização do bem-estar, envolvendo uma vinculação directa ao imperativo constitucional de eficiência, permite encontrar na própria Constituição um critério teleológico de actuação administrativa: os órgãos administrativos, encontrando-se subordinados à Constituição e vinculados à melhor prossecução do interesse público, devem otimizar as suas decisões à concretização prioritária e prevalecente dos interesses definidos pelo texto constitucional como tarefas fundamentais do Estado, servindo a Constituição de referencial normativo imediato de actuação administrativa e critério aferidos da respectiva validade”. (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 740)

¹³⁴ “A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição). (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 37-38)

¹³⁵ Em sentido diverso se posiciona Emerson Garcia, para quem a lei é o substrato legitimador da atividade estatal: “O tratamento dispensado pelo sistema constitucional ao referido princípio (legalidade) denota claramente que, regra geral, deve existir uma relação de conformidade entre os atos administrativos e a lei. A atividade estatal deve adequar-se ao princípio da legalidade em uma dupla vertente: pressupõe a antecedência da lei e deve ser conforme a ela sob os prismas formal e material. [...] ‘(b) os órgãos públicos agem com amparo no princípio da legalidade, o que significa dizer que não podem atuar contra ou à margem de lei’.” (GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: a potencial incidência na Lei 8.429/92, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 40, 67, 69, 72, out./dez. 2017). O autor, ao discorrer sobre uma eventual revogação do art. 17, § 1.º, da Lei 8429/92 (em sua versão anterior à Lei Anticrime), defendeu que: “No âmbito do direito sancionador brasileiro, a omissão ou vazio normativo, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, termina por atribuir-lhe a característica de verdadeiro silêncio eloquente. Trata-se de mera inferência lógica a partir dos papéis desempenhados pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, que figuram como pilares na persecução de ilícitos no sistema brasileiro. Neste caso, a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão.” E ainda: “A influência recíproca (das instâncias de responsabilização) só ocorre nos limites em que a ordem jurídica o autorizar. O intérprete, portanto, não pode substituir-se ao legislador e moldar o sistema que lhe seja mais simpático, o qual, é importante frisar, tanto poderia beneficiar como prejudicar o autor do ato de improbidade.” (GARCIA,

Em qualquer dos casos, não existe um espaço de livre de decisão, externo ao direito. A legitimação daquele agir administrativo será aferida conforme a fundamentação da juridicidade utilizada. E a sindicabilidade irá se operar no campo da juridicidade, e não só da legalidade.

Ou seja, a mudança do paradigma da legalidade para o da juridicidade repercute diretamente na compreensão da discricionariedade do administrador e na amplitude do respectivo controle jurisdicional¹³⁶.

Todo o agir administrativo tem seu fundamento na juridicidade (que abrange a legalidade formal). Não é possível admitir qualquer tipo de atuação não sujeita a uma vinculação jurídica. Mesmo os atos ditos “discricionários” pressupõem a existência de uma norma que os fundamente.

A discricionariedade, então, passa a ser entendida como um “fenômeno exterior à lei”¹³⁷, mas juridicamente vinculado à Constituição. Existe uma margem de liberdade e autonomia do administrador, mas sempre carecedora de legitimação, a partir da fundamentação adotada, com base na Constituição e nas leis¹³⁸.

A divisão dos atos entre vinculados e discricionários, portanto, cede espaço para uma margem maior ou menor de vinculação dos atos à juridicidade. Em regra, quanto mais vinculado à juridicidade, menor o âmbito do controle judicial do agir administrativo¹³⁹.

A partir deste entendimento, Gustavo Binjenbojm conceitua a discricionariedade como:

[...] um espaço decisório peculiar à Administração, não de escolhas puramente subjetivas, mas definidas pela prioridade das autoridades administrativas na fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis ou por atos normativos editados pelas próprias entidades da Administração.¹⁴⁰

E Germana de Oliveira Moraes assim a especifica:

Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos

Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: a potencial incidência na Lei 8.429/92, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 40, 67, 69, 72, out./dez. 2017)

¹³⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 23.

¹³⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 28.

¹³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

¹³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39, 220.

¹⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 220.

critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º.) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º.) decidir se e quando ele deve ser aplicado; 3º.) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º.) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.¹⁴¹

Ou seja, não existe total liberdade decisória. A atuação administrativa se conecta em primeiro plano com a concretização das tarefas fundamentais do Estado previstas na Constituição e para tanto se vincula ao ordenamento jurídico como um todo.

Assentada a prescindibilidade de lei para fundamentar o protagonismo do administrador público no cumprimento das finalidades constitucionais, resta saber qual o critério de legitimação a ser adotado nas hipóteses nas quais sua conduta encontrar fundamento direto na Constituição. Esta tarefa pode encontrar dificuldades quando interesses legítimos se apresentarem em posições antagônicas, especialmente diante do conflito entre interesses individuais e coletivos, cabendo ao administrador a missão de equilibrá-los para conseguir concretizar a tarefa constitucional que se propõe.

Isso porque os princípios constitucionais envolvem um estado de coisas a ser alcançado, podendo ser aplicados ou concretizados em maior ou menor grau, conforme as circunstâncias concretas. E envolvem também um delicado equilíbrio entre princípios e interesses confrontantes.

O desafio é saber em que medida cada interesse/princípio envolvido deve ceder para que seja possível concretizá-los em um grau máximo.

O fato de a Constituição ter estabelecido a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República e a centralidade dos direitos humanos enquanto seu eixo condutor não é suficiente, por si só, para solucionar tal desafio, na medida em que sua leitura sistêmica revela que não existe primazia dos interesses individuais sobre os interesses coletivos e vice-versa.

Para solucionar essa dicotomia coletivo/individual, Binjenbojm propõe a utilização da técnica da ponderação proporcional como fator de legitimação e princípio reitor da atividade administrativa. Através dele é possível buscar a unidade constitucional e “acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua totalmente um em prol da subsistência do outro”¹⁴². De forma pragmática, seu conteúdo abrange a adequação dos meios para atingir o fim pretendido;

¹⁴¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 42.

¹⁴² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 100.

a necessidade da conduta adotada (a menos gravosa possível); e sua proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens devem superar as desvantagens)”¹⁴³.

Para o que importa a este trabalho, a conclusão a que se chega é no sentido de, ultrapassada a fase da investigação e da subsunção dos fatos aos tipos ilícitos, o princípio da legalidade não significa que toda atuação do Estado relacionada à aplicação das consequências jurídicas previstas para o ilícito demanda uma definição prévia e precisa em lei, havendo espaço para ponderação proporcional de princípios constitucionais na definição da melhor conduta diante da hipótese posta à solução.

Neste contexto, cumpre analisar se o ordenamento jurídico brasileiro admite atuação discricionária no âmbito do direito punitivo e se é possível buscar diretamente na Constituição Federal a habilitação, o fundamento autorizativo da atuação negocial do Ministério Público nesta seara, independentemente da existência de lei.

2.3 Compatibilidade da atuação negocial no direito punitivo com o ordenamento jurídico brasileiro (Constituição Federal, legislação ordinária criminal, cível e microsistema de defesa do patrimônio público)

Os dados apresentados no tópico 1.1 evidenciam que o sistema de justiça punitiva demanda mecanismos que o aperfeiçoem.

O vácuo de resposta estatal para os crimes noticiados, a ausência de punição efetiva e célere para parte dos crimes investigados e processados e a punição tardia de alguns deles repercutem na prevenção geral dos crimes (que está relacionada à probabilidade de sanção e ao tempo necessário para que ela se efetive), na qualidade da prova (risco de esquecimento por parte das testemunhas e dificuldade de perícias), na sensação de insegurança na sociedade, na proteção dos direitos violados das vítimas, na presunção de inocência (sujeita o infrator a permanecer vinculado ao processo por um longo período, comprometendo suas escolhas pessoais e profissionais) e na própria justiça da solução (atrelada à sua utilidade observada ao tempo em que proferida).

A necessidade de incrementar as opções que contribuam para diminuir o tempo entre o fato praticado e a resposta estatal correlata (celeridade da persecução penal), bem como para desvendar e punir ilícitos de difícil investigação, é estudada em conjunto com a autonomia do indivíduo para decidir pela opção que melhor lhe convenha, conforme sua liberdade de escolha.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 114.

Ponderando esses fatores (celeridade da resposta estatal diante dos problemas estruturais do sistema de justiça, sofisticação de instrumentos para enfrentar ilícitos de difícil apuração e autonomia individual para autolimitação de posições jurídicas de direitos fundamentais) na busca de mecanismos possíveis de aperfeiçoamento do sistema de justiça, proposições internacionais já recomendam, há décadas, a adoção de saídas alternativas à persecução penal integral perante o Poder Judiciário, além de técnicas para abreviação dos procedimentos criminais que resultem na declaração de culpa e imposição de pena.

Desde 1987 a Recomendação N. (87) 18 do Conselho da Europa¹⁴⁴ já orienta os países membros a implementarem uma definição de prioridades para a condução da política criminal e a apresentarem respostas distintas para os casos de pequena gravidade, através de uma atuação discricionária. Isso diante da preocupação, naquela época, com o aumento do número de processos criminais de pequena gravidade e o impacto na duração dos processos e na adequada administração da justiça.

Dentre outros itens, recomendou-se a adoção de acordos extrajudiciais que incluíssem o pagamento de quantia em dinheiro ao Estado ou a uma instituição beneficente; a restituição de bens e vantagens obtidos com o crime e a indenização adequada à vítima; a adoção de procedimentos simplificados, mediante anuência do acusado, com dispensa da audiência judicial e imposição de penas pecuniárias e perda de direitos, excluindo-se a possibilidade de pena de prisão; adoção de admissão de culpa, mediante o comparecimento judicial do infrator no início do processo e a declaração de que aceita as acusações formuladas, ocasiões nas quais o juiz pode dispensar a integralidade ou parte da instrução probatória para impor a pena e decidir a compensação¹⁴⁵.

¹⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE, Committee of Ministers. **Recommendation N. R (87) 18 of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of Criminal Justice**. Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers Deputies. Disponível em: <[https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanteklifi/recR\(87\)18e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanteklifi/recR(87)18e.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2020. O Conselho da Europa abriga em sua estrutura a Corte Europeia de Direitos Humanos.

¹⁴⁵ Destaca-se este trecho do texto original: "I. Discretionary prosecution. a. The principle of discretionary prosecution. 1. The principle of discretionary prosecution should be introduced or its application extended wherever historical development and the constitution of member states allow; otherwise, measures having the same purpose should be devised. [...] II. Summary procedures, out-of-court settlements and simplified procedures. [...] b. Out-of-court settlements. 1. In the light of their constitutional requirements, member states should review their legislation with regard to out-of-court settlements in order to allow an authority competent in criminal matters and other authorities intervening at this stage to promote the possibility of out-of-court settlements, in particular for minor offences on the basis of the following principles: 2. The law should prescribe the conditions which the authorities may propose to the alleged offender, more particularly: i. the payment of a sum of money to the state or to an institution of a public or charitable nature; ii. the restitution of goods or advantages obtained by the commission of the offence; iii. that appropriate compensation be granted to the victim of the offence either in advance of the settlement or as a part of it. [...] III. Simplification of ordinary judicial procedures. a. Judicial investigation prior to and at the trial court hearing. [...] 7. Wherever constitutional and legal traditions so allow, the procedure of "guilty pleas", whereby an alleged offender is required to appear before a court at an early stage of the proceedings in order to state publicly to the court

As Regras de Tóquio (Resolução n.º 45/110), aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, recomendaram o oferecimento, pelo sistema de justiça criminal, de uma grande variedade de medidas não privativas de liberdade, inclusive na fase pré-julgamento, quando o Ministério Público deve avaliar a retirada do processo judicial de infrações menores, com imposição de medidas não privativas de liberdade, o tratamento dos infratores na comunidade, evitando-se julgamentos formais em um tribunal, dentre outras sugestões¹⁴⁶.

A partir dessas diretrizes, um número significativo de países passou a incorporar em seus sistemas de justiça a justiça penal negociada, com diferentes formatações, tanto no que se refere às técnicas de diversão quanto no que se refere à negociação de sentença criminal.

Ainda que os institutos tenham recebido especificações próprias em cada país, de forma geral a técnica da diversão diz respeito a uma saída alternativa à persecução criminal através do *full trial*, ou seja, instrução e julgamento por um magistrado, com conclusão sobre a culpa e a pena a ser imposta. Nesta pesquisa foram referidas como consensualidade de pura reprimenda.

As saídas alternativas podem abranger o não oferecimento de uma acusação ou a descontinuidade de uma acusação já oferecida, mediante a aplicação de condições a serem

whether he accepts or denies the charges against him, or similar procedures, should be introduced. In such cases, the trial court should be able to decide to do without all or part of the investigation process and proceed immediately to the consideration of the personality of the offender, the imposition of the sentence and, where appropriate, to decide the question of compensation". (COUNCIL OF EUROPE, Committee of Ministers. **Recommendation N. R (87) 18 of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of Criminal Justice.** Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers Deputies. Disponível em: <[https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanteklifi/recR\(87\)18e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanteklifi/recR(87)18e.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2020)

¹⁴⁶ As Regras de Tóquio compreendem uma série de princípios para elaboração de medidas não privativas de liberdade, com o objetivo de incentivar a adoção, pelos Estados-membros, de meios mais eficazes que o cárcere para prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos encarcerados. Texto dos itens referenciados: 2.3 Para assegurar a maior flexibilidade, compatível com a natureza e a gravidade da infração, com a personalidade e os antecedentes do infrator e com a proteção da sociedade, e ainda para evitar o recurso desnecessário ao encarceramento, o sistema de justiça criminal deverá oferecer uma grande variedade de medidas não privativas de liberdade, desde medidas tomadas na fase pré-julgamento até as da fase pós-sentença. O número e as espécies de medidas não privativas de liberdade disponíveis devem ser determinados de modo que seja ainda possível a fixação coerente da pena. 2.5 Deve-se considerar o tratamento dos infratores na comunidade, evitando-se o máximo possível recorrer aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal, de acordo com as garantias legais e as regras de direito. II. Estágio anterior ao julgamento 5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo 5.1 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. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

cumpridas pelo infrator. Cumpridas as condições, o processo é concluído e não há condenação. São aplicadas usualmente para crimes de menor gravidade¹⁴⁷.

A negociação de sentença criminal em regra envolve um acordo entre infrator e acusação para abreviação ou simplificação do procedimento e prolação de sentença que reconhece a culpa e tende a ser mais benéfica ao acusado, que voluntariamente anuiu em não utilizar todos os seus direitos processuais¹⁴⁸.

Além dos métodos de consensualidade que visam a tratar de forma mais célere os casos penais, a partir de uma consensualidade de pura reprimenda (seja através de uma alternativa à persecução penal, seja por meio da simplificação do procedimento), as particularidades e complexidades com que alguns crimes são cometidos, atreladas à dificuldade de investigação e punição, ensejaram a criação de métodos de consensualidade que visam a facilitar a produção de provas. São ferramentas investigativas essenciais para o Estado apurar crimes complexos, praticados com instrumentos sofisticados, em regra por uma criminalidade organizada que não é descoberta de forma eficaz com os métodos de investigação tradicional. O objetivo principal, neste caso, não é oferecer uma alternativa penal ou acelerar a persecução por meio da abreviação do procedimento, mas sim obter provas de crimes complexos. Nesta pesquisa foram referidas como consensualidade de colaboração.

Essas técnicas de consensualidade de colaboração foram igualmente previstas em proposições internacionais.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto Legislativo 231, de 29/05/2003, e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.015, de 12/03/2004) estabeleceu em seu art. 26 que cada Estado deve tomar medidas para encorajar integrantes de grupos criminosos organizados a colaborarem com a investigação e a produção de provas, como a redução da pena e a imunidade¹⁴⁹.

¹⁴⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 24.

¹⁴⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 29.

¹⁴⁹ Convenção de Palermo, Artigo 26: Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 4. A proteção destas pessoas será

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, aprovada pelo Decreto Legislativo 348, de 18/05/2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687, de 31/01/2000) previu em seu art. 37 que cada Estado deve tomar as medidas apropriadas para que as pessoas que participaram de atos de corrupção proporcionem informações úteis para a investigação, a produção probatória e a recuperação de ativos, podendo suas penas serem mitigadas ou concedida imunidade judicial¹⁵⁰.

Independentemente da finalidade perseguida pelo Estado (alternativa à persecução penal, aceleração do procedimento ou ferramenta investigativa), certo é que a opção do infrator por pactuar de uma ou de outra forma integra sua liberdade de escolha e o autorregramento da sua vontade, a partir de uma ponderação voluntária, consciente, livre de coação, da melhor estratégia de defesa a ser exercida, diante do benefício perseguido. E todas essas possibilidades coexistem com o processo jurisdicional e o pleno exercício de todas as garantias processuais.

Ou seja, a existência de métodos diversos para tratar os casos penais visa exatamente a otimizar a eficácia de todos eles, cada qual em sua área de abrangência própria, sendo sempre possível a opção pelo processo judicial.

No Brasil a Constituição Federal determinou a criminalização de diversas condutas e o dever do Estado prestar uma tutela efetiva e célere, de forma a garantir a segurança da sociedade (artigo 5.º, *caput* e incisos XLI, XLII, XLIII, LXXVIII, art. 6.º, *caput* e art. 37, *caput*). Determinou, ainda, a punição de atos de improbidade administrativa, por meio da suspensão dos direitos políticos, da perda da função pública, da indisponibilidade dos bens e do ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4.º).

assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção. 5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

¹⁵⁰ Convenção de Mérida, Artigo 37. Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

Em um primeiro momento interessa saber se o ordenamento jurídico nacional admite a solução consensual como forma de resposta estatal diante da prática de ilícitos. Admitida a hipótese, o desafio seguinte será pesquisar a múltipla incidência punitiva diante de um mesmo ilícito e a forma possível de compatibilizá-la com a observância da boa-fé, da confiança e da expectativa legítima dos atores envolvidos nas negociações para uma solução consensual.

Na análise da conformidade constitucional para solução consensual no direito punitivo, importa constatar que para punição dos comportamentos desviantes, a Constituição Federal exigiu prévia cominação legal para imposição de penas e estabeleceu, como regra, a presunção de inocência (art. 5.º, incisos XXXIX e LVII). Ou seja, os comportamentos desviantes a serem punidos devem ser previstos previamente em lei, acompanhados da respectiva sanção. E o infrator tem direito fundamental ao devido processo legal para apuração de sua conduta, demonstração de sua culpa e imposição de sanção que o prive de sua liberdade ou de seus bens (art. 5.º, inciso LIV). Foram asseguradas diversas garantias, como o contraditório e a ampla defesa para os litigantes, com os meios e recursos inerentes (art. 5.º, LV), o juiz natural (art. 5.º, LIII), a proibição da utilização de provas ilícitas (art. 5.º, LVI), a publicidade dos atos processuais (art. 5.º, LX), a fundamentação das decisões (art. 93, IX), o princípio acusatório (art. 129, I), a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV) e o reconhecimento da culpa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5.º, LVII).

Permitiu a Constituição Federal, ainda, a transação como meio de solução de conflitos envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I).

Para além disso, garantiu a autonomia da vontade, em decorrência do direito fundamental à liberdade (art. 5.º, *caput*) e da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III).

Para garantir a unicidade e a coesão sistêmica da Constituição Federal, portanto, é necessário equilibrar as finalidades político-criminais estabelecidas: a função de garantia do método de trabalho que irá aplicar o direito punitivo (devido processo legal), a liberdade do indivíduo em se autodeterminar e a possibilidade de solução consensual diante da prática de ilícitos.

Significa dizer que tais vetores não são excludentes. O processo afeto ao direito punitivo precisa compatibilizar sua função maior de garantia individual (limite ao poder punitivo do Estado) com a punição e desestímulo efetivos dos comportamentos desviantes, de forma que represente um resultado útil para a sociedade e para a vítima. Essa concepção evita contradições internas inconciliáveis no direito punitivo¹⁵¹.

¹⁵¹ CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 34-35.

Ao estabelecer, no inciso LIV do art. 5.º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a Constituição Federal não especificou qual o conteúdo do “devido processo legal”. Apesar de ter utilizado uma cláusula aberta, a própria Constituição indicou o conteúdo mínimo para que o processo seja considerado “devido”, como registrado acima (conduzido por juiz competente, imparcial, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, utilização de provas lícitas, atos processuais públicos, decisões fundamentadas e presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória).

Nenhuma norma constitucional vinculou o conceito de devido processo legal ao processo conflitual, *full trial*¹⁵², ou mesmo à instrução probatória obrigatória em juízo. O processo judicial, aliás, foi previsto como garantia, no sentido da inafastabilidade da jurisdição, e não de sua imprescindibilidade.

Da mesma forma, nenhum comando constitucional vinculou o devido processo legal à exigência de o infrator exercer todas as suas garantias ou o proibiu de abrir mão de suas posições de vantagem.

Pelo contrário, a solução pacífica de conflitos encerra um princípio constitucional com força irradiante que deve orientar o sistema de acesso à justiça brasileira. O fundamento para tanto decorre da previsão, no Preâmbulo da Constituição de 1988¹⁵³, do comprometimento com a solução pacífica das controvérsias, bem como da orientação da República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, de observar e priorizar a solução pacífica dos conflitos (art. 4.º, inciso VII, CF)¹⁵⁴.

A Constituição Federal consagrou dois sistemas internos de acesso à justiça: o sistema de acesso à justiça por adjudicação, viabilizado em regra pelo Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV,

¹⁵² CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 253.

¹⁵³ CF/1988, Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁵⁴ CANÇADO, Paulo Roberto Moreira; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz Moreira; FREITAS, Pedro Henrique Esteves. Função orientadora das Corregedorias do Ministério Público e a realização e acordo de resultados, **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 11-16, 2016. Disponível em: <<https://www.cnpm.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020. Os autores enfatizam, no artigo, o caráter orientador e principiológico do preâmbulo, parte integrante do sistema constitucional, o que sobressai no plano da interpretação de outros princípios e preceitos constitucionais. Barreiros registra que cabe ao Preâmbulo apresentar texto político exortador dos princípios e valores contidos na Constituição, como reconhecido pelo STF, em que pese ter explicitado que o Preâmbulo da Constituição não é dotado de força normativa, ADI n. 2076-5/AC. (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 34)

CF) e o sistema de resolução consensual de conflitos, sendo este a opção prioritária do ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁵.

Não se discute ser garantido ao infrator o conhecimento sobre a imputação formulada e a opção por responder ao processo judicial *full trial*, no qual se lhe afiance a possibilidade de declarar sua inocência e de utilizar meios de prova para refutar as imputações que lhe foram deduzidas, sem que a recusa aos métodos de consensualidade eventualmente oferecidos possa servir de fundamento para incremento de sua pena, em um julgamento por um juiz imparcial. A regra é a presunção de inocência, sendo necessária a demonstração da culpa para imposição de sanções, afetas a condutas e penas previamente estabelecidas em lei. Obedecidas as garantias acima referidas, a sanção é imposta ao infrator, independentemente de sua vontade, inclusive com uso da força.

O que se enfatiza é que este não é o único formato admitido pela Constituição Federal para punição de comportamentos desviantes, sejam eles tipificados como crime ou atos de improbidade administrativa. Não há qualquer proibição constitucional para implementação de soluções consensuais para resolver casos penais ou no âmbito da improbidade administrativa, a partir da concordância do infrator e negociação dos atores processuais. Pelo contrário, há expressa determinação para priorização da solução consensual.

Além de poder negar a acusação, o infrator pode optar por reconhecê-la, por não a refutar, por não produzir provas que contrariem a hipótese acusatória, independentemente de essas opções resultarem em uma vantagem. Exercer ou não um direito assegurado está incluído na sua autonomia da vontade e deve ser assegurado que a opção decorra de uma escolha voluntária e consciente, isenta de coação.

A conclusão que se chega é no sentido de que a duplicidade constitucional dos sistemas de acesso à justiça (adjudicatória pelo Poder Judiciário ou resolução consensual) abrange o direito punitivo. Isso porque, além de inexistir vedação constitucional para aplicação da solução consensual ao direito punitivo, o que existe é uma diretriz constitucional muito clara para solução pacífica das controvérsias.

A premissa segundo a qual o devido processo legal abrange a obrigatoriedade de apresentação de uma acusação formal, seguida de instrução probatória e julgamento, perante um juiz, para todos os casos penais, e é exclusivamente este formato que legitima a declaração

¹⁵⁵ CANÇADO, Paulo Roberto Moreira; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz Moreira; FREITAS, Pedro Henrique Esteves. Função orientadora das Corregedorias do Ministério Público e a realização e acordo de resultados, **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 11-16, 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

da culpa e a imposição de sanção está equivocada e não encontra fundamento na Constituição Federal.

O que a Constituição Federal estabelece como devido processo legal, inclusive com natureza de direito fundamental ao procedimento, é a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos inerentes, o juiz natural, a proibição de provas ilícitas, a publicidade dos atos, a duração razoável do processo, a fundamentação das decisões, o princípio acusatório (separação das funções no procedimento penal) e a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Essas balizas também são compatíveis com soluções negociadas no direito punitivo. E devem ser interpretadas com os comandos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de autodeterminação.

O processo é um mal por si mesmo¹⁵⁶. Ele afeta a imagem do infrator na sociedade, suas relações pessoais e profissionais, seus planejamentos, além de criar uma expectativa da futura sentença a ser proferida, dentre outros reflexos. A opção pela estratégia de defesa relacionada ao cumprimento de determinadas condições, ao reconhecimento dos fatos e de sua autoria ou mesmo à entrega de informações úteis à investigação, com vistas a obter algum benefício, se insere dentro da liberdade de escolha do infrator (seja qual for a razão que fundamente sua escolha: ver-se livre do oferecimento da acusação, ser julgado por um procedimento abreviado com imposição de penas mais leves, obter imunidade, preservar sua imagem, obter o perdão da vítima ou qualquer outro motivo). A voluntariedade advém da possibilidade de escolha entre responder de acordo com o processo judicial *full trial* ou optar por aderir a uma saída alternativa à persecução penal integral ou a um acordo com a acusação (seja para imposição de reprimenda de forma abreviada, seja para fornecimento de informações úteis à investigação, com vistas à obtenção de benefícios). E a escolha há de ser consciente, acompanhada de defesa técnica, sopesando os prós e os contras, ciente da imputação que lhe é dirigida e dos direitos não exercidos.

Evidenciado que a Constituição Federal admite a solução consensual como resposta estatal diante da prática de ilícitos, importa pesquisar a conformidade constitucional de múltiplas incidências punitivas diante do mesmo fato.

Neste ponto, a lição de Eisele auxilia uma compreensão da sistemática constitucional. A soberania do Estado diz respeito, entre outras coisas, ao seu (I) poder de definir a ordem jurídica interna e proibir comportamentos, com previsão de sanções para as hipóteses de

¹⁵⁶ BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 183.

descumprimento, além de mecanismos de reparação ou recomposição. Além disso, a soberania diz respeito ao (II) poder do Estado de implementar a efetividade desta ordem jurídica interna. Isso é imprescindível para uma convivência pacífica e ordenada, já que até hoje não se atingiu uma harmonia espontânea. O poder de implementar a efetividade do ordenamento jurídico ocorre através do (II.a) poder de polícia (evitar o descumprimento de normas de conduta) e do (II.b) poder de aplicação de consequências jurídicas a quem descumpra o ordenamento jurídico, este último denominado punibilidade pelo autor (ou seja, a punibilidade é esse poder de realização do ordenamento jurídico)¹⁵⁷.

No exercício de seu poder soberano, o Estado institui tipologias de ilícitos acompanhados das respectivas sanções (I).

O constituinte originário brasileiro adotou um sistema jurídico de instâncias independentes, autorizando a coexistência de um direito sancionador penal e de outro não penal, cada qual com sua tipologia e sanções correlatas (opção albergada pela soberania estatal). Enquanto o direito sancionador penal trata das infrações penais (definidas no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal), o direito sancionador não penal abrange várias outras instâncias de responsabilização, com as respectivas tipologias e sanções (que não envolvem privação de liberdade).

Como o constituinte autorizou a existência de múltiplas esferas de repressão, o legislador infraconstitucional dirige o poder punitivo também a outros sistemas de repressão, inserindo sanções diversas da prisão, o que permite que uma mesma conduta seja simultaneamente punida com base em mais de um ramo do direito sancionador.

Aliás, o art. 37, § 4.º, da CF afirma categoricamente que as sanções de improbidade administrativa devem ser impostas sem prejuízo da ação penal. Como vigora o princípio *ne bis in idem*, a única conclusão possível é a de que a ação de improbidade administrativa não tem natureza penal e por isso é equivocada a pretensão de utilizar os princípios e institutos do direito

¹⁵⁷ Neste sentido, a punibilidade é categoria essencial à composição do próprio Estado e possui natureza jurídica de direito público. Por isso o autor critica o conceito de *jus puniendi* como direito subjetivo do Estado à aplicação da pena. Não se pode pretender conceituar a punibilidade a partir de uma perspectiva privatista, já que não se trata de uma relação obrigacional (na qual o Estado teria o direito subjetivo de aplicar a pena e o infrator deveria suportar a pena para compensar o fato praticado). Para o autor, não existe obrigação jurídica no caso, porque não existe dever ou obrigação do infrator de cumprir a pena, sendo que se não o fizer receberá sanção (o que existe é um estado de sujeição ao exercício do poder do Estado). A punibilidade é expressão do poder estatal, com natureza jurídica de direito público, o que demonstra o equívoco de tentar explicá-la como uma relação jurídica obrigacional, conceito de direito privado (*jus puniendi*). (EISELE, Andreas. **Direito Penal: teoria do delito**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 639-643)

e do processo penal na seara da improbidade¹⁵⁸, bem como das demais instâncias de responsabilização.

É dizer que, dentro de sua soberania e discricionariedade legislativa, o legislador constitucional originário autorizou regimes jurídicos distintos no âmbito do poder punitivo estatal. Os bens jurídicos alcançados pelas sanções de cada instância de responsabilização não necessariamente são os mesmos (apenas o direito sancionador penal alcança a liberdade) e o próprio ordenamento jurídico estabelece as hipóteses nas quais ocorrerá uma interpenetração entre as instâncias¹⁵⁹.

No que se refere à proteção da probidade administrativa, a Constituição Federal escolheu um modelo de repressão que abrange sanções penais e sanções de improbidade administrativa que podem incidir de forma cumulativa. Neste contexto, previu expressamente no artigo 15, incisos III e V, ser possível a perda ou suspensão dos direitos políticos tanto no caso de condenação criminal quanto na hipótese de improbidade administrativa, bem como reforçou no artigo 37, § 4.º, que as sanções de improbidade administrativa serão impostas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Diante dos comandos constitucionais, dentro da sua liberdade de configuração legislativa, o legislador infraconstitucional diferenciou as sanções penais e administrativas sancionadoras. Fixou, como critério dogmático, a pena privativa de liberdade exclusiva para sanções penais (art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal) e adotou tipos abertos para definir atos de improbidade administrativa (artigos 9.º ao 11 da Lei 8.429/92), dada a vertente de promoção da garantia dos interesses coletivos na gestão da coisa pública¹⁶⁰.

¹⁵⁸ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A natureza jurídica da ação por ato de improbidade administrativa. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli (Org.). **Estudos sobre improbidade administrativa**: em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 328. A legislação infraconstitucional ressalta em várias situações a possibilidade de punição simultânea da mesma conduta em mais de um ramo do direito sancionador: art. 30, Lei 12.846/2013 (sanções da Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas não afetam as decorrentes de ato de improbidade ou atos ilícitos da Lei 8.666/1993); art. 12, Lei 8.429/1992 (sanções da Lei de Improbidade Administrativa são aplicadas independente de outras sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica). Nestes casos o que ocorre é que uma mesma conduta fática gera uma pluralidade de ofensas jurídicas e afetam microssistemas normativos de natureza diversa, o que autoriza inclusive a aplicação de sanções idênticas, desde que a conduta “passe no teste de compatibilização” com cada sistema. Neste sentido: GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: a potencial incidência na lei 8.429/92, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 31-35, out./dez. 2017.

¹⁵⁹ Como, por exemplo, as hipóteses nas quais a absolvição criminal projeta efeitos na seara cível (art.20, 21, 22, 23, 26, 28, §1º., CP; art. 65 e 386, VI, CPP; art.66 e 386, I, CPP; art.86 e 87, Lei 12.529/2011; art.16, Lei 12.846/2013) ou as hipóteses de suspensão de uma esfera em razão do que se estabeleceu na outra esfera (art. 386, IV, CPC e art. 935, CC).

¹⁶⁰ Sobre o tema, válida a lição de Alejandro Nieto, ao discorrer sobre as garantias individuais: “Es obvio, desde luego, que ningún jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos. Acentuar uma de estas

Em outras palavras, a premissa adotada por este trabalho é no sentido de que a soberania estatal abrange o poder de definir a ordem jurídica interna e de executá-la. A definição da ordem jurídica alcança a tipificação de condutas ilícitas acompanhadas das respectivas sanções. O direito punitivo penal e o direito punitivo não penal são mecanismos básicos de que o Estado dispõe para regular condutas para atingir uma vida social ordenada, a partir do respeito espontâneo ou da aplicação estatal do ordenamento jurídico (consensual ou coercitiva).

Sob um ponto de vista amplo, portanto, tanto as sanções penais quanto as não penais se inserem em um poder punitivo estatal de definição e aplicação do ordenamento jurídico. Ambos agregam a finalidade punitiva (prevenção geral e especial, que não se projeta de modo uniforme nas diversas sanções previstas tanto para ilícitos penais quanto para ilícitos não penais¹⁶¹) e o efeito aflitivo das medidas (o grau punitivo varia conforme a gravidade do ilícito).

As práticas corruptivas são ilícitos de baixa probabilidade de detecção, diante da forma particular em que são praticados, e efeitos nefastos na consecução dos objetivos traçados ao Estado pela Constituição. A cumulação de incidências normativas e o montante de punições previstas para tais ilícitos na Constituição Federal e na legislação ordinária visa exatamente alcançar o potencial inibidor, tornando a corrupção um ilícito de alto risco e baixo benefício no Brasil.

Não existe uma diferença ontológica entre ilícitos penais e não penais. A definição de uma conduta como ilícito penal ou ilícito administrativo sancionador, acompanhada da respectiva sanção, insere-se na liberdade de configuração normativa do legislador (é fruto de decisão legislativa soberana e discricionária, ou seja, o conceito de ilícito é normativo)¹⁶².

dos vertientes con olvido de la otra es crear un monstruo jurídico: o um Estado sin Derecho o um Derecho em el que se marginen los intereses que encarna el Estado. Pues bien, la influencia del Derecho Penal ha supuesto una exacerbación garantista individual a costa de una marginación de los intereses generales y, em definitiva, del equilibrio entre una y otros, que es el secreto de todo Derecho.” (NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008. p. 176)

¹⁶¹ Constatar se determinada medida está finalisticamente direcionada a uma punição ou a outros objetivos similares é de extrema importância, já que o afastamento da finalidade punitiva repercute no regime jurídico aplicável à matéria. (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94). Por exemplo, há discussão quanto ao escopo do acordo de leniência (técnica especial de investigação e meio de prova, meio de recuperação de valores, método de cessação de condutas ilícitas, meio de defesa, método de aprimoramento de programas de integridade, dentre outros) e a definição deste escopo impacta tanto no regime jurídico aplicável quanto na concessão de benefícios através do acordo (se ele é ou não um acordo substitutivo de sanções, por exemplo).

¹⁶² Reconhecer sua legitimação democrática do legislador é diferente de aceitar uma prerrogativa suprema de suprimir qualquer garantia, ao seu bel prazer. As escolhas legislativas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade difuso e concentrado, inclusive no que se refere à violação de tratamento isonômico dos acusados em geral. Neste sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 108-109. O mesmo autor bem resume a questão: “É possível, sem dúvida, falar-se de um Direito Constitucional limitador do *ius puniendi* do Estado. Nesse sentido, o direito constitucional limita, a um só tempo, qualquer exercício de pretensão punitiva, inclusive as sanções privadas, alcançando, portanto, a pretensão punitiva dos particulares, embora sempre variando seu tratamento e alcance.

Em que pese não estar incluído no objeto deste estudo, fundamental registrar que é intenso na doutrina o debate sobre a existência de um direito punitivo único no âmbito do Estado, a dar suporte ao desenvolvimento de uma teoria geral com um regime jurídico comum a todas as manifestações sancionadoras do Estado (sanções administrativas e sanções penais)¹⁶³.

Merçon-Vargas defende a adoção do catálogo de garantias do processo penal para o processo judicial punitivo não penal em que há exercício de pretensão punitiva estatal, como aqueles oriundos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção. O fundamento seria a necessidade de se estabelecer garantias processuais mais densas, em razão da natureza do direito material (em que há exercício de *ius puniendi* estatal e imputação de ilícitos graves, puníveis com sanções restritivas de direitos fundamentais) e da desigualdade da relação jurídica processual (diante da presença do Estado, no exercício soberano da função de imputar a prática de um ilícito e de punir o particular). Sob esta ótica, apenas as garantias atreladas à imposição de penas privativas de liberdade seriam excluídas (já que tal pena não é prevista para os ilícitos punitivos não penais), incidindo, além das garantias asseguradas no plano constitucional a todos os processos, “as garantias de presunção de inocência e seus desdobramentos quanto ao *standart*

Por essa ampla perspectiva, não é razoável, todavia, por mais paradoxal que pareça, tratar de um unitário *ius puniendi* estatal, dado que os princípios constitucionais, quando incidem em relações penais ou de Direito Administrativo, revelam-se distintos, ainda que nominalmente idênticos. De fato, há que se reconhecer que esses supostos princípios gerais do direito público estatal punitivo – que na verdade seriam melhor denominados “princípios constitucionais” –, quando concretizados, resultam diferenciados, distintos, com contornos próprios e específicos, ainda que subsista uma origem comum, que é, singelamente, a Constituição.” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 121)

¹⁶³ Muitos autores na Europa e algumas decisões de Cortes guardiãs de direitos humanos defendem que, havendo sanção, a norma é de direito punitivo, independente do rótulo dado pelo país àquela norma (se penal ou administrativa). É a sanção que integraria a norma a um direito punitivo geral do Estado, se o país lhe deu a nomenclatura de sanção administrativa incorreu em fraude de etiquetas. Nesse modelo punitivo único os rótulos importam menos que os conteúdos para fixar as garantias do indivíduo em face do poder punitivo estatal. A questão é que mesmo defendendo a teoria unitária do poder punitivo do Estado a aplicação das garantias penais deve ocorrer com certos matizes quando se trata de sanção administrativa sancionadora. As decisões dos Tribunais Europeus acolhem regimes jurídicos variados para as diferentes projeções do poder sancionador do Estado. Ora, é exatamente essa matização que reflete a ausência de um tratamento unitário pelo Estado no seu poder de punir penalmente ou administrativamente. E, para o que nos interessa, essa matização indica não existir relevância prática em sustentar uma teoria unitária punitiva estatal. Sobre o assunto, conferir: ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 5.ed. Madrid: Civitas, v. 2, 1995. p. 163; CARDOSO, Fernando Navarro. **Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal**. Madrid: Editorial Colex, 2001; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2008; CUTANDA, Blanca Lozano. La tensión entre eficacia y garantías em la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal em el derecho administrativo sancionador com especial referencia al principio de legalidade, **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 11, p. 51 e ss., 1997. Ver ainda: Caso Engel (8 junio 1976), Caso Oztürk (21 de febrero de 1984, Caso Campbell y Fell (2 de junio de 1984), Caso Weber (22 de mayo de 1990), Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo. E, por fim, as decisões RJ 1996\4480 e RJ 1972\876 do Tribunal Supremo Espanhol.

de convencimento, o direito ao recurso e o *ne bis in idem*, além de direitos específicos que se desdobram das garantias do contraditório e da ampla defesa”¹⁶⁴.

Guaragni rechaça essa opção sob o fundamento de que a Constituição Federal possibilitou a existência de sistemas sancionadores distintos do direito penal. Para além da permissão constitucional formal para aplicação cumulada do direito penal e da responsabilização por improbidade administrativa (art. 15, III e V e art. 37, § 4.º), o autor sustenta a possibilidade de incidência de ambos sobre o mesmo fato em razão de almejam finalidades diferentes: a Lei de Improbidade “cria um sistema contínuo de proteção à probidade administrativa”¹⁶⁵ (tipos abertos definidores de ilícitos), enquanto o direito penal é fragmentário; a Lei de Improbidade é constitutiva, no sentido de criar figuras que lhes são próprias, já o direito penal, em regra, é somente sancionador (sanciona condutas de outros setores que já são ilícitas); as sanções da Lei de Improbidade coligam-se com mau uso do cargo público, enquanto o direito penal desvincula a sanção do ilícito (sanções genéricas, sem ligação com as particularidades do ilícito).

Como visto, não existe um direito punitivo estatal único que gere um regime jurídico comum para toda manifestação sancionadora do Estado. E essa constatação impacta na incorreção da transposição de princípios e garantias penais para o direito punitivo não penal. Os dois possuem regimes jurídicos diferentes. Muitos princípios de direito penal passam por matizações para serem adaptados ao regime jurídico do direito punitivo não penal, o que também não quer dizer que não se possa reconhecer um núcleo básico no direito punitivo estatal. Ou seja, o desafio pragmático é exatamente determinar as peculiaridades do regime jurídico no direito punitivo não penal e as matizações necessárias dos princípios e garantias penais.

Exatamente porque o legislador constituinte originário determinou expressamente a cumulação de incidências de responsabilização diante da prática de determinados ilícitos, dentre eles os atos corruptivos, com objetivo de resguardar a moralidade e o patrimônio públicos, concluir pela supressão de uma esfera de responsabilização porque determinado ato já está sendo punido em outra esfera viola a proibição de proteção deficiente dos objetos jurídicos tutelados. Precisamente por isso que as legislações que tipificaram e sancionaram

¹⁶⁴ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 287-289.

¹⁶⁵ GUARAGNI, Fábio André. A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). **Aspectos controversos da Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: DelRey Editora, v. 1, 2016. p. 21-26.

ilícitos afetos à corrupção sempre previram de forma expressa a cumulatividade de suas sanções com outras esferas de responsabilização.

Como visto, as múltiplas instâncias de responsabilização instituídas pelo Estado brasileiro são expressões tanto do (I) poder estatal de definir a ordem jurídica, com as previsões normativas das tipologias e sanções para cada esfera de responsabilização, quanto do (II.b) poder estatal de aplicar consequências jurídicas para quem incidir nas tipologias. Essas consequências são as sanções que recaem negativamente sobre posições jurídicas de direito fundamental do infrator.

O que justifica a interferência do Estado (aplicação da sanção, II.b) é a prática do ilícito acompanhada da incidência normativa diante do ilícito. Em outras palavras, a discussão sobre a resposta estatal diante da prática do ilícito pressupõe sua previsão anterior em lei, acompanhada da sanção respectiva, e a prática do fato pelo infrator, devidamente investigada na sua extensão e autoria.

Ultrapassado esse patamar, a interferência estatal para aplicar consequências jurídicas diante de comportamentos desviantes, como visto, pode ocorrer de duas maneiras: solução adjudicada ou solução consensual. No âmbito do direito punitivo, cada ramo do direito sancionador possui suas regras processuais e seus órgãos legitimados para aplicação das sanções. O (II.b.i) poder estatal de aplicar as consequências jurídicas para os comportamentos desviantes é exercido através da obediência de tais regras e gera restrições sobre posições jurídicas de direito fundamental do infrator independentemente de seu consentimento, na medida em que ele se encontra em um estado de sujeição ao exercício deste poder. O fato gerador da aplicação da sanção, na solução adjudicada, é a incidência normativa reconhecida na sentença judicial. Também é possível (II.b.ii) aplicar consequências jurídicas para comportamentos desviantes que integram o direito punitivo através de soluções consensuais. Elas presumem a definição prévia das condutas e sanções (I) e a configuração da prática do ilícito acompanhada da incidência normativa respectiva, já que é essa subsunção que justifica a interferência do Estado (II.b). Mas, em uma última etapa, o fato gerador para aplicação da sanção, na solução consensual, é o consentimento do infrator em autolimitar posições jurídicas de direitos fundamentais suas.

O recorte deste estudo é a solução consensual protagonizada pelo Ministério Público no âmbito do direito punitivo. Dentro deste recorte, a Constituição Federal adotou um sistema jurídico de instâncias de responsabilização penal e extrapenais independentes e não exigiu solução adjudicada para aplicação de consequências jurídicas a quem incidir nas tipologias do direito sancionador (penal e extrapenal). Pelo contrário, priorizou a solução consensual. O que

a Constituição Federal exigiu é que a aplicação de pena advenha de ato jurisdicional, no caso do direito penal. Mas não estabeleceu a imposição de pena ao infrator como única opção de expressão do poder estatal em caso de descumprimento do direito sancionador penal¹⁶⁶.

A compreensão sistemática da Constituição Federal é importante para definir a margem permitida para operacionalização do sistema jurídico e para o comportamento negocial do Ministério Público em sua atuação repressiva (reconhecimento do direito de liberdade dos indivíduos autolimitarem posições jurídicas de direito fundamental; concomitância de direitos fundamentais de infratores, vítimas e sociedade diante da prática de ilícitos; negociabilidade dos direitos difusos afetos ao direito punitivo a partir da adequação da tutela; e compreensão do perfil político-institucional do Ministério Público).

Assentadas as premissas da possibilidade de solução negocial no direito punitivo e da múltipla incidência de instâncias de responsabilização (penal e administrativa sancionadora) diante da prática de um mesmo ilícito, o maior desafio é harmonizar os dispositivos legais e a atuação dos órgãos legitimados para cada esfera de responsabilização. Ao fim e ao cabo são todos órgãos do Estado que irão aplicar consequências jurídicas para comportamentos desviantes que integram o direito punitivo através de soluções consensuais. E isso demanda coerência, razoabilidade e efetividade do sistema jurídico.

Ou seja, a eficiência da solução negocial demanda uma articulação das instâncias de responsabilização, para viabilizarem um modelo cooperativo de atuação.

Isso porque a independência das esferas de responsabilização gera uma atuação fragmentada do Estado, diante de um mesmo ilícito. O sucesso de qualquer acordo demanda, por isso, a observância da transversalidade, que é exatamente compatibilizar a fragmentação das consequências sancionatórias advindas de um mesmo fato ilícito. A ideia base que regula este desafio é a de que a situação do infrator que consente em enfraquecer posições jurídicas de direitos fundamentais suas em um acordo não pode ser pior do que seria se não tivesse optado pelo acordo, pelo contrário, há de haver um estímulo para o acordo, algum benefício alcançado quando se compara sua situação anterior ao acordo.

Uma negociação de acordo transversal implica colocar na mesa de discussão das tratativas o reflexo e o tratamento das distintas esferas de negociação. Por exemplo, um acordo de colaboração premiada firmado com o infrator no âmbito penal, gera reflexos na

¹⁶⁶ A abordagem das premissas foi feita no item 2.3. Como dito, quando a Constituição Federal diz que só haverá privação de liberdade e bens com o devido processo legal e culpa a partir da sentença penal condenatória significa que a aplicação de pena pelo Estado demanda manifestação jurisdicional que analise as provas e declare a culpa do infrator (além de reserva legal e anterioridade, personalidade e individualização, requisitos não exclusivos do direito sancionador penal).

responsabilização na seara da improbidade administrativa e por isso deve se ocupar de tratativas que envolvam tais consequências. Outro exemplo é o acordo de leniência firmado com uma empresa que revela invariavelmente ilícitos praticados por pessoas físicas que personificaram a atuação da empresa, o que recomenda a extensão subjetiva da negociação às pessoas físicas.

Neste ambiente o Ministério Público tem um papel primordial, porque é o único legitimado para deflagrar a negociação cível e criminal. Isso permite uma visão mais ampla da negociação das cláusulas e exige, por parte da instituição, um protagonismo em pensar soluções sistêmicas para tentar harmonizar esses mecanismos consensuais. E o habitat natural dos acordos é no campo extrajudicial, na solução consensual dos conflitos, que convive em paralelo à via judicial e onde também são pactuadas sanções, que independem da interferência do Poder Judiciário quando afetas à improbidade administrativa e práticas corruptivas da Lei 12.846/2013.

Admitida a hipótese de consenso no direito punitivo pela Constituição Federal, importante registrar que o Código Penal e o Código de Processo Penal também não impuseram a obrigatoriedade do exercício da persecução penal judicial *full trial* para todos os casos penais. O que existe de previsão legal é que a ação penal pública será promovida por denúncia do Ministério Público, a qual será rejeitada quando for inepta, faltar pressuposto processual, condição da ação ou justa causa. Por fim, uma vez intentada, não poderá dela o Ministério Público desistir¹⁶⁷.

Dizer que a ação penal pública será promovida pelo Ministério Público não é o mesmo que dizer que a ação penal pública é obrigatória para todos os casos penais. É, sim, reafirmar que a titularidade exclusiva da ação penal no Brasil é do Ministério Público. E este órgão deve se atentar para existência de justa causa e de interesse processual (uma das condições da ação) ao oferecer uma acusação formal e dar início a uma persecução penal perante o Poder Judiciário.¹⁶⁸ Como visto no item 2.2, o princípio da legalidade (art. 37 da CF) admite um

¹⁶⁷ CP, Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1.º 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. Código de Processo Penal. 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. CPP, Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal. CPP, 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. CPP, Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

¹⁶⁸ O conceito de ilícito penal tradicionalmente utilizado na doutrina nacional abrange um fato típico, antijurídico e culpável. Este conceito dificulta a solução de casos penais nas hipóteses em que o fato configura um ilícito penal, mas não justifica a aplicação de uma sanção penal, sob a ótica das finalidades da pena (não representa violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal, em razão das especificidades do caso concreto). Neste contexto, o conceito analítico de crime de Roxin melhor se amolda às premissas desta dissertação. Para o autor,

espaço decisório por parte dos órgãos públicos. No caso, a afirmativa segundo a qual o “Ministério Público titulariza a decisão pelo exercício da ação penal, portanto, decorre da compreensão de que, ao fim e ao cabo, é a instituição do Ministério Público que manifesta esse poder decisório”¹⁶⁹. Tanto é assim que a posição final quanto ao arquivamento da investigação é do Ministério Público (art. 28, CPP) e, mesmo que opte por oferecer a denúncia, pode pedir a absolvição do acusado e deixar de recorrer.

Ora, está evidenciado que o Estado não consegue processar e julgar todos os casos penais, o que demonstra que já existe uma janela de oportunidade e discricionariedade em todas as notícias de crimes não apuradas. Exatamente porque impraticável diante da capacidade operacional do Estado e o volume de crimes praticados, a obrigatoriedade é uma falácia, uma hipocrisia¹⁷⁰. O que a regulamentação das hipóteses de não exercício da persecução penal *full trial* (mesmo formada a *opinio delicti*) propicia é exatamente um controle sobre esses delitos, que atualmente permanecem absolutamente livres de supervisão e de monitoramento. Na lição de Suxberger, “em termos simples: a negativa do espaço decisório não conduz à sua inexistência, mas à sua invisibilidade”¹⁷¹. E nessa invisibilidade se perpetuam regras não expressas que geram um sistema criminal distante de um acesso igualitário (atuação dos órgãos de persecução penal majoritariamente em face de jovens negros sem instrução).

Além de propiciarem transparência e controle às infrações a partir de critérios previamente definidos, os métodos de diversão agilizam a resposta estatal diante do crime (contribuindo para prevenção geral), a probabilidade de reparação do dano à vítima e desobstruem a engrenagem dos órgãos envolvidos na persecução criminal para melhor responderem aos crimes de maior lesividade, fazendo do direito penal de fato a *ultima ratio*.

o último extrato do conceito de crime abrange a responsabilidade, que agrega a culpabilidade e a viabilidade político criminal (necessidade preventiva da pena). Ou seja, o juízo da presença ou não de um crime engloba critérios político criminais do direito penal (ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 1997. p. 791-794). Sob esta ótica, a falta de interesse do Ministério Público em buscar a persecução penal justifica o arquivamento do feito (inquérito ou processo consensual prévio, seja pelo óbito do infrator, seja pela prescrição ou pelo cumprimento de um acordo consensual, dentre outros motivos). E o arquivamento, na fase pré-processual (processo judicial) não enseja extinção da punibilidade com coisa julgada material, na medida em que não existe coisa julgada sem processo judicial constituído por partes, com possibilidade de debates da causa penal, perante um juiz. Mas esta não foi a opção do legislador brasileiro ao regulamentar o acordo de não persecução penal e nem é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Como o tema extrapola o objetivo desta dissertação, não será explorado neste trabalho.

¹⁶⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 61.

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 215.

¹⁷¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 62.

Exatamente porque a Constituição Federal admitiu o consenso no direito punitivo e porque nem o Código Penal nem o Código de Processo Penal obrigam que a apresentação de uma acusação formal em juízo seguida de plena instrução e julgamento seja a única forma de resposta estatal ao crime é que o legislador ordinário instituiu diferentes possibilidades de negócios processuais, de acordo com o objetivo de política criminal visado.

Para fazer frente ao objetivo político-criminal de celeridade do sistema de justiça punitivo foram previstas a composição civil, a transação, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

Os quatro institutos representam alternativas de diversificação procedimental ao julgamento *full trial* perante o Poder Judiciário. Não definem, por si sós, culpabilidade, nem justificam a imposição de penas. Representam institutos consensuais não punitivos, uma via alternativa à persecução criminal.

Na composição civil, o acordo firmado entre o infrator e a vítima, nas hipóteses de ação penal privada ou pública condicionada à representação, uma vez homologados, possuem eficácia de título executivo judicial de natureza cível. Descumprido o acordo, ele deverá ser executado no juízo cível e não será possível iniciar ou prosseguir com a persecução penal¹⁷².

Já na transação e na suspensão condicional do processo, o acordo é firmado entre o infrator e o Ministério Público, seguindo-se a sua homologação judicial. Seu descumprimento conduz à rescisão e o Ministério Público deve ajuizar ou prosseguir com a persecução penal. Adimplido, o Poder Judiciário declara a extinção da punibilidade do infrator.

No que se refere aos requisitos, a transação, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, é cabível para crimes de ação penal pública incondicionada, com pena máxima em abstrato de até dois anos e o objeto do acordo abrange a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Em que pese a lei utilizar o vocábulo “pena”, o que o Ministério Público pactua com o infrator são condições a serem cumpridas, e não penas. O § 2.º do artigo em questão prevê as hipóteses nas quais o acordo não é admitido¹⁷³.

A suspensão condicional do processo se aplica aos crimes com pena mínima em abstrato de até um ano (art. 89 da Lei 9.099/95). A proposta é oferecida com a denúncia e abrange a

¹⁷² Lei 9.099/95, Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

¹⁷³ Lei 9.099/95, Art. 76, § 2.º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

suspensão do processo, por dois a quatro anos, mediante o compromisso do infrator de reparar o dano (salvo impossibilidade de fazê-lo) e a proibição de frequentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, além do comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

As premissas para suspensão condicional do processo são o infrator não estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime e preencher os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). A lei possibilita que o juiz especifique outras condições e exige que o acusado e seu defensor aceitem a proposta na presença do juiz, que, recebendo a denúncia, homologará o acordo, não havendo transcurso da prescrição durante o prazo de seu cumprimento.

O acordo de não persecução penal (ANPP), por sua vez, foi previsto inicialmente no artigo 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e posteriormente recebeu previsão legal através da Lei 13.964/2019, que introduziu o artigo 28-A no CPP.

Tal acordo é cabível para infrações penais com pena mínima em abstrato inferior a quatro anos, cometidas sem violência ou grave ameaça, devendo o ajuste ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja, casos em que a procedência da denúncia e a prolação de uma sentença condenatória não gerariam o recolhimento do infrator à prisão (art. 44, I, CP).

As condições previstas para o acordo envolvem a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima (exceto na impossibilidade de fazê-lo); a renúncia voluntária aos bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; o pagamento de prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou ainda o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O § 2.º do art. 28-A do CPP¹⁷⁴ elenca as hipóteses nas quais o ANPP não será cabível. O § 3.º determina sua formalização por escrito e o § 4.º exige audiência judicial para

¹⁷⁴ CPP, Art. 28-A, § 2.º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou

homologação do acordo, ocasião na qual o magistrado irá ouvir o infrator e verificar sua voluntariedade, além da legalidade da avença. Caso descumprido, o acordo deverá ser rescindido judicialmente, seguindo-se à deflagração da persecução penal judicial, em cujo âmbito a confissão detalhada será confrontada com as demais provas quando da análise do mérito pelo julgador.

Como visto, os institutos da transação e da suspensão condicional do processo não exigem o reconhecimento de culpa, enquanto o acordo de não persecução penal o exige. Os requisitos para fazer jus à proposta do Ministério Público e os prêmios a serem oferecidos foram especificados nos artigos citados.

Logo quando publicada a regulamentação do ANPP pelo art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP, sua constitucionalidade foi questionada pela ADI 5.790, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e ADI 5.793, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Para o que interessa a esta pesquisa, apontou-se a impossibilidade de regulamentação da matéria por ato normativo do CNMP (competência privativa da União e submissão dos infratores a normas não previstas em lei, art. 5.º, II, e art. 22, I, CF), usurpação da competência do Judiciário para julgar e impor sanção penal (violação do art. 5.º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LXI e LXV, da CF, ao excluir do Judiciário a lesão aos direitos da vítima e impor restrições à liberdade e aos bens do infrator por autoridade incompetente, sem o devido processo legal, sem respeitar o contraditório e a ampla defesa e mediante prova ilícita, consistente na exigência de confissão).

Ainda que a previsão do ANPP na Lei 13.964/19 acarrete a perda do objeto das ADI's, os questionamentos formulados impactam a forma de pensar o processo e de enfrentar os problemas e as soluções que decorrem dos acordos no âmbito do direito punitivo, bem como seus respectivos potenciais de implementarem grandes transformações na sociedade.

Por isso, importante fazer algumas considerações.

A iniciativa do CNMP ao regulamentar o ANPP através da Resolução 181/2017 representou um movimento institucional do titular exclusivo da ação penal para racionalizar o exercício do seu poder-dever de ação penal e aprimorar o sistema de justiça criminal, diante do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário (ADPF 347 MC).

O protagonismo do Ministério Público foi exercido dentro do campo de conformação normativa do titular da ação penal, pelo órgão incumbido de formular uma política nacional ao

suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Ministério Público e de zelar por sua unidade (CNMP). Regulamentou-se uma resposta adequada e alternativa de responsabilização do infrator, com plena atenção à vítima, no espaço de atuação pré-processual do Ministério Público, viabilizando que a engrenagem da prestação jurisdicional atuasse de forma mais eficaz nos crimes de maior lesividade. A adesão voluntária do infrator, em conjunto com sua defesa técnica, ao ANPP, esvaziava o interesse processual na deflagração da persecução penal em juízo e gerava o arquivamento da investigação, em total *compatibilidade* com as normas constitucionais (juridicidade)¹⁷⁵.

Curioso notar que muitas dessas indagações tiveram início quando da promulgação da Lei 9.099/95 e o próprio Supremo Tribunal Federal já enfrentou várias delas.

Com efeito, de uma forma geral, os métodos alternativos à persecução penal judicial abrangem o debate sobre a necessidade da jurisdição penal, sobre a eventual violação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, sobre a possibilidade de imposição de sanção sem o julgamento do mérito e sobre a natureza jurídica das cláusulas pactuadas.

É preciso compreender, de antemão, a diferença entre inafastabilidade e imprescindibilidade da jurisdição no âmbito do direito punitivo. O Estado chamou para si o poder-dever de punir e regulamentou a forma de imposição das punições. As penas não são aplicadas diretamente e imediatamente pelo Estado-Administrador, mas sim através do Estado-Juiz. Quando a Constituição Federal diz que só haverá privação de liberdade e de bens com o devido processo legal e culpa a partir da sentença penal condenatória, o que ela diz é exatamente isto: o *jus puniendi* é um direito de coação indireta, exercido através do Poder Judiciário¹⁷⁶.

A pena é uma resposta estatal ao infrator, consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos seus. Tem finalidade de prevenção geral e especial, de retribuir o mal causado pelo crime e de reeducar o infrator¹⁷⁷. Sua aplicação demanda reserva legal e anterioridade, personalidade e individualização e, como expressão da soberania estatal e de seu poder punitivo, decorre necessariamente de uma manifestação jurisdicional que analise as provas e declare a culpa do infrator. Toda imposição de pena, portanto, ocorre através da persecução penal deduzida em juízo. Se há conflito entre a pretensão do Estado de realizar seu

¹⁷⁵ Neste sentido a Petição 69233/2017 - Ofício nº 243/2017/PRESI-CNMP, CNMP, que prestou informações em atenção ao ofício nº 23963/2017, no bojo da ADI 5790, cujas razões são adotadas na íntegra nesta pesquisa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁷⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 24-25.

¹⁷⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 395, 397.

jus puniendi e a resistência do infrator em manter sua liberdade, a única forma de resolver esse conflito é através da jurisdição, a partir da pretensão exercida pelo titular da ação penal.

Embora a Constituição Federal tenha exigido jurisdição penal para imposição de pena, nem a ela nem o ordenamento jurídico brasileiro como um todo erigiram a imposição de pena pelo Estado ao infrator como a única opção de responsabilização possível diante da prática de um crime. Mais uma vez nos valemos da lição de Suxberger, para quem “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”.¹⁷⁸ É possível que o direito material (*jus puniendi*) se apresente efetivado de outras formas, o que esvaziaria o direito subjetivo processual (direito de ação).

Não há dúvida que ao tomar para si o monopólio da punição, essa oficialidade da persecução penal gera para o Estado um poder de punir. Isso não é compatível com a possibilidade de o órgão de persecução penal escolher, ao seu talante, se irá ou não atuar. Por isso a oficialidade da persecução é muitas vezes atrelada à obrigatoriedade da ação penal. Entretanto, uma não é consectário lógico da outra. A oficialidade da persecução penal não gera a obrigatoriedade da ação penal, que é, na verdade, uma das opções de conformação da atuação estatal¹⁷⁹.

Como será analisado no próximo item, prepondera no Brasil um modelo de investigação oficiosa para reconstrução dos fatos ocorridos e, uma vez evidenciado o crime e sua autoria, o dever de resposta estatal. Entretanto, o conteúdo publicístico do processo penal não exige o oferecimento de denúncia em todos os casos penais, mas sim que haja uma persecução do Estado frente aos crimes cometidos, inclusive para se evitar resoluções arbitrárias e garantir um tratamento igualitário de todos perante a lei. A forma como essa persecução ocorrerá será definida de acordo com o objetivo de política criminal perseguido.

O que a Constituição Federal garante é que a jurisdição é inafastável, mas não obrigatória em todas as hipóteses. Garante também a possibilidade do infrator se defender em um processo desenvolvido em contraditório. Mas o princípio contraditório não obriga a instrução processual em juízo quando existe acordo entre as partes e nem o exercício de todas as garantias asseguradas ao infrator.

Os institutos despenalizantes da transação, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal não envolvem acordo sobre pena. A natureza jurídica de tais

¹⁷⁸ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 82-83.

¹⁷⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**: coleção política criminal e garantias fundamentais. Brasília: IDP, v. 2, 2016. p. 12-13.

técnicas é de negócio jurídico processual. Eles se apresentam em um contexto de ausência de conflitualidade entre a intenção de imposição de uma sanção por parte do Estado e a resistência do infrator, com seu direito de liberdade. São uma forma diversa de reparar a ordem jurídica diante da prática de uma infração, uma saída alternativa à persecução penal judicial. O Ministério Público e o infrator pactuam condições, e não penas. A natureza jurídica das cláusulas é de medida de responsabilização, isto é, resposta despenalizante¹⁸⁰. A decisão judicial que homologa o acordo tem natureza meramente homologatória, e não condenatória. Ela não analisa as provas nem declara a culpa do infrator. A pretensão de reparação da ordem jurídica é alcançada pelo cumprimento das condições (que abrangem a reparação dos danos à vítima). Exatamente por isso que, cumprido o acordo, não resta interesse ao titular da ação penal para dar início ou continuidade à persecução penal em juízo.

Não cumprido o que foi pactuado, o acordo é rescindido e as partes voltam ao *status quo ante*, podendo o Ministério Público iniciar ou continuar a persecução penal, conforme o caso.

Há vinte anos o STF julgou o HC 79.572-GO,¹⁸¹ que serviu de parâmetro para o entendimento posteriormente sumulado. O HC foi impetrado pelo Ministério Público, diante da imediata conversão, pelo magistrado, de uma prestação de serviços à comunidade homologada em uma transação penal em pena privativa de liberdade, em razão do descumprimento do acordo. O julgamento do STF foi no sentido de que a decisão que homologa o acordo não é sentença condenatória, mas um ato de natureza administrativa que meramente homologa a vontade das partes para compor. Não há reconhecimento da culpabilidade e o descumprimento do acordo gera sua rescisão e o início do processo judicial criminal. A única forma de ser imposta pena privativa de liberdade a uma pessoa é através do processo judicial, com reconhecimento da culpabilidade e consequente condenação, depois de ser oportunizada a prova da culpa pelo órgão acusador e a defesa pelo infrator. E é a existência de condenação judicial anterior que autoriza a posterior conversão de uma pena mais branda aplicada em pena privativa de liberdade, na forma do art. 45 do Código Penal.

¹⁸⁰ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. **Acordo de não persecução penal**: resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 102.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento da ordem em habeas corpus. Habeas corpus n.º 79.572-GO. Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, n.º 35, Brasília, 22 fev. 2002.

O entendimento se replicou¹⁸² até a edição da Súmula Vinculante 35, do Supremo Tribunal Federal: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”¹⁸³.

Não obstante não tenham natureza jurídica de pena, as medidas de responsabilização do acordo podem abranger obrigações equivalentes a penas restritivas de direito ou aos efeitos da condenação (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, perda do valor da fiança)¹⁸⁴. O que as difere das penas é o fato de serem aceitas voluntariamente pelo infrator e não implicarem sanção penal imposta como consequência do reconhecimento do crime.

Ainda, o acordo não é direito subjetivo do acusado. É um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada¹⁸⁵. Como a finalidade

¹⁸² No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, HC 88.785/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 13 jun. 2006; STF, 1ª Turma, HC 84.976/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 20 set. 2005; STF, 2ª Turma, HC 79.572/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29 fev. 2000; STF, 2ª Turma, RE 581.201/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 07 ago. 2008; STF, 1ª Turma, RE 473.041/RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 28 abr. 2006; STF, 2ª Turma, HC/MC 86.694/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06 dez. 2005; STF, 1ª Turma, HC 86.573/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30 ago. 2005; STF, 1ª Turma, RE 268.319/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 13 jun. 2000; Informativo n.º 402 do STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo402.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

¹⁸³ Foi reconhecida pelo STF repercussão geral quanto à imposição de efeitos próprios de sentença penal condenatória à transação, daí advindo o Tema 187: “As consequências jurídicas extra penais previstas no artigo 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Provimento de recurso extraordinário. Recurso Extraordinário n.º 795.567. Luiz Carlos de Almeida e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 28 mai. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 set. 2015). Exatamente porque a transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, a jurisprudência do STJ é no sentido de que ela não gera efeitos para fins de reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à sanção penal, não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem da responsabilidade civil. Neste sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.327.897/MA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 06 dez. 2016; STJ, 2ª Turma, REsp 844.941/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02 dez. 2010.

¹⁸⁴ Este é o teor do Tema 930, firmado em julgamento proferido sob o rito do art. 543-C do CPC/73 pelo Superior Tribunal de Justiça: “Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência.” Pela possibilidade de pactuar a perda do valor da fiança, vejam-se os seguintes julgamentos do STJ: STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 509.357/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 06 jun. 2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 85.835/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 21 set. 2017.

¹⁸⁵ Neste sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 504.074/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 13 ago. 2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 607.902/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 10 dez. 2015. Caso o magistrado não concorde, deverá remeter o feito para o Procurador-Geral de Justiça, na forma do art. 28 do CPP. Assim preconiza a Súmula 696 do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

do instituto é oportunizar uma alternativa à persecução penal integral em juízo, caso o Ministério Público se omita, deve a defesa questionar o não oferecimento da proposta antes de proferida a sentença condenatória, sob pena de preclusão¹⁸⁶.

Por fim, importante registrar que os institutos consensuais não punitivos (transação, suspensão condicional do processo e ANPP) são compatíveis com o modelo processual brasileiro e com a tradição processual brasileira – objeto de estudo do tópico seguinte –, exatamente porque não envolvem negociação sobre fatos nem se prestam a suprir deficiências de procedimentos investigativos.

Há previsão expressa na Lei 9.099/95 e no art. 28-A do CPP no sentido de que o Ministério Público irá formular a proposta de acordo se não for o caso de arquivamento. A conclusão lógica disso é que eles pressupõem que o fato, a conduta e a culpa foram investigados e esclarecidos, proporcionando a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público.

O Ministério Público não propõe transação, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução se os elementos colhidos na investigação não forem suficientes para oferecimento da denúncia.

É imprescindível que o fato criminoso esteja apurado, com todas as suas circunstâncias, até mesmo porque eventuais causas de aumento ou diminuição de pena e concurso de crimes devem ser computados para se verificar se aquela hipótese fática se enquadra no permissivo legal¹⁸⁷.

Ou seja, o Ministério Público analisa o material probatório produzido na investigação e conclui seu juízo de convencimento sobre o fato punível, sobre a hipótese acusatória evidenciada. Não havendo elementos para denúncia, ele promove o arquivamento ou determina o prosseguimento das investigações.

Concluindo o titular da ação penal ser o caso de oferecimento de denúncia, diante do tratamento legal previsto para os fatos apurados, passa-se à etapa seguinte de avaliação das situações processuais possíveis, no que se refere às alternativas à persecução criminal. Só então será analisado o eventual cabimento das soluções negociais.

¹⁸⁶ Neste sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.562.777/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 04 fev. 2020; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.829.431/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19 set. 2019.

¹⁸⁷ Neste sentido o § 1.º do art. 28-A do CPP, incluído pela Lei 13.964/2019, referente ao acordo de não persecução penal: “§ 1.º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”. Na mesma linha, a Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano”. Ainda, a Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

Não existe negociação do Ministério Público com o infrator ou com seu defensor sobre os fatos, sobre a hipótese acusatória. Quem formula a *opinio delicti* é o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal (art. 129, I, CF), a partir do material probatório revelado na investigação.

Sem entrar na discussão do que seja verdade, por extrapolar o objeto deste estudo, a verdade processual a ser perseguida no processo, seja ele negocial ou judicial, é aquela revelada ao Ministério Público a partir dos elementos colhidos na investigação. Não existe verdade acordada com o infrator ou seu defensor.

O que existe é uma hipótese acusatória delineada, com todas as suas circunstâncias, e uma *opinio delicti* formada pelo Ministério Público, que estará esclarecida na exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, exigência oriunda do dever de fundamentação.

O infrator e sua defesa técnica terão acesso à hipótese acusatória deduzida pelo Ministério Público e aos elementos colhidos na investigação. É a partir desses elementos que terão condição de analisar o custo-benefício das estratégias de defesa a serem adotadas e decidir pelo acordo ou por responderem à persecução penal, sendo possível até mesmo estimarem o *quantum* da pena a ser imposta ao final.

É o acesso à fundamentação e aos elementos de prova, pela defesa, que diminui o risco de o Ministério Público formular uma proposta de acordo contendo uma imputação mais grave ou diversa dos fatos apurados. Afinal, na persecução penal o acusado irá se defender dos fatos, e não da imputação eventualmente capitulada na denúncia¹⁸⁸. Caso a defesa entenda que as provas da investigação não sustentam a hipótese acusatória do Ministério Público (seja por atipicidade, por discordância quanto à tipificação ou mesmo pela presença de alguma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade) nada impede que a defesa requeira uma nova apreciação. Constatando eventual equívoco cometido, deve o Ministério Público reconhecê-lo e dar o encaminhamento devido, seja promovendo o arquivamento, seja formulando nova proposta de acordo, conforme o caso. Não existe, nesta situação, barganha sobre os fatos, mas sim correção da subsunção fática da conduta. Na hipótese de discordância do Ministério Público, cabe à defesa analisar a melhor estratégia, que pode consistir na recusa ao acordo e eventual requerimento judicial de absolvição sumária do infrator ou de rejeição da denúncia eventualmente oferecida.

¹⁸⁸ Neste sentido inclusive a previsão da *emendatio libelli*, no art. 383 do CPP: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Também como uma técnica de consensualidade de pura reprimenda, com objetivo de dar celeridade ao sistema de justiça, foi previsto no denominado “Pacote Anticrime”¹⁸⁹ o acordo de admissão de culpa, alteração esta retirada do pacote quando de sua votação.

O acordo previa um negócio jurídico entre a acusação e a defesa, a ser firmado entre o recebimento da denúncia e o início da instrução, dispensada a produção probatória judicial e renunciado o direito ao recurso, promovendo a solução antecipada do feito mediante a aplicação imediata das penas. O projeto exigia confissão circunstanciada do infrator, reparação dos danos causados à vítima e homologação judicial, ocasião na qual deveria ser analisada a legalidade, a proporcionalidade e a existência de prova suficiente para condenação, gerando sentença condenatória¹⁹⁰.

Em que pese sua rejeição, interessa a este trabalho a análise do acordo na exata medida em que tangencia o tema do limite aceitável do poder de disposição do infrator, da possibilidade de demonstração de culpa sem instrução processual judicial e da compatibilidade deste formato com os elementos mínimos do devido processo legal extraídos da Constituição Federal.

A primeira constatação é a de que, na esfera penal, para produzir sentença condenatória, o acordo há de ser instituído por lei e demanda apreciação judicial da culpa. Como visto, a pena

¹⁸⁹ Conjunto de projetos de lei apresentados pelo Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional em 19/02/2019. Dentre outras alterações, o PL 882 acrescentava o art. 395-A no Código de Processo Penal, a permitir acordo de admissão de culpa entre infrator e Ministério Público. A proposta foi replicada no Senado em 28/03/2019, atuada como PLS 1854/2019.

¹⁹⁰ Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput: I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal; II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer. § 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo. § 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo. § 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo. § 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível. § 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. § 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória. § 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz. § 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. § 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

é expressão da soberania estatal e de seu poder punitivo, exercitável necessariamente através do processo judicial.

Além disso, o que garante a liberdade e a voluntariedade do infrator é o conhecimento do teor da investigação, da *opinio delicti* do Ministério Público (expressada na denúncia), das consequências jurídicas da imputação, a certeza que a recusa do acordo não lhe trará nenhum prejuízo e a assistência de defesa técnica.

Por fim, a homologação judicial que produzirá sentença condenatória demanda a análise das provas para o reconhecimento da culpa, da voluntariedade e da correlação da confissão com os fatos apurados, além do controle da legalidade do acordo, em audiência judicial. Pelo projeto, preenchidos os requisitos, o juiz homologaria o acordo e aplicaria a pena (tarefa exclusiva do magistrado), com as benesses sugeridas no acordo, em decisão fundamentada. Embora ele não estivesse adstrito à pena sugerida pelas partes, caso não concordasse com a sugestão deveria negar a homologação do acordo, e não surpreender as partes com a imposição de pena mais gravosa ou diversa da sugerida¹⁹¹.

A renúncia à instrução probatória em juízo atrelada à confissão permitia, pela proposta, que o infrator recebesse um benefício (redução na pena) que não alcançaria de outra forma. Como dito, o confronto probatório judicial só é imprescindível para gerar imposição da pena contra a vontade do infrator. Havendo voluntariedade do infrator, ele pode dispor deste confronto probatório judicial (tanto pode dispor que, mesmo no processo judicial *full trial*, o infrator pode confessar e receber por isso uma diminuição de pena). Isso não quer dizer que não haveria análise das provas pelo juiz ao proferir a sentença homologatória-condenatória ou que o ônus da acusação deixasse de ser do Ministério Público. A confissão, por si só, não é suficiente para fundamentar a condenação. É preciso que os elementos de informação colhidos na investigação (atrelados à confissão) evidenciem a formação do juízo de culpa, confirmem os fatos e suas circunstâncias, bem como a autoria. O que o acordo proposto autorizava era a abreviação do procedimento sem a submissão dos elementos de informação colhidos na investigação ao contraditório em juízo (instrução probatória), e não a substituição deste acervo empírico sobre o fato e sua autoria por uma manifestação de vontade das partes. Está sempre

¹⁹¹ Suxberger chama atenção para o fato de a fundamentação da sentença homologatória do acordo de admissão de culpa não se confundir com a motivação da sentença que aprecia as provas produzidas judicialmente e conclui pela responsabilização do acusado. No caso da sentença homologatória, o papel do magistrado na fundamentação será exercido “nos estritos limites” do procedimento abreviado. Ou seja, na avaliação da voluntariedade das partes, da regularidade do procedimento, da juridicidade dos benefícios previstos e “da presença de suporte probatório hábil a indicar que a assunção da culpa pelo acusado não se mostra desarrazoada”. (SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: _____; SOUZA, Renee do Ó; SANCHES, Rogério. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 183-184)

resguardado ao infrator a possibilidade de produção de provas, no julgamento pelo rito comum (e mesmo neste julgamento basta oportunizar-lhe a produção da prova para garantir o contraditório). Ele pactuaria o acordo de admissão de culpa se quisesse, se avaliasse que a confissão e a renúncia à produção probatória judicial seriam uma boa estratégia de defesa para alcançar a benesse na redução de sua pena (avaliação do custo-benefício para adotar o comportamento estimulado pela lei).

Cunha adverte ainda para a dialeticidade do direito de defesa, que abrange o contraditório (enquanto garantia de participação) e a ampla defesa (enquanto direito de resistir à imputação). Esse direito de resistir à acusação é disponível. O que o infrator renuncia nos acordos de admissão de culpa são algumas posições de vantagem ligadas ao direito de resistir à acusação (renuncia ao silêncio pois irá confessar, renuncia ao direito de produzir e confrontar as provas produzidas pela acusação, à possibilidade de refutar a hipótese acusatória e impugnar o mérito das decisões). Mas isso não equivale à renúncia ao direito de defesa, que é mais amplo e continua existindo (por exemplo, na assistência pela defesa técnica e na possibilidade de contestar o acordo judicialmente por razões afetas à validade, aos efeitos produzidos etc.). O não exercício de determinadas posições jurídicas de direito fundamental decorre da vontade do infrator, influenciado pelas recompensas previstas no ordenamento jurídico, e não de imposição legal¹⁹².

A composição civil, a transação, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal e o acordo de admissão de culpa (quando vier a ser instituído por lei) se apresentam como mais uma alternativa ao infrator, nunca como a única alternativa.

No âmbito penal, para além da consensualidade de pura reprimenda, que tem por objetivo contribuir com a celeridade do sistema de justiça criminal, a consensualidade de colaboração¹⁹³ se apresenta como uma técnica especial de investigação. Cuida-se de meio de obtenção de prova¹⁹⁴ que estimula a contribuição de um coautor ou partícipe para elucidação do crime, mediante uma contrapartida estatal que o recompense com benefícios, como imunidade, garantia de redução de pena e garantia de sua integridade física.

A sedução no oferecimento de vantagens aos colaboradores, aliada à previsão de punições graves, decorre da obrigação do Estado de obter êxito na persecução criminal da

¹⁹² CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 248-253.

¹⁹³ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: a potencial incidência na lei 8.429/92, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 37, out./dez. 2017.

¹⁹⁴ É o que diz o art. 3º-A da Lei 13.964/2019. Contudo, mesmo antes da previsão legal, doutrina e jurisprudência já apontavam neste sentido: POLASTRI, Marcellus. **A prova penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 280; STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27 ago. 2015.

criminalidade organizada¹⁹⁵. Isso diante das dificuldades inerentes à investigação nesta seara. Transformações sociais, o avanço da tecnologia e a quebra das fronteiras físicas pela internet impactaram a corrupção praticada por uma criminalidade organizada¹⁹⁶, cujas principais características envolvem a pluralidade de agentes, a permanência, a finalidade de lucro, a organização estruturada, além da divisão de tarefas, compartimentação, vinculação com o Estado¹⁹⁷ e pacto de silêncio, apontado como o maior obstáculo à descoberta das organizações criminosas¹⁹⁸.

Vários dispositivos legais previram hipóteses de colaboração premiada e trataram dos benefícios a serem concedidos a quem colabora com a persecução penal, como o art. 8.º, parágrafo único, da Lei 8.072/1990 (crimes de quadrilha ou bando); art. 25, § 2.º, da Lei 7.492/1986 (crimes praticados contra o sistema financeiro nacional); art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária); art. 159, § 4.º, do Código Penal (extorsão mediante sequestro); art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.613/1998 (crimes de lavagem de capitais); arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999 (programa de proteção à vítimas e testemunhas); art. 41 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas); art. 87 da Lei 12.529/2011 (infrações contra a ordem econômica); e arts. 3-A e seguintes da Lei 12.850/2013 (organizações criminosas, com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019).

O conjunto dessas leis forma um microsistema da colaboração premiada¹⁹⁹, inclusive pelo fato de a Lei 9.807/1999 não ter restringido sua aplicação a um ou a alguns delitos. É possível, portanto, utilizar os benefícios previstos na legislação por analogia (art. 3.º, CPP), com incidência em qualquer tipo penal²⁰⁰.

¹⁹⁵ CORDEIRO, Néfi. **Tráfico internacional de entorpecentes**. 2000. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de pós-graduação em Direito Público do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/38757>>. Acesso em: 01 mar. 2020; SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

¹⁹⁶ CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 41.

¹⁹⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 124.

¹⁹⁸ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 77.

¹⁹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 75; COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 185.

²⁰⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado, **Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em: 01 mar. 2020. Também neste sentido: STJ, 5ª Turma, HC 97.509/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 5ª Turma, julgado em 15 jun. 2010; STJ, 6ª Turma, REsp 1.109.485/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12 abr. 2012.

Em linhas gerais o colaborador confessa de forma circunstanciada os fatos e indica as provas e elementos de corroboração, seguindo-se à homologação do acordo pelo Poder Judiciário, após audiência para oitiva do infrator, ocasião na qual o magistrado analisará a voluntariedade, a legalidade e a adequação dos benefícios pactuados aos resultados esperados. A depender da situação (infração desconhecida até então; não ser o infrator o líder da organização e ser o primeiro a colaborar), o Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia em face do colaborador. Homologado o acordo, segue-se para instrução processo e, ao final, quando do julgamento, o magistrado irá apreciar a eficácia da colaboração que, confirmada, implicará a concessão das benesses previstas na lei (perdão judicial, redução ou substituição da pena).

O artigo 4º. da Lei 12.850/2013 indica os critérios para nortear o que pode ser pactuado entre Ministério Público e colaborador, sendo necessário considerar a eficácia da colaboração, no que se refere a cada inciso, ampliando-se a extensão dos benefícios conforme a eficácia de cada um. Essa eficácia pode dizer respeito ao momento da colaboração, à quantidade de provas apontadas, as circunstâncias do crime, dentre outros aspectos. A previsão do inciso III do referido artigo 4º. autoriza inclusive a inclusão de regras de *compliance* no acordo de colaboração, o que pode ser um elemento útil, na hipótese de pactuação conjunta de acordo de colaboração com os infratores pessoas físicas e acordo de leniência com a pessoa jurídica que integram. A Orientação Conjunta n. 01/2018, da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal²⁰¹, já sugeria, mesmo antes da Lei 13.964/2019, vários parâmetros e boas práticas a serem observados nos acordos de colaboração premiada (muitos replicados na lei em questão).

No julgamento da Petição 7074 QO/DF e do HC 127.483/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o acordo de colaboração homologado deve ser observado, mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador. Ou seja, cumprindo os compromissos pactuados, o colaborador tem direito subjetivo de receber os benefícios acordados, desde que não sejam manifestamente ilegais²⁰². Em que pese o Supremo Tribunal Federal já ter

²⁰¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

²⁰² No julgamento do HC 127.483/SP o STF reputou lícito que o acordo de colaboração dispusesse sobre o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo colaborador, a partir de uma interpretação teleológica da Convenção de Palermo e da Convenção de Mérida: “[...] se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), a fortiori, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art.

homologado inúmeros acordos de colaboração com cláusulas prevendo regime de cumprimento de pena diferenciados, o inciso II do §7º do artigo 4º. da Lei 12.850/2013, com a nova redação dada pela Lei 13.964/2019, vedou a pactuação de cláusulas que “violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena” do artigo 33 do Código Penal e as regras dos regimes previstos no Código Penal, bem como os requisitos de progressão previstos no §5º. do mesmo artigo (que prevê a possibilidade de redução da pena até a metade ou progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, para colaborações posteriores à sentença). Ou seja, os acordos de colaboração deverão trabalhar com os três regimes previstos no Código Penal (fechado, semiaberto e aberto). Mas nada impede que o acordo pactue a redução da pena à metade depois de publicada a sentença e previsões de progressão de regime mesmo antes do preenchimento dos requisitos objetivos.

Para o que interessa a este tópico, importa registrar que, tal qual as opções consensuais de pura reprimenda, a colaboração premiada representa, além de técnica investigativa do Estado, manifestação da ampla defesa do infrator²⁰³, ao se apresentar como mais uma opção disponível ao acusado para, diante da avaliação dos prós e contras, optar por obter as benesses legais em troca de determinados comportamentos, dentre eles o não exercício de algumas garantias.

Identificadas as principais hipóteses de consensualidade na esfera penal, cumpre registrar que, no âmbito dos ilícitos cíveis objeto desta pesquisa (direito punitivo), incide a mesma duplicidade constitucional dos sistemas de acesso à justiça (solução adjudicada pelo Poder Judiciário ou resolução consensual dos conflitos), com prioridade para resolução consensual, pelos mesmos fundamentos já declinados no início deste tópico.

Neste aspecto, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou a manifestação declaratória contida no Preâmbulo da Constituição Federal e em seu art. 4º, inciso VII, no sentido de concretizar o mandamento constitucional da solução pacífica de conflitos, adotando diversas orientações e mecanismos que priorizam a solução consensual²⁰⁴.

7º, I, da Lei nº 9.613/98). Ademais, se a colaboração frutífera também pode conduzir ao não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º, Lei nº 12.850/13) e, por via de consequência, à impossibilidade de perda patrimonial como efeito da condenação, nada obsta que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de uma sentença condenatória”.

²⁰³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 75.

²⁰⁴ CANÇADO, Paulo Roberto Moreira; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz Moreira; FREITAS, Pedro Henrique Esteves. Função orientadora das Corregedorias do Ministério Público e a realização e acordo de resultados, **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 17, 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

O Código de Processo Civil estabeleceu em seu art. 3.º que a solução adequada dos conflitos é uma norma fundamental do processo. O § 2.º deste artigo previu que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Seu § 3.º prescreve que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” e o art. 190 do Código prenuncia que, nas causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição, “é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”²⁰⁵.

O art. 190 do CPC é, portanto, uma cláusula geral de convencionalidade processual, que possibilita genericamente convenções processuais atípicas. A liberdade das partes, no processo civil, decorre do princípio dispositivo (que estabelece a disponibilidade sobre a cognição e sobre a decisão a respeito do direito material e cuja base constitucional advém do direito de liberdade e das garantias processuais referentes ao acesso à justiça, à inafastabilidade do controle jurisdicional e aos direitos de ação e defesa) e do princípio do debate (ou princípio dispositivo em sentido processual, que é a norma regente da autonomia e da liberdade dos sujeitos do processo sobre as situações jurídicas processuais, e decorre de uma opção legislativa para o desenvolvimento do processo)²⁰⁶. E a legislação brasileira deu um imenso passo no sentido do reconhecimento do princípio do respeito ao autorregramento da vontade com a previsão do art. 190 do CPC, contribuindo para atingir a complexa equação entre autonomia privada e dimensão pública do processo. Se não é constitucionalmente adequada uma moldura totalmente privatística do processo como “coisa das partes”, também não se pode enaltecer o publicismo a tal ponto que o processo se torne “coisa sem partes”²⁰⁷. Compreender o autorregramento da

²⁰⁵ Inúmeras outras previsões do CPC/2015 reforçam a necessidade de ser priorizada a solução consensual, como a produção de efeitos imediatos dos atos negociais das partes, independentemente de deferimento ou homologação judicial (art.200), o incentivo à soluções cooperativas do art.6.º, a previsão de conciliação e mediação nos tribunais (art.165 a 175), o dever imposto ao juiz para estimular a autocomposição (art. 139, V), a criação da audiência de conciliação ou mediação antes dos atos de defesa (arts. 334 e 335), a previsão de criação de câmaras de mediação e conciliação para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174), a previsão de homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza, mesmo sobre matéria que extrapole o objeto do processo (art. 151, III e § 2.º, art. 725, VIII), a previsão de negócios processuais típicos (calendário processual, redução de prazos peremptórios, delimitação de questões a serem objeto de cognição judicial, simplificação do procedimento, dentre outras) e a manutenção de acordos previstos na legislação processual anterior ao Código (eleição de foro, suspensão do processo por convenção das partes e acordo sobre distribuição do ônus da prova, por exemplo).

²⁰⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.154-156, 164.

²⁰⁷ GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113-114. Também admitem a existência do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA; Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 39-74; DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao

vontade não significa um retorno ao privatismo romano ou a importação de uma tradição do formato anglo-americano do processo adversarial, mas significa sim fornecer um tratamento mais balanceado da tensão entre publicismo e privatismo, com possibilidade de atuação legítima das partes e redução dos poderes do juiz²⁰⁸.

E para o que interessa a esta pesquisa, a Administração Pública é destinatária da regra do art. 190 do CPC, inclusive no contexto de um microssistema de negociação processual estruturado no direito brasileiro. Barreiros ressalta várias premissas que autorizam esta conclusão: o princípio do consenso é ínsito ao Estado Democrático de Direito, que impõe uma cultura consensual no lugar de uma cultura impositiva; o reconhecimento da submissão dos entes públicos à juridicidade administrativa, e não somente à legalidade administrativa, a partir da associação do modelo de administração gerencial com o Estado Democrático de Direito; a assunção do princípio da eficiência enquanto papel central na gestão do Estado promoveu uma mudança paradigmática na relação entre a Administração Pública e o administrado, seja no redimensionamento das prerrogativas administrativas, seja no incremento do uso de mecanismos de atuação negocial. O dever de zelar pela eficiência transbordou o âmbito da prestação dos serviços públicos para alcançar o direito penal e processual penal (transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada), o direito administrativo sancionador (acordos de leniência e acordos em improbidade administrativa) e o direito processual civil (adoção do sistema multiportas para solução de controvérsias pela Administração, incluindo arbitragem e mediação)²⁰⁹.

De fato, exatamente por reconhecer a solução pacífica de conflitos como princípio ínsito ao sistema constitucional, o ordenamento jurídico nacional prevê inúmeras hipóteses de manifestação da consensualidade administrativa, seja no campo da responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, seja no âmbito da improbidade administrativa.

autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA; Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 31-38.

²⁰⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 153, 172.

²⁰⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 35-36, 45, 92-94.

No direito administrativo sancionatório, a consensualidade é praticada no âmbito das agências reguladoras²¹⁰, do Banco Central²¹¹, da Comissão de Valores Mobiliários²¹² e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), este último através do compromisso de cessação da conduta (art. 85 da Lei 12.529/2011 c/c art. 184 do Regimento Interno) ou acordo de leniência (arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011). Pela Lei 12.529/2011, o acordo de leniência do CADE gera efeitos na responsabilidade criminal (suspensão da prescrição quando celebrado o acordo e extinção da punibilidade quando cumprido).

O acordo de leniência no âmbito do CADE pode ser firmado com pessoas físicas ou jurídicas e demanda a confissão da empresa de sua participação no ilícito, a indicação dos demais envolvidos e dos meios de prova da infração e a cooperação plena com as investigações. Os benefícios vão desde a redução da penalidade até a extinção da ação punitiva na administração pública e a extinção da punibilidade dos crimes correlatos.

Exatamente porque o art. 87 da Lei 12.529/2011 estabeleceu que a celebração do acordo de leniência do CADE suspende a prescrição dos crimes correlatos e, ao final, se cumprido, gera extinção da punibilidade, a única forma de compatibilizar a discricionariedade na decisão de celebrar ou não o acordo com a titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público é interpretar tal previsão legal conforme o art. 129, I, da CF, ou seja, reconhecendo a necessidade de o Ministério Público participar do acordo de leniência no CADE.

Além do acordo de leniência da Lei 12.529/2011, no âmbito do CADE, com previsão expressa de efeitos no campo penal, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) também previu a possibilidade de pessoas jurídicas firmarem acordo de leniência com a União, os estados, Distrito Federal e os municípios (no âmbito do Poder Executivo Federal a autoridade legitimada é a Controladoria-Geral da União).

²¹⁰ As agências reguladoras são marcadas por um amplo poder normativo em relação aos setores regulados, usualmente justificado em razão do tecnicismo do setor, da dinâmica do mercado e da necessária intervenção do Estado naquela área de forma especializada e eficaz. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 270-271, 278). Com exceção da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS), cujo acordo é regulamentado no art. 29 da Lei 9.656/1998, os demais são regulamentados por atos normativos expedidos pelas próprias agências.

²¹¹ A Lei 13.506/2017 previu nos arts. 11 a 15 o termo de compromisso com as instituições financeiras, cujo objetivo é cessar a prática da infração, corrigir as irregularidades e ressarcir os prejuízos, e, no art. 30, o acordo administrativo em processo de supervisão, que admite acordos com pessoas físicas e jurídicas, envolvendo confissão da infração e fornecimento de provas, o que gera extinção da punibilidade ou redução da sanção administrativa.

²¹² O art. 34 da Lei 13.506/2017 determinou a aplicação do art. 30 (acordo administrativo em processo de supervisão) também à CVM, que o regulamentou através da Instrução 607/2019 e Instrução 613/2019.

A Lei 12.846/13 “inaugurou um novo ciclo de relacionamento entre os setores público e privado no país”²¹³ ao prever a responsabilidade objetiva cível e administrativa da pessoa jurídica, independentemente de apuração de dolo ou culpa, pelos atos lesivos praticados em seu favor, que atentem contra o patrimônio público, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Foram previstas sanções que afetam a própria existência da empresa, algumas administrativas e outras aplicáveis judicialmente, por meio de ação civil pública movida pelas advocacias públicas dos entes lesados ou pelo Ministério Público²¹⁴.

De acordo com o art. 16, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública pode firmar acordo de leniência, que, tal qual a leniência do CADE, também demanda a confissão da empresa de sua participação no ilícito, a indicação dos demais envolvidos e dos meios de prova da infração e a cooperação plena com as investigações. Os prêmios previstos são a redução de até dois terços da multa aplicável, a não publicação da decisão condenatória e a não aplicação da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

O acordo de leniência é uma ferramenta essencial para descoberta e prova de atos ilícitos, em especial aqueles relacionados a práticas corruptivas na Administração Pública e na economia, que acabam por inviabilizar seus funcionamentos adequados.

É o direito sancionador estatal se ajustando ao paradigma da consensualidade para alcançar uma fórmula eficiente no enfrentamento da corrupção.

Exatamente essa necessidade de alcançar a eficiência, em uma atuação sistêmica das esferas sancionatórias, é que encontrava dificuldade frente à proibição de soluções consensuais

²¹³ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR). **Estudo Técnico n. 01/2017**: sobre a Lei 12.846/2013. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/arquivos/Estudo-Tecnico-01-2017.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

²¹⁴ Lei 12.846/13, Art. 6.º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

no âmbito da Lei 8.429/1992 (art. 17, § 1.º). Tal norma tutela a probidade administrativa e prevê punições²¹⁵ para os agentes públicos e pessoas físicas ou jurídicas que atentem contra os princípios da administração pública, causem prejuízo ao erário ou se enriqueçam ilicitamente.

A Lei 13.964/2019 alterou a redação do § 1.º do art. 17 da Lei 8.429/1992 e permitiu a celebração de acordo de não persecução cível.

As alterações no texto do projeto de lei apresentado e o veto do art. 17-A, da forma como aprovado no Congresso Nacional, fizeram com que o consenso passasse a ser admitido na improbidade administrativa sem uma regulamentação específica na lei. Ou seja, sem que a lei em sentido estrito tenha definido os tipos que admitem solução consensual, os prêmios a serem pactuados e a finalidade do consenso (consensualidade de pura reprimenda visando à solução célere da demanda através de uma alternativa à persecução, abreviação do processo a partir da admissão de culpa ou, ainda, consensualidade de colaboração visando à obtenção de meio de prova).

A compreensão do vácuo legislativo deve ser feita a partir do microssistema da colaboração premiada e também do microssistema anticorrupção, que abrange o Código Penal, a Lei 8.429/1992, a Lei 12.529/2011, a Lei 8.666/1993, a Lei 4.717/65, o Código Eleitoral, a Lei 9.504/97, a Lei 9.840/99, o Decreto-Lei 201/67 (crimes de prefeitos), a Lei Complementar 64/90, a Lei 9.613/98, a Lei Complementar 101/2000, a Lei Complementar 135/2010, a Lei 12.527/2011, dentre outras.

Deve-se considerar, também, a Lei 13.140/15 (Lei da Mediação), que permitiu a transação em controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública e dispôs no § 4.º de seu artigo 36 que “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em

²¹⁵ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator”. E, ainda, a inclusão do artigo 26 na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4657/1942) pela Lei 13.655/2018, que autorizou a autoridade pública a “celebrar compromisso com os interessados” para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”.

Por último, e não menos importante, deve manter coerência com a mudança de paradigma do Código de Processo Civil de 2015, que previu em seu art. 3.º, § 2.º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; no § 3.º desse dispositivo que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”; e em seu art. 190 que, nas causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição, “é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

O que se conclui, a partir das análises feitas neste item, é que existe um permissivo constitucional para o consenso no âmbito do direito punitivo. E o desenho institucional do Estado brasileiro aponta para diferentes esferas de responsabilização, muitas com previsões de consenso já normatizadas.

No plano da legalidade estrita, essas esferas operam com autonomia, de modo que o resultado de uma é independente do das demais²¹⁶. Ocorre que os múltiplos reflexos a partir da mesma conduta invariavelmente se comunicam e as sanções se complementam. Além disso, a boa-fé é o pilar da atuação consensual e há de vincular tanto o infrator quanto o Estado.

Por isso, as novas ferramentas e possibilidades de consenso demandam uma releitura da autonomia das instâncias de responsabilização, para conferir segurança jurídica às partes envolvidas nas negociações e impedir que as soluções consensuais se tornem inutilizáveis para as finalidades perseguidas por cada uma. Isso porque é logicamente inconcebível que alguém confesse sua participação na infração perante um subsistema sancionador sem saber se isso irá lhe prejudicar em outra esfera, principalmente nos inúmeros casos de proximidade descritiva de condutas ilícitas tipificadas em subsistemas sancionatórios diferentes.

Neste contexto, a participação do Ministério Público nos acordos de leniência é fundamental. Embora a Lei 12.846/13 tenha previsto o acordo de leniência no capítulo que

²¹⁶ A exceção é a extinção da punibilidade dos fatos criminosos abrangidos em acordo de leniência firmado no CADE e da repercussão de algumas decisões da esfera criminal sobre as demais (art. 386, incisos I a V, CPP).

regula o processo de responsabilização administrativa, ele terá por efeito a isenção da sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. E esta sanção é uma sanção aplicável na responsabilização judicial da pessoa jurídica, para a qual foi prevista a legitimidade do Ministério Público. Além disso, pela própria natureza dos ilícitos alcançados pela Lei 12.846/13, pela descrição dos tipos ali previstos, é fácil perceber que os fatos objeto do acordo de leniência, no mundo material, são praticados por pessoas físicas (ainda que em benefício da pessoa jurídica). E tais fatos configuram também crimes ou atos de improbidade administrativa. E o titular exclusivo da ação penal, no Brasil, é o Ministério Público (artigo 129, I, da Constituição Federal). Significa que a apuração dos fatos objeto do acordo de leniência possui repercussão de caráter penal e exatamente por isso é necessário que o Ministério Público participe efetivamente dos acordos de leniência. Afastar o Ministério Público da fase de detecção de ilícitos que refletem no seu exercício funcional típico e exclusivo equivale a permitir a disponibilidade da ação penal no âmbito do sistema administrativo de controle.

Não se trata de superioridade hierárquica do Ministério Público nem mesmo de sujeição de um órgão de controle a outro. Se trata, sim, de garantir o cumprimento do princípio da eficiência nos acordos (por parte do Estado) e da segurança jurídica (por parte do infrator). O que fundamenta a intervenção obrigatória do Ministério Público nos acordos de leniência é exatamente garantir que condutas delituosas cometidas pelas pessoas físicas envolvidas no objeto da colaboração com a pessoa jurídica seja efetivamente detectada e receba a resposta estatal adequada. Afinal, o objetivo maior do acordo de leniência é detectar infrações e esse objetivo só será alcançado de forma integral com a participação do Ministério Público.

Além disso, a participação do Ministério Público no acordo de leniência assegura a transversalidade da negociação e confere segurança jurídica para a própria pessoa jurídica que o celebra. Afinal, a pactuação deste acordo entre a pessoa jurídica e a Administração Pública não impede que o Ministério Público demande sua responsabilização judicial, seja para aplicação isolada das sanções judiciais da Lei 12.846/13, seja para aplicação cumulada de tais sanções com aquelas da Lei 8.429/1992.

Da mesma forma, quando os fatos se relacionarem a infrações à ordem econômica, com atração das sanções do CADE, ou estiverem sujeitos ao controle externo dos Tribunais de Contas, é essencial que tais órgãos integrem as tratativas, sob pena da confissão do ilícito operacionalizada no acordo gerar eventuais condenações nessas outras esferas.

A duplicidade constitucional de sistemas de acesso à justiça, a primazia da solução consensual mesmo no âmbito do direito punitivo e o imperativo de eficiência ligado à transversalidade dos acordos entre as múltiplas instâncias sancionatórias evidencia a importância da utilização dos negócios jurídicos para solução dos ilícitos, compatibilizando a nova forma de se compreender o sistema jurídico a partir da cooperação dos envolvidos e viabilizando a interação dos órgãos de controle estatais, a partir do tratamento adequado da responsabilização penal, civil e administrativa e da utilização das provas obtidas.

O êxito na utilização dos mecanismos consensuais depende, ainda, da superação da concepção do devido processo legal atrelada ao julgamento judicial *full trial* como única opção de reconhecimento de culpa e de solução de casos penais ou afetos à improbidade administrativa. É preciso realizar uma análise constitucional do devido processo consensual para compatibilizar todas as garantias constitucionais envolvidas.

Essa realidade revela a emergência e a imprescindibilidade de ser implementada uma sistematização das possibilidades de consenso no âmbito do direito punitivo.

E a característica de ser o Ministério Público o único legitimado a deflagrar a responsabilização cível e criminal lhe confere uma “visão sinérgica do ilícito e seus reflexos no direito sancionador”²¹⁷. Em outras palavras, a instituição tem condições de alcançar todos os reflexos no direito punitivo a partir da infração revelada, o que propicia uma visão mais ampla para negociação das cláusulas.

Exatamente por isso o Ministério Público precisa se conscientizar do papel a ser exercido no sentido de oferecer soluções sistemicamente construídas para harmonia dos mecanismos consensuais das diversas esferas punitivas.

Neste contexto, com objetivo de alcançar uma operacionalização da transversalidade dos acordos, relacionada à utilização de provas e confissões afetas a uma esfera de responsabilização nas demais, o Ministério Público Federal emitiu a Nota Técnica n. 01/2017, através da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão²¹⁸, destacando os seguintes pontos:

“a) a consideração do acordo de leniência como instituto pleno e abrangente, de corte transversal nas esferas punitivas; b) a necessária adoção de modelo de *cooperação interinstitucional* para otimizar a incidência do instituto negocial da leniência; c) a relação possível, mas não necessária, entre acordo de leniência e reparação do dano causado ao erário; d) o respeito o *status* do colaborador, merecedor de tratamento especialmente protegido; e) o juízo de suficiência do acordado, seus efeitos em outras

²¹⁷ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: a potencial incidência na lei 8.429/92, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 73, out./dez. 2017.

²¹⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR). **Estudo Técnico n. 01/2017**: sobre a Lei 12.846/2013. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/arquivos/Estudo-Tecnico-01-2017.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

instâncias de responsabilidade e seu valor perante o Estado; f) a adequação das garantias oferecidas por empresa colaboradora para adimplemento das obrigações assumidas com a leniência; g) o *regime adequado de compartilhamento* de informações obtidas em razão da leniência, com a necessidade de adesão de outros órgãos ou entidades a seus termos”

No mesmo sentido a Orientação Normativa n. 07/2017, também da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que estabeleceu parâmetros e boas práticas a serem seguidos quando da formalização de acordos de leniência²¹⁹ e, ainda, a Nota Técnica n. 02/2018, emitida pelo mesmo órgão, que corroborou os fundamentos de decisão judicial emitida no âmbito de processo da Operação Lava Jato, atinente à utilização de provas decorrentes de acordos celebrados, por outros órgãos de controle²²⁰.

Por fim, a Nota Técnica n. 01/2020, também da mesma Câmara, complementou os parâmetros e boas práticas no que se refere às adesões de pessoas físicas em acordos de leniência celebrados pelo MPF, disciplinando inclusive os reflexos na independência funcional e na unidade da Instituição²²¹.

²¹⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR). **Orientação Técnica n. 07/2017:** acordos de leniência. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ORIENTAO7_2017.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020. Sobre o compartilhamento das provas, o item 7.7 previu que: “Adesão e compartilhamento de provas (previsão da possibilidade de adesão ao acordo, por parte de outros órgãos do Ministério Público Federal, de outros Ministérios Públicos ou de outros órgãos e instituições públicas mediante o compromisso de respeitarem os termos do acordo ao qual estão aderindo, viabilizando-se, somente então, o compartilhamento das provas e informações obtidas por meio do acordo)”.

²²⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR). **Nota Técnica n. 02/2018.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%202018.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

²²¹ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR). **Nota Técnica n. 02/2018.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1_2020_5ccr_05-05-redacao-final-nt-al-com-adesoes-ultima-versao.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020. Merecem transcrição as conclusões da Nota: “1. Em síntese, a criação da possibilidade de subscrição ou adesão de pessoas físicas ao Acordo de Leniência surgiu da necessidade prática de harmonizar a atuação civil (e criminal) do MPF no combate a práticas de corrupção, que já se mostra consolidada e indispensável ao atendimento do interesse público. 2. Referida adesão de pessoas físicas ao Acordo de Leniência é instrumento indispensável para um Programa de Leniência consistente e eficaz. Embora não haja previsão legal expressa na Lei nº 12.846/2013, nem mesmo na nova redação da Lei nº 8.429/1992, há que se ressaltar a sua previsão na Orientação nº 7/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, assim como a inexistência de impedimento legal para esta prática institucional, que visa a garantir efetividade máxima da cooperação objeto da leniência. 3. Não há ofensa ao princípio constitucional da independência funcional na celebração de Acordos de Adesão ao Acordo de Leniência celebrado anteriormente por outro Membro do Ministério Público Federal, respeitando-se as suas balizas gerais, uma vez que o acordo inicial é amparado na legalidade. A qualquer tempo, a adesão de outro Membro do MPF permanece voluntária, com possibilidade legal de utilização dos elementos de prova obtidos, sobre fatos abrangidos pelo acordo. 4. O princípio constitucional da unidade do Ministério Público mostra-se fundamental na temática da celebração de Acordos de Leniência, pois convive com a independência funcional a fim de garantir não só a unicidade e a racionalidade do Acordo, mas também os efeitos perante colaboradores, os próprios Membros do Ministério Público Federal não celebrantes, e terceiros. 5. O princípio constitucional da indivisibilidade do Ministério Público é fundamental na estruturação do Programa de Leniência no âmbito do Ministério Público Federal, porquanto oferece à atuação funcional do Membro negociador a voz do MPF para dar com definitividade e unidade institucional a solução adequada, justa e proporcional em face da delimitação dos fatos abrangidos pelo acordo. 6. A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, cuja competência está destacada no artigo 58 da Lei Complementar

A forma encontrada para garantir a transversalidade da negociação, portanto, foi expandir os campos material e subjetivo do acordo de leniência; permitir adesões de pessoas físicas aos acordos de leniência; permitir a celebração de acordos de leniência com repercussões penais reflexas para pessoas físicas (advindas de negociações paralelas); vedar a aplicação de novas sanções pelos mesmos fatos; pleitear efeitos meramente declaratórios para penas que tenham origem nos mesmos fatos, suspendendo-se suas aplicações enquanto mantido e adimplido o acordo; pactuar com a pessoa jurídica a sanção de inidoneidade para contratar com o Poder Público e prever a suspensão de sua incidência enquanto cumprido o acordo, que agregará a aplicação de multas e sanções pecuniárias; condicionar o acesso e compartilhamento das informações e provas obtidas com a colaboração (em leniência ou colaboração premiada) à adesão ao acordo, com compromisso de observância das condições pactuadas (e o compromisso de não utilizá-las em face dos colaboradores).

No âmbito do Estado do Espírito Santo, a Portaria Conjunta SECONT/PGE n. 002-R, de 04/06/2020, definiu os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência, no âmbito da Secretaria de Estado de Controle e Transparência, com participação da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, não havendo qualquer menção à participação do Ministério Público nas tratativas, o que pode ensejar dificuldades, diante da transversalidade do objeto a ser pactuado²²².

Em 06 de agosto de 2020 foi assinado “acordo de cooperação técnica” entre o Supremo Tribunal Federal, Controladoria Geral da União (CGU), Advocacia Geral da União (AGU), Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e Tribunal de Contas da União (TCU). A fundamentação para inclusão do STF foi no sentido de que “a aplicação da sanção judicial civil

nº 75/1993, tem atribuição homologatória e de verificação da legalidade de todo o processo administrativo do Acordo de Leniência, incluindo a homologação de Adesões. 7. Na competência para homologação de Adesão de pessoas físicas ao Acordo de Leniência, para fins criminais, com base em precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, deverão ser tomados os juízos competentes para cada um dos conjuntos de eventos retratados nos anexos, sem prejuízo da adoção de regras de prevenção, com a priorização, nesse caso, do Juiz Criminal da Homologação da colaboração premiada originária. 8. Entre os colaboradores deve haver tratamento isonômico e proporcional, na concessão de benefícios, tendo em vista as circunstâncias de cada colaborador, elementos de comprovação apresentados, fatos ilícitos descortinados e abrangidos pelo acordo, e utilidade para as investigações, visando a efetividade da persecução ministerial, cível ou criminal. 9. A previsão no Acordo de Leniência de parâmetros de concessão de benefícios para novas pessoas físicas aderentes propicia maior segurança jurídica e isonomia no processamento das adesões posteriores. 10. Demonstrada a possibilidade de estipulação de cláusulas balizadoras de adesões individuais, para efeitos cíveis e criminais, também é importante destacar que sua observância em cada caso concreto deve ser avaliada pelo membro do MPF, que atua no desdobramento do processo de colaboração. 11. As Adesões de pessoas físicas a Acordos de Leniência, legalmente previstos para pessoas jurídicas, atendem, de forma plena, aos objetivos legais, tanto os cristalizados na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), quanto os depreendidos pelas novas regras da Lei nº 13.964/2019 que alteraram a Lei Geral de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)”.

²²² ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Secretaria de Estado de Controle e Transparência. Disponível em: <file:///C:/Users/llemgruber/Downloads/Portaria_02_2020_SECONT_PGE.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ou penal apenas pode ser exercida pelo Poder Judiciário” e ainda em razão do “reconhecimento de que o âmbito adequado para a solução dos conflitos relacionados aos limites constitucionais das competências de cada instituição é o Supremo Tribunal Federal, quando provocado”.

A preocupação em se instrumentalizar uma solução interinstitucional para o tratamento da transversalidade dos acordos entre os órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública é salutar.

Entretanto, o habitat natural dos acordos é exatamente fora do Poder Judiciário. Dentro da premissa defendida de duplicidade de sistemas de acesso à justiça, primazia de solução consensual extrajudicial e liberdade *prima facie* das partes para pactuarem as cláusulas, as tratativas para a operacionalização da transversalidade dos acordos melhor se amoldariam a cooperações firmadas entre todos os órgãos de controle (CGU, AGU, MJSP, TCU, Ministério Público Federal, CADE, BACEN e CVM).

Alijar da pactuação exatamente a instituição que constitucionalmente possui perfil pluricompetente para tratar de forma integral todos os aspectos punitivos referentes aos ilícitos revelados retira o mérito do acordo de cooperação.

Isso porque sem a participação do Ministério Público nos acordos, crimes cometidos por pessoas físicas na operacionalização dos fatos delatados pela pessoa jurídica permanecerão no âmbito da disponibilidade do órgão público pactuante (CGU, AGU, MJSP, TCU), que não possui autonomia nem competência para investigação. Isso gera um grande risco dos delitos sequer serem detectados, seja porque não revelados pela pessoa jurídica, seja porque não desvendados pelo órgão que não possui expertise ou atribuição para investigação criminal. A ausência do Ministério Público na cooperação com os demais entes impede ainda que o colaborador alcance a almejada segurança jurídica, já que estará sujeito até mesmo a responder por processos criminais pelos mesmos fatos.

Da forma como pactuado, o acordo de cooperação desvirtua o objetivo maior da multiplicidade de instâncias punitivas de práticas corruptivas, que é proteger de forma mais efetiva o direito fundamental ao governo probó. Dentre as várias previsões, esvaziou-se a atuação de órgãos de controle como o Ministério Público Federal, CADE, BACEN e CVM, aumentando a insegurança jurídica nos acordos. Ainda, o acordo sugere a possibilidade de quitação à pessoa jurídica colaboradora sem o efetivo ressarcimento integral do dano, a partir da exclusão de órgãos responsáveis pela apuração do acordo de cooperação. Vale o registro, também, do décimo quinto princípio pactuado, que “suspende a aplicação de sanções pelas signatárias em relação ao objeto do acordo, extinguindo-se a pretensão punitiva com o cumprimento integral do acordo”. Na prática, portanto, a CGU, a AGU, o MJSP e o TCU irão

dispor da ação penal, sendo até difícil imaginar como será a operacionalização disso. A própria presença do STF como signatário e coordenador do acordo de cooperação, destinatário direto das informações e provas obtidas, parece extrapolar em muito os objetivos de protocolos institucionais firmados entre o Poder Judiciário e órgãos ou classes de operadores do direito que visam operacionalizar negócios processuais, diante da ausência de competência da Corte Constitucional para as medidas previstas no acordo. Como será visto, o papel do Poder Judiciário diante dos negócios jurídicos processuais não é de parte na negociação, mas sim de aplicador de normas jurídicas válidas.

Feitas as ressalvas, o mérito do acordo de cooperação foi demonstrar que uma atuação integrada entre os órgãos de controle há de ser perseguida e alcançada, sendo esperados ajustes na redação das cláusulas, ingresso do Ministério Público, BACEN, CADE e CVM, além da reformulação da participação do Poder Judiciário nas soluções interinstitucionais.

Evidenciado o desafio, importa a essa pesquisa estudar ainda se a tradição processual adotada no Brasil e até que ponto essa tradição vincula e molda a forma com que o Estado resolve o conflito oriundo da prática de um comportamento desviante e a distribuição possível dos poderes entre os atores do sistema de justiça.

2.4 Compatibilidade da atuação negocial no direito punitivo com a tradição processual brasileira

Tradicionalmente, as abordagens históricas do direito comparado utilizam expressões como família jurídica²²³, sistema processual²²⁴, tradição jurídica²²⁵, entre outras, para se

²²³ René David menciona que “o agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Porém, não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve, por conseguinte, reconhecer”. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 17)

²²⁴ Para Mauro Fonseca Andrade, “o termo sistema jurídico pode ser inicialmente definido como a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente”. (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 38-39). O significado mais genérico da palavra sistema seria, portanto, “uma organização do conhecimento humano em áreas determinadas e especializadas”, sendo os sistemas processuais penais “subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal”, “manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado.” (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 41-43, 45)

²²⁵ Para John Henry Merryman, sistema jurídico seria “um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes”, havendo “tantos sistemas jurídicos quantos forem os estados e organizações internacionais”. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 21). Os sistemas jurídicos são frequentemente reunidos sob uma mesma rubrica, a indicar que eles têm algo em comum, que os distingue de outra rubrica. O autor trata essa comunhão única como tradição jurídica, entendida como

referirem à forma de compreensão do direito ou mesmo à forma como o ordenamento jurídico de cada país está organizado, variando bastante o enfoque das abordagens na doutrina.

Ao estudar os sistemas processuais penais, Andrade adverte para o risco na manipulação de conceitos para obtenção de resultados que convalidem posições ideológicas sobre determinados temas, já que cada autor elege seu método ao escolher os elementos presentes na conceituação daquele tipo ideal. Por isso o autor analisou a história e a atualidade de cada “sistema processual” (enquanto regulamentação do processo penal em determinado local e período histórico), a fim de identificar os elementos fixos (necessariamente presentes em sua composição) e variáveis (poderão estar ausentes) de cada um²²⁶.

Tais elementos foram identificados a partir da comparação de manifestações do sistema acusatório no período clássico (Atenas e Roma no período republicano) e contemporâneo (Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Portugal e Itália). O confronto revelou a inexistência de um sistema acusatório que se aplique integralmente em todas as realidades estudadas²²⁷. O exame do direito clássico evidenciou que a forma de resolução de conflitos adotada inicialmente se baseava na relação estabelecida entre o infrator e o sujeito ou órgão encarregado de reprimir as violações à ordem social. Os problemas daí decorrentes levaram à formatação de uma estrutura processual com previsão de solução dos conflitos por um terceiro, distante e acima dos envolvidos diretamente. Entretanto, neste período o acusador popular e o acusador público coexistiram, com predomínio do primeiro, o que refletia na impunidade, em acusações falsas, falta de proteção do acusador e testemunhas, deturpação da verdade e não execução da sentença. Em razão desses problemas, no sistema acusatório contemporâneo predomina o acusador público²²⁸. Dada a variedade de cada realidade histórica, Andrade analisou as conceituações da doutrina, tendo reunido os elementos que usualmente são incluídos na definição do sistema acusatório:

“um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 23)

²²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 53, 464.

²²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 119.

²²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 58, 107-108.

a) inércia ou inatividade do órgão encarregado de julgar, seja para iniciar *ex officio* o processo, seja para buscar provas depois de sua instauração; b) existência de tribunais populares; c) necessidade de um acusador popular ou particular que não se confunda com o julgador, para que apresente e sustente a acusação até que se chegue à sentença; d) o processo começa com a acusação formulada por um acusador popular ou particular que deve ser distinto do juiz; e) presença dos princípios *quem acusa investiga*, da igualdade, do contraditório, da publicidade e da oralidade; f) as sentenças dos tribunais populares são inapeláveis; g) liberdade do acusado, como regra; h) não interferência do poder central ou do soberano na execução da sentença.²²⁹

Confrontando cada elemento com a estruturação dos sistemas acusatórios no período clássico e contemporâneo, concluiu o autor que todos podem ser validamente limitados, em algumas circunstâncias, sem que o sistema processual adotado pelo país deixe de ser acusatório.

O único elemento presente em todas as manifestações históricas consideradas foi a necessidade de um acusador diferente do juiz, por isso apontado como elemento fixo do sistema acusatório²³⁰. O autor ressalta ainda a importância da conceituação da acusação, enquanto elemento secundário representativo do sistema acusatório, como única forma de se dar início ao processo, que abrange a individualização do acusado, a descrição do fato ilícito praticado e o requerimento de sanção²³¹.

O sistema inquisitivo, por sua vez, teve origem com a *cognitio extra ordinem* do direito romano e se consolidou com a adoção do direito romano-canônico pela Monarquia Absolutista, como visto no item 2.2. Depois de analisar o sistema inquisitivo católico e suas manifestações históricas na Espanha, Portugal, França, Alemanha e Itália, Andrade reuniu os seguintes elementos, usualmente presentes nos processos representativos deste sistema:

a) o acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio de oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra a decisão de primeira instância; e n) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.²³²

²²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 126.

²³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 242.

²³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 250, 265.

²³² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 359.

Confrontando tais elementos com as expressões históricas do sistema inquisitivo, concluiu Andrade que seus elementos fixos seriam a prescindibilidade da presença do acusador e a possibilidade de o processo ter início com a acusação, *notitia criminis* ou de ofício. Sob este critério, legislações contemporâneas da Alemanha, Itália e Espanha mantêm previsões processuais típicas do sistema inquisitivo²³³.

Por fim, Andrade aponta para um terceiro gênero de sistema processual, o sistema misto, originariamente previsto no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 da França, abordado no item 2.2, que estabelecia um processo dividido em duas fases, com um elemento fixo do sistema inquisitivo na primeira e um elemento fixo do sistema acusatório na segunda. A primeira fase abrangia a investigação criminal e podia ser aberta de ofício pelo juiz ou por *notitia criminis*, adotava o sigilo e o princípio da escritura. A segunda se iniciava com a apresentação de uma acusação por pessoa diferente do juiz e obedecia ao contraditório, à publicidade e à oralidade. Ambas eram fases processuais, já que a fase de investigação, quando não realizada diretamente pelo juiz, era a ele enviada, para decidir sobre a qualificação jurídica do crime. Essa sistemática recebeu alterações pela *Lei Constans* (Lei de 08/12/1897) que introduziu, na primeira fase, o contraditório, o direito a um defensor para o acusado, a liberdade provisória como regra e o princípio segundo o qual o juiz que investiga não poder julgar²³⁴.

Ou seja, a legitimidade para iniciar o processo e a forma como o processo é iniciado são os vetores que caracterizam um sistema como acusatório, inquisitivo ou misto, no estudo de Andrade, na medida em que só essas duas características de cada sistema processual não mudaram ao longo da história. O autor ressalta, ainda, que o estudo dos “sistemas processuais penais” abrange exclusivamente a fase processual da persecução penal, não abrangendo as atividades de natureza administrativa anteriores à instauração do processo²³⁵.

Partindo do critério proposto, Andrade observa que, no Brasil, a Constituição Federal conferiu a exclusividade da ação penal ao Ministério Público (art. 129, I)²³⁶. No âmbito

²³³ Respectivamente, arts. 170 e ss. do StPO (possibilidade da vítima recorrer ao Judiciário para que este obrigue o Ministério Público a oferecer a acusação na Alemanha), art. 409.4 do CPP italiano (possibilidade do juiz não acolher o pedido de arquivamento das indagações preliminares do Ministério Público e determinar o prosseguimento das investigações ou que o Ministério Público ofereça sua acusação) e art. 969 da LECrim (prescindibilidade da acusação, equiparada à *notitia criminis* no *juicio de faltas* para permitir a persecução penal). (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 395, 340-353)

²³⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 412-418.

²³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 471.

²³⁶ Acrescente-se à conclusão de Andrade que a Lei 13.964/2019, ao implementar, no Brasil, o juiz das garantias, previu na nova redação do art. 3º-A do CPP, segundo a qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. A

infraconstitucional, o art. 33, parágrafo único, da LC 35/1979, prevê uma investigação criminal presidida pelo tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, diante de crimes praticados por magistrados. E o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza a investigação pelo Presidente do STF (ou pessoa por ele delegada) para crimes cometidos na sede ou nas dependências daquele Tribunal, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição. Essas duas possibilidades configuram, para Andrade, elementos do sistema misto, na medida em que versam sobre típicos juizados de instrução (investigação criminal de natureza processual, tal qual prevista no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 da França, ao contrário do inquérito policial, que tem natureza administrativa). A ausência de unidade em nosso ordenamento jurídico leva à constatação de que não adotamos nenhum tipo de sistema processual penal, segundo Andrade²³⁷.

Para além da abordagem dos “sistemas processuais penais” em acusatório, inquisitivo ou misto (de acordo com a legitimidade para iniciar o processo e a forma como ele é iniciado), o direito comparado também estuda “tradições processuais”, que costumam ser relacionadas às diferentes concepções sobre a finalidade do processo (compreensões de como os casos penais devem ser processados e julgados), sobre os distintos meios de distribuição de poder entre os atores processuais, sobre as diferentes formas de se preservar a imparcialidade do julgador ou, ainda, sobre os distintos conceitos de verdade processual e sua inteiração com o direito probatório.

Os dois modelos mais estudados, sistema inquisitório (*civil law*, romano-germânico, de investigação oficial) e adversarial (*common law*, anglo-saxã e norte-americana, de disputa), se manifestam sob o sistema acusatório²³⁸, pressupondo a distinção entre acusador e julgador. A utilização do termo “sistema inquisitório” não deve ser confundida com o “sistema inquisitivo”, que diz respeito à prescindibilidade do acusador e à possibilidade de o processo ter início pela acusação, por *notitia criminis* ou de ofício pelo julgador.

eficácia desta norma está suspensa em razão da medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, a partir dos pedidos formulados na ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), e ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

²³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 472-473.

²³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 27, p. 72, jul./set. 1999; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 228; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: _____; SOUZA, Renee do Ó; SANCHES, Rogério. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p.121.

E a atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo, tal qual a adoção de acordos penais em geral, tem espaço exatamente no sistema acusatório, já que pressupõe a diferença entre órgãos acusador e julgador.

Langer ensina que as escolas de direito comparado empregam as categorias teóricas adversarial e inquisitorial em duas abordagens. Na primeira, cada uma dessas categorias seria formada por um conjunto mínimo de características. A adoção desses traços mínimos caracterizaria determinado modelo como adversarial ou inquisitorial. O problema é saber quais particularidades devem ser alçadas a este denominador comum que caracteriza aquele conjunto como adversarial ou inquisitorial. Além disso, quando uma dessas características não é adotada por determinada jurisdição, seria necessário deixar de considerá-la como integrante daquela categoria ou excluir a característica não adotada do rol mínimo afeto à categoria estudada. Por fim, essa abordagem não tem utilidade em relação aos sistemas híbridos, que receberam influência de ambas as categorias²³⁹.

Na segunda abordagem, são utilizados tipos ideais para identificar um eixo referencial que permite a comparação dos modelos e possibilita que uma jurisdição seja rotulada como mais próxima de um ou do outro.

Para o autor, o primeiro modelo é um modelo de disputa, usualmente denominado sistema adversarial (*adversary system*) e ligado à tradição de países do *common law*, no qual o processo é concebido como uma disputa entre duas partes, perante um julgador passivo. O segundo é um modelo de investigação oficial ou de desenvolvimento oficial, denominado sistema inquisitório (*inquisitorial system*) e relacionado à tradição dos países da Europa ocidental, no qual o processo é conduzido por um órgão oficial que se compromete a descobrir a verdade do caso (investigação histórica sobre a hipótese acusatória). O primeiro ainda se caracterizaria pela divisão dos órgãos decisórios entre jurados e um árbitro oficial, enquanto no segundo a decisão é exclusiva deste²⁴⁰.

Exatamente porque o modelo adversarial é concebido como disputa entre duas partes destinada a resolver o conflito (decorrente do relato da prática de um crime), a estrutura do processo e os poderes processuais dos atores são marcados pela ampla discricionariedade da acusação, pela existência de investigações prévias de ambos os lados na disputa (defesa e acusação), pela discussão quanto à obrigação de divulgação das evidências colhidas entre as

²³⁹ LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, p. 7-8, 2004.

²⁴⁰ LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, p. 4, 17, 2004.

partes, pela possibilidade de negociação da solução, pela função persuasória da prova, sendo suficiente a prova do cometimento do crime para além de uma dúvida razoável para se chegar a uma solução do conflito.

Enquanto isso, porque concebido como um modelo de investigação oficial cujo propósito é reconstruir os fatos ocorridos, a fim de apurar a hipótese acusatória (se houve o crime e quem o praticou), o sistema inquisitório é marcado pela obrigatoriedade de investigação e persecução do crime noticiado, por agentes imparciais que registram documentalmente a investigação, tendo a defesa amplo acesso (até porque o compromisso dos órgãos oficiais é com a reconstrução dos fatos e investigação da hipótese acusatória, seja ela favorável ou não ao acusado, e não com a solução do conflito, o que explica a existência de uma investigação única, oficial). A preocupação com a “apuração da verdade” de forma imparcial justifica uma vinculação maior dos atores processuais às regras estabelecidas e um poder maior conferido ao órgão responsável pelo julgamento, até para impedir que as partes ocultem fatos ou provas ou deles venham a dispor. Ainda pelo mesmo fundamento, a confissão, por si só, não justifica o reconhecimento da prática do crime e da culpa com conseqüente responsabilização do acusado. É imprescindível que o fato e a autoria estejam demonstrados por outros elementos da investigação para justificar a imposição de uma pena.

Diante das diferenças, para Langer interessa estudar as tradições enquanto estruturas de interpretação e de significado, através das quais deve ser compreendido o processo penal e o papel dos atores do sistema de justiça. Seria uma espécie de chave de leitura, uma lente para compreensão da realidade e distribuição dos poderes dos atores processuais²⁴¹.

O autor destaca ainda que existe uma influência mútua entre um modelo processual (enquanto estrutura de significado) e o comportamento dos atores do sistema de justiça. Estes são moldados para agirem de certa maneira, através de processos de socialização (formações acadêmicas, prática forense dos advogados, do Ministério Público e do Judiciário) que contribuem para uma internacionalização, uma concretização de determinada tradição processual (enquanto estrutura de significados e interpretação). E essa estrutura de significados, por sua vez, se baseia em práticas sociais advindas da interação concreta entre os atores do sistema. Exatamente por conta dessa reciprocidade, quando da adoção de uma técnica oriunda de outra tradição, é essencial que se compreenda as culturas envolvidas, para melhor tradução

²⁴¹ LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, p. 9-11, 2004.

da técnica e adaptação à cultura receptora, inclusive como forma de se evitar resistência dos atores do sistema de justiça²⁴².

No estudo de Cunha, as duas tradições processuais possuem o objetivo comum de busca da verdade, na medida em que a verificação do fato ocorrido e a publicização da sentença penal levam à restauração da paz social (sociedade toma conhecimento sobre a forma como Estado respondeu àquele fato, cumprindo com isso o caráter preventivo da pena). Apesar do objetivo comum, eles compreendem de forma diferente a ideia de verdade no processo penal. O modelo de investigação oficial estaria próximo à teoria da correspondência, de forma que a verdade corresponde à realidade, aos fatos ocorridos no mundo fenomênico. Por isso o processo é estruturado de forma a aumentar as chances de reconstrução dos fatos. Já o modelo de disputa estaria mais próximo da teoria da verdade como consenso, segundo a qual a mesma é resultado do consenso oriundo de um processo comunicativo completo e justo. Isso faz com que a estruturação do processo prestigie as regras que disciplinam a interação entre as partes (*fair trial*) e o respeito a essas regras legitime o sistema²⁴³.

Zaneti Jr., ao analisar a lógica jurídica na perspectiva dos modelos probatórios das tradições *common law* e romano-germânica, ensina que a tradição *common law* trabalha com o método tópico-argumentativo de descoberta da verdade provável (conceito de verdade como argumentação, admitindo-se a prova como argumento de discussão). Além disso, envolve um processo simétrico, no qual as partes têm poderes e deveres iguais, marcado pela ausência do Estado na investigação da verdade e pela jurisprudência como fonte primária do direito. Enquanto isso, o modelo romano-germânico trabalha com a lógica jurídica formal e demonstrativa (conceito científico da verdade, prova do fato como instrumento demonstrativo, cindido do direito, sendo o julgador um aplicador lógico do direito)²⁴⁴.

A partir da concepção das tradições processuais da *common law* e da *civil law* como modelos de disputa e de investigação oficial, respectivamente, que exprimem culturas diferentes, concepções distintas da finalidade do processo e dos poderes dos atores processuais, importa saber qual o modelo adotado no Brasil e se este modelo é ou não compatível com a atuação negocial do Ministério Público.

²⁴² LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, p. 11-13, 2004.

²⁴³ CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 102-104.

²⁴⁴ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50, 55, 75, 87.

Recorrendo mais uma vez ao ensinamento de Zaneti Jr., o direito constitucional brasileiro possui matriz norte-americana e nosso direito infraconstitucional matriz europeia continental. Desde a Constituição Republicana de 1891, o Brasil recepcionou do direito constitucional norte-americano o sistema uno de jurisdição e a possibilidade do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis (controle difuso, *incidenter tantum*) e dos atos do poder público (inafastabilidade da jurisdição). Paralelamente, recepcionamos da tradição romano-germânica nosso direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o direito penal. A tradição brasileira, portanto, é híbrida²⁴⁵.

A instituição da súmula vinculante pela Emenda Constitucional 45/2004 e a valorização dos precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015 também demonstram a incorporação de técnicas oriundas do modelo *common law*.

O que essa aparente incompatibilidade entre a *civil law* e a *common law* reflete, na verdade, é a aproximação entre as tradições jurídicas e a plena possibilidade de intercâmbio de técnicas entre elas, observadas as adaptações para receptividade em cada tradição.

Em que pese as contraposições das tradições, não existem modelos puros. A história evidencia que houve “muito movimento” na formação dos fundamentos de cada tradição. Tanto o direito romano quanto a *common law* desenvolveram formas de participação do público para desenvolver o direito em uma estrutura institucional, cada um à sua maneira. A partir dos pontos de partida desenvolvidos, aguardaram anos para formação da tradição. A tradição do direito romano não surgiu de uma legislação ou de uma codificação. Havia uma legislação ocasional, para questões excepcionais, com praticamente nenhum impacto na vida das pessoas, conferindo legitimidade ao caráter participativo do processo. Só para ficar na frente de um juiz, diretamente e sem triagem oficial, Roma levou mil anos. Dos elementos atualmente relacionados ao *civil law* (códigos, juiz investigativo, negação da legislação judicial, prestígio dos professores de direito, dentre outros), alguns são muito antigos e outros muito recentes²⁴⁶. Do outro lado, o próprio *plea bargaining* não era parte integrante da tradição de *common law* americana, fundamentada no direito ao julgamento pelo júri popular (*Bill of Rights*), tendo sido formalmente reconhecido apenas nos anos setenta.²⁴⁷

Mesmo com todo esse movimento, a tradição *common law* não foi capaz de atender a todas as demandas e muitos países oriundos desta tradição já adotam várias leis escritas. O

²⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12-18, 53.

²⁴⁶ GLENN, H. Patrick. **Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 135-137.

²⁴⁷ CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 147.

mesmo ocorreu com os países de tradição romano-germânica, nos quais o paradigma legalista foi substituído por técnicas legislativas abertas, princípios gerais e adoção da jurisprudência como forma de conferir estabilidade ao sistema. Não é mais realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre as duas tradições; não existem mais diferenças substanciais²⁴⁸. Os mundos de uma e de outra tradição não estão isolados um do outro; eles têm múltiplos contatos e influências recíprocas. Sob a ótica do processo penal, afirmar que na tradição *civil law* ele é inquisitorial e na tradição *common law* ele é acusatório representa uma acusação imprecisa e enganadora no que se refere ao processo penal contemporâneo. Causas como a descodificação, a constitucionalização e a federalização vêm transformando a tradição *civil law*²⁴⁹. Para Glenn, a quantidade de reversões e recomeços experimentados pela tradição *civil law* parece demonstrar que a mudança no direito continental talvez seja seu traço marcante, sua tradição²⁵⁰.

Merryman sustenta que, ainda que a tradição mude, ela segue um padrão e as mudanças vêm com as formas determinadas pelas experiências do passado²⁵¹. Já para Busato, a tendência é um pensamento cada vez mais universalizado, com a interpenetração entre as tradições, até mesmo por conta da globalização²⁵².

Essa aproximação e interpenetração se aplica também à tradição específica do processo penal brasileiro (de investigação oficial, romano-germânica). O fato de a nossa tradição processual penal ser oriunda do modelo inquisitorial não significa que jamais poderemos adotar técnicas oriundas do sistema adversarial. Tanto é que isso vem acontecendo desde 1988, quando a própria Constituição Federal autorizou transações para solução de casos penais, regulamentadas posteriormente na Lei 9.099/95. Ainda, o próprio Supremo Tribunal Federal homologou inúmeros acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da Operação Lava Jato com cláusulas extralegais, e os atores do nosso sistema de justiça ajustaram suas atuações de acordo com esse modelo em vários casos penais (197 acordos de colaboração premiada homologados no STF até 2018).

Uma tradição jurídica não é uma bolha nem um escudo que isola determinado país dos demais. Não se trata de um jogo de tudo ou nada. E a adoção da técnica de uma tradição por outra não transforma, por si só, a tradição do país receptor.

²⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50-51, 229.

²⁴⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 25, 173, 201.

²⁵⁰ GLENN, H. Patrick. **Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

²⁵¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 210.

²⁵² BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal em nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

Reconhecer que não existem tradições puras, mas, pelo contrário, uma tendência de harmonização das tradições adversarial e inquisitorial²⁵³ impacta na conclusão de que a tradição brasileira (geral híbrida e inquisitorial do processo penal) não restringe a atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo.

A abordagem das tradições processuais enquanto lentes para compreensão da realidade e distribuição dos poderes dos atores processuais tem o grande mérito de contribuir na tradução de uma técnica para sua receptividade numa outra cultura. Mas a análise da juridicidade dos comportamentos dos atores processuais há de ser feita a partir da Constituição Federal. Não se pode substituir o paradigma constitucional pelo paradigma da tradição processual, enquanto estrutura de interpretação.

É dizer que a juridicidade da atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo há de ser analisada com fundamento na Constituição Federal. A avaliação da obrigatoriedade do exercício da ação penal, da extensão da discricionariedade do Ministério Público nos acordos, da (in)existência de autorização legal para as cláusulas pactuadas e das possibilidades de renúncias aos direitos fundamentais devem ser confrontados e analisados não com a tradição processual brasileira, mas a partir da força normativa da Constituição, além da legislação em vigor.

Independentemente da concepção que cada doutrinador possua, relacionada à cultura processual penal brasileira (se adversarial, inquisitorial ou mista), a tradição processual não possui força vinculante ou um caráter mandamental superior ao nosso ordenamento jurídico, a fim de justificar a obrigatoriedade do exercício da ação penal, a inexistência de discricionariedade do Ministério Público ou a proibição de renúncias aos direitos fundamentais nos acordos.

A Constituição Federal de 1988 é o fator de unidade do ordenamento jurídico brasileiro, a fornecer fundamentos para uma correlação necessária entre as tradições constitutivas da nossa cultura²⁵⁴. E, como visto nos itens 2.2 e 2.3, a atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo é compatível com o princípio da legalidade e com a Constituição Federal. O que se constata é um diálogo da tradição híbrida brasileira com a Constituição Federal. Tanto a Carta Maior quanto as leis possuem um papel de mudança cultural. As normas influenciam a cultura e acabam integrando a tradição de determinado país. As inúmeras leis promulgadas nos últimos anos autorizando negócios jurídicos pelo poder público e inclusive no âmbito do direito punitivo (item 2.3) foram promulgadas para um estado de coisas (celeridade da resposta estatal

²⁵³ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 229.

²⁵⁴ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

e obtenção de meios de prova em ilícitos complexos). Tais normas passaram a fazer parte da tradição brasileira, influenciaram nossa cultura e implicaram inclusive em novas leituras constitucionais.

Por isso, não se pode concordar com a recusa na homologação de acordo de colaboração premiada firmado pelo Ministério Público sob o argumento de que “a ampla discricionariedade do titular da ação penal mostra-se mais compatível com o sistema anglo-saxão do que com o modelo romano-germânico”. Esta decisão foi proferida pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski proferida na Petição 7265-DF, em 14/11/2017 (antes, portanto, do advento da Lei 13.964/2019, que alterou a Lei 12.850/2013 vindo a fundamentar discussões quanto à vedação de prêmios extralegais nos acordos de colaboração premiada celebrados com base na Lei de Organizações Criminosas).

A juridicidade da atuação negocial do Ministério Público há de ser aferida a partir da Constituição Federal, inclusive enquanto força normativa aglutinadora de todo ordenamento jurídico e tradição processual brasileira.

Evidenciado, portanto, que a alegação de que o Brasil possui tradição romano-germânica não se apresenta como fundamento suficiente para sustentar a impossibilidade de atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo, a questão que se propõe é estudar os mecanismos de controle dessa atuação e os limites das cláusulas possíveis e compatíveis com nosso ordenamento jurídico.

E é exatamente com base na Constituição Federal que esta pesquisa irá analisar a possibilidade e a extensão de renúncias a direitos fundamentais no âmbito da atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo.

3 ATUAÇÃO NEGOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO PUNITIVO

O Estado regulou e puniu comportamentos desviantes de formas variadas ao longo dos tempos e influências políticas impactaram os métodos utilizados (item 1.2).

O Brasil construiu seus métodos próprios de solução de conflitos, a partir de tradições diversas, sintetizando e positivando técnicas dos modelos *common law* e *civil law*, como o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, processo coletivo, acordos no processo penal, entre outros (item 2.4).

A solução adjudicatória judicial para casos do direito punitivo (crimes, atos de improbidade administrativa e atos corruptivos da Lei 12.846/2013) se mostrou ineficaz para controlar e punir, com exclusividade, todos os comportamentos desviantes (incapaz de alcançar todos os casos, julgar, punir e executar as condenações, com os reflexos daí advindos na proteção à vítima, na prevenção geral e especial e na recuperação de bens – item 1.1).

Este cenário valorizou alternativas consensuais para solução de conflitos como um caminho possível no nosso ordenamento jurídico e, a depender do caso concreto, também como uma opção eficiente. A solução consensual no direito punitivo decorre da negociabilidade *prima facie* dos direitos transindividuais difusos afetos ao direito punitivo, caso se apresente como o método mais adequado de tutela, bem como da possibilidade de o indivíduo autolimitar posições jurídicas de direitos fundamentais a partir de seu consentimento (item 2.1).

O agir administrativo pode encontrar fundamento habilitante direto na Constituição. Ou seja, excluídos os casos de reserva de lei expressamente previstos na Constituição, o paradigma legitimador do administrador é a juridicidade (compatibilidade com as normas constitucionais), e não só a legalidade (conformidade com o que está expressa e previamente previsto em lei). Diante de interesses legítimos em posições antagônicas, especialmente entre interesses individuais e coletivos, o esforço de equilibrá-los para conseguir concretizar a tarefa constitucional que se propõe passa pela identificação dos direitos fundamentais envolvidos, pela ponderação proporcional dos bens jurídicos em jogo e pela conclusão quanto ao método de tutela mais adequado. A legalidade existe para evitar o abuso do Estado, por isso não se pode proibir negociação no direito punitivo com fundamento genérico no princípio da legalidade. Afinal, estar-se-ia prejudicando o sujeito que também receberá os benefícios, em verdadeira inversão do próprio princípio (item 2.2).

É diante dessas premissas que estudaremos a atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo.

3.1 Perfil constitucional do Ministério Público: agente político

O Ministério Público recebeu diferentes formatações ao longo dos anos, seja no Brasil, seja no exterior. Em que pese haver controvérsia quanto à sua origem²⁵⁵, há quem sustente que ele nasceu dentro do Estado, como um braço do governante (*le gens du roi*), em um contexto de assunção do monopólio jurisdicional pela realeza²⁵⁶.

Na Idade Média a Igreja Católica havia ganhado força na Europa, com tribunais que decidiam questões religiosas e diversas, ambas com força executória. Os reis, visando a diminuir o poder da Igreja, aliaram-se aos senhores feudais e criaram tribunais dos senhores feudais, ao lado dos tribunais dos reis e dos tribunais dos bispos. Depois de se fortalecerem politicamente, voltaram-se contra os senhores feudais, intervindo em seus tribunais com procuradores do rei, cuja função era defender os interesses da Coroa, além de terem ganhado atribuição criminal.

Com a Revolução Francesa, a burguesia implementou uma reforma política, descentralizando o poder, e o Ministério Público atuou como agente do Poder Executivo perante os tribunais, fiscalizando o cumprimento das leis. As invasões napoleônicas disseminaram o modelo francês.

Portugal trilhou caminho semelhante, centralizando o exercício da jurisdição e atribuindo ao promotor de justiça da Casa de Suplicação o papel de fiscalizar o cumprimento da lei e formular a acusação criminal (Ordenações Manuelinas e Filipinas).

No Brasil Colônia e no Brasil Império as atribuições típicas do Ministério Público foram cumpridas por prepostos do Poder Executivo, com fundamento nas Ordenações portuguesas. A legislação que tratou da composição do Tribunal de Relação da Bahia, em 1609, incluiu o promotor de justiça na composição daquele órgão judiciário. Os Procuradores da Coroa se mantiveram como agentes do Executivo durante o Brasil Colônia e no Império, tendo recebido atribuição de acusação no processo criminal pelo Código de Processo Penal de 1832. Apenas em 1890, com os Decretos 848 e 1.030, do Ministro Campos Salles, é que a Instituição ganhou autonomia e atribuições próprias. A Constituição de 1934 o inseriu como órgão de cooperação

²⁵⁵ Funções posteriormente atribuídas ao Ministério Público foram exercidas pelos *maiaí* no Egito, pelos *éforos* de Esparta, pelos *tesmótetas* gregos, pelos *advocatus fisci* e os *procuratores caesaris* romanos, pelos *saions* germânicos, pelo *procurateur du roi* do direito francês e pelo *vindex religionis* do direito canônico, dentre outras. (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 42-43)

²⁵⁶ O primeiro texto legislativo a tratar do Ministério Público apontado pela doutrina foi a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, na França, complementada em 1670 pela *Ordonnance Criminelle*, que ampliou o campo de atuação do Ministério Público como acusador público. (POLASTRI, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 26)

nas atividades governamentais, delegando à lei federal a organização do Ministério Público da União e às leis locais a organização dos ministérios públicos estaduais. O Procurador-Geral da República era nomeado pelo Presidente e aprovado pelo Senado, sendo demissível *ad nutum*. A Carta de 1937 inseriu a instituição no capítulo do Poder Judiciário, em evidente perda da independência. As previsões da Constituição de 1934 foram retomadas na Constituição de 1946, que agregou garantias à instituição (ingresso mediante concurso público, estabilidade após dois anos e inamovibilidade), mas determinou que os Procuradores da República representassem a União em juízo, criando um hibridismo entre defensor do povo e procurador do Rei. Em 1941 o Código de Processo Penal havia previsto caber ao Ministério Público a titularidade da ação penal e a fiscalização das leis. Já os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 ampliaram o leque de sua atuação enquanto órgão agente e interveniente. A Constituição de 1967 voltou a inserir o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário e manteve os instrumentos de subordinação ao Poder Executivo, relacionados à nomeação e demissão do Chefe da Instituição pelo Chefe do Executivo e defesa dos interesses do Executivo em juízo²⁵⁷.

A Lei Complementar n. 40, de 1981, foi que primeiro definiu o Ministério Público como “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis”, regida pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional. Além disso, dispôs serem suas funções velar pela observância da Constituição e das leis e promover-lhes a execução, além de promover a ação penal pública.

Em 1985 a Lei n. 7.347 disciplinou a ação civil pública e o inquérito civil, prevendo atribuição do Ministério Público para tutelar os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Constituição Federal de 1988 alçou o Ministério Público a uma “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”, sendo regido pelos princípios da “unidade, indivisibilidade e independência funcional” (artigo 127, caput e § 1.º). Para tanto, recebeu várias atribuições, elencadas em seu artigo 129²⁵⁸, que

²⁵⁷ Para uma visão histórica do Ministério Público: GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 74-83.

²⁵⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de

passaram a conviver com o Código de Processo Civil então vigente, que, por sua vez, estabelecia a obrigatoriedade de intervenção em inúmeras demandas. À instituição foram asseguradas autonomia funcional, administrativa e financeira, elaboração de proposta orçamentária, iniciativa de lei e auto-organização (artigo 127, § 3.º e artigo 128, § 5.º, CF).

Este perfil constitucional do Ministério Público foi traçado em um cenário de instituição de um “Estado Democrático Constitucional, resultado da fusão entre Estado Liberal e Estado Social, acrescido das dimensões de direitos difusos e coletivos e da participação dos destinatários finais dos atos de poder na transformação destes atos e na tomada de decisão”²⁵⁹. O projeto democrático instituído pela Constituição Federal não se esgotou na técnica de escolha dos governantes e na definição de formas de expressão da soberania popular. Ele pretendeu “transformar a República brasileira numa sociedade livre, justa e solidária, promotora do bem de todos”²⁶⁰ a partir do desenvolvimento socioeconômico, da erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Ou seja, o Ministério Público foi desvinculado dos demais poderes de Estado, ganhou contorno a partir de suas funções, caráter de essencialidade e permanência e prerrogativas semelhantes aos dos Poderes de Estado²⁶¹. Seus membros receberam garantias até então só deferidas aos Magistrados (artigos 93, I e II, 128, § 5.º, I, 129, § 3.º e § 4.º, CF). Diante da relevância das funções a serem desempenhadas, o constituinte conferiu autonomia à instituição e independência a seus membros, através das garantias e instrumentos assegurados. Inclusive

sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

²⁵⁹ ZANETI Jr., Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 408-409.

²⁶⁰ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 101.

²⁶¹ Rocha e Demercian chamam atenção para o aparente paradoxo do Ministério Público estar inserido no aparato estatal, mas com a função de defesa da sociedade, contra o próprio Estado. Destacam o fato de que, enquanto a Instituição passou de coadjuvante a uma das protagonistas do sistema de justiça no país no âmbito cível, na seara criminal “simultaneamente, exerce parcela de soberania do Estado, através da promoção da ação penal pública e, de outro, tutela interesse difusos, coletivos e individuais homogêneos (que muitas vezes configuram crimes), por vezes processando e investigando o próprio Estado”. Para conjugar todos esses desafios sua forma de agir, especialmente no âmbito criminal, precisa encontrar mecanismos que permitam que a Instituição desenvolva políticas concretas na busca da maximização da eficiência, sugerindo os autores a atuação através de Agências, com suporte do laboratório de jurimetria. (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público Brasileiro: agências e laboratório de jurimetria, **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/338>. Acesso em: 09 mai: 2020)

atos do presidente da República que atentem contra o livre exercício do Ministério Público configuram crimes de responsabilidade (artigo 85, II, CF).

Foi neste contexto que o constituinte originário habilitou o Ministério Público a representar os interesses sociais e os valores democráticos e reconheceu a instituição como um canal para a consecução dos objetivos estratégicos da República brasileira²⁶².

O mesmo constituinte conferiu ao Ministério Público um perfil político-institucional, ao alçar seus membros ao *status* de agentes políticos.

A qualidade de agente político significa a possibilidade de decidir e atuar com independência nos assuntos da sua competência, com ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções²⁶³. Abrange a incumbência de “propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade”²⁶⁴.

A concepção do Ministério Público como agente político advém do exercício exclusivo de uma função de Estado, com liberdade de convencimento, determinada pelo constituinte originário (titular exclusivo da ação penal e independente funcionalmente).

Ainda, o reconhecimento da condição de agentes políticos aos membros do Ministério Público decorre do artigo 158, § 5.º, alínea “c”, da CF, que garantiu a irredutibilidade de subsídio aos membros do Ministério Público, fazendo referência expressa ao artigo 37, inciso XI, também da CF. Este último agrupou os agentes políticos (com menção explícita aos membros dos Poderes, aos detentores de mandato eletivo e aos “demais agentes políticos”) e determinou que sejam remunerados através de subsídio²⁶⁵.

²⁶² GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 90.

²⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 72.

²⁶⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1979. p. 287.

²⁶⁵ Neste sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 73. O autor chama a atenção para o fato do art.37, XI, da CF, relacionar os agentes públicos remunerados mediante subsídio e empregar, ao lado dos membros dos Poderes e dos detentores de mandato eletivo, os “demais agentes políticos”, explicitando, portanto, que existem outros agentes políticos. No caso do Ministério Público, o art.128, §5º., I, “c”, da CF, estabeleceu a remuneração por subsídio, integrando a categoria, portanto, aos agentes políticos. Os integrantes de outras carreiras, como Advocacia Geral da União, Procuradoria dos Estados, Defensoria Pública (art.135, CF), Polícia Federal, Civil e Militar, Corpo de Bombeiros Militar (art.144, §9º., CF) foram chamados de “servidores” pela CF e suas remunerações não foram denominadas subsídio, mas sim “na forma do §4º. do art.39”, ou seja, em parcela única. Também no sentido de o Ministério Público ser agente político: MAZZILLI, Hugo Nigro. A independência do Ministério Público, **Revista dos Tribunais**, v. 729, p. 391, jul. 1996. Outros autores defendem que o agrupamento do art.37, XI, da CF, teve fins apenas remuneratórios e o que caracteriza o agente político é a natureza do vínculo que o liga ao Poder Público (provimento eletivo, função política transitória, de governo e administração), o que excluiria o Ministério Público deste rol. Em sentido semelhante: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 862; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1218-1219; MELLO, Celso Antônio Bandeira de.

Ou seja, enquanto agente político, cabe ao Ministério Público eleger prioridades, escolher o que é o interesse público e fixar estratégias de ação.

Mas é imprescindível conciliar seu *status* de agente político e sua condição de instituição de Estado com atuação republicana.

O Ministério Público é, essencialmente, uma instituição de garantia dos direitos fundamentais, o que significa que o que deve orientar sua atuação é a ideia da tutela dos direitos adequada e justa²⁶⁶. E é, também, uma instituição de acesso à justiça, não apenas no sentido de acesso ao Poder Judiciário, mas de acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito²⁶⁷.

Da forma como estruturado, o Ministério Público brasileiro não encontra correspondência em outros países (confluência de independência, tecnicidade, titularidade exclusiva da ação penal, representatividade da sociedade e integração à estrutura do Estado).

É preciso compatibilizar a característica de agente político com a característica de instituição de defesa de direitos, mantendo a integridade do ordenamento jurídico. Interpretar conjuntamente as características da instituição. Adequar a condição de agente político para instituição de tutela de direitos a partir da manutenção da integridade do ordenamento jurídico e da tutela adequada.

Para esta dissertação, importa compreender o perfil político-institucional do Ministério Público ao lado da sistemática constitucional de resolução de conflitos, do equilíbrio entre a garantia de liberdade dos indivíduos e do dever do Estado de realizar o bem-estar geral e cumprir os deveres e obrigações impostos pela Constituição Federal, dentre eles o direito

Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 252; GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 140; CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 420; FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 380-383. Para essa última autora, o Ministério Público é um agente público com regime especial, inerente ao poder que ocupa.

²⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **Ministério Público.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 409.

²⁶⁷ O acesso à justiça, no caso, se apresenta como *método de pensamento* e transforma o próprio raciocínio jurídico, desvinculando-o de um positivismo que distancia o Estado de seu mister, o Direito de sua efetividade material, para unir a teoria e a práxis, a democracia e a justiça da realidade social. O autor enfatiza a concepção democrática do Direito, que impõe a união “entre teoria e resultado, entre Direito e sua efetividade material... Não há como pensar no Direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não tem sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à Justiça”. (ALMEIDA, Gregóri Assagra de. As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça, **Revista Jurídica Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 1., p. 49-107, a. 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020)

fundamental das vítimas e da sociedade de combate à impunidade²⁶⁸, sem se olvidar do respeito aos direitos fundamentais dos infratores.

Sob esta perspectiva, a mesma Constituição Federal que fundamenta a soberania do Estado para definir sua ordem jurídica (fase legislativa) e implementar sua efetividade (fase de aplicação das consequências jurídicas a quem descumprir o ordenamento posto) erigiu o Ministério Público à instituição de garantia de direitos fundamentais, de acesso à justiça e seus membros a agentes políticos, conferindo a ele a última palavra na realização da persecução criminal, além de lhe conferir legitimidade para defesa dos direitos difusos e do próprio regime democrático e do ordenamento jurídico. O Ministério Público atua, portanto, na fase de aplicação das consequências jurídicas a quem descumprir o ordenamento posto.

E esta atuação foi exercida predominantemente, até hoje, através de soluções adjudicadas perante Poder Judiciário, o que culminou com a situação constatada no item 1.1 (inchaço e ineficácia da resposta estatal).

Este tipo de atuação é denominada pela doutrina como demandista, em contraposição à atuação resolutiva. Naquela, a instituição transfere para o Poder Judiciário a resolução dos conflitos, enquanto nesta a instituição prioriza a solução direta das questões, no plano extrajudicial²⁶⁹.

Na perspectiva do direito punitivo, essa característica de agente político demanda do Ministério Público a eleição de prioridades²⁷⁰ e a identificação da tutela adequada para os

²⁶⁸ Dever este evidenciado pela própria inclusão, no rol do art. 5.º da CF, da previsão da ação penal privada subsidiária da pública. O Estado Democrático de Direito envolve, portanto, a compatibilização da preocupação de se evitar a condenação de inocentes com a ideia de que quem pratica o crime deve ser punido. Isso repercute nas soluções consensuais no direito punitivo, na medida em que exigirão, sempre, a reparação do dano à vítima, a partir da compreensão de que a vítima é, na verdade, o titular do direito de punir, transferido ao Estado para civilizar o castigo. (FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade, **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 14, p. 149-162, a. 2018. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/386/340340380>. Acesso em: 07 mai. 2020.

²⁶⁹ Para o que interessa a este estudo, atuação demandista na seara criminal abrange um agir preponderantemente individual, com combate pontual dos crimes cometidos, a partir do oferecimento de denúncias fundamentadas nos levantamentos recebidos da polícia de investigação. No âmbito dos ilícitos não penais, o inquérito civil se resume a reunir elementos de investigação aptos a fundamentar o ajuizamento das ações correlatas perante o Poder Judiciário. Já a atuação resolutiva demanda a assunção da iniciativa e direção das investigações, atuação em rede com os demais legitimados e priorização da solução direta das questões (procedimentos investigatórios criminais e inquéritos civis deixam de ter o foco exclusivo de reunião de elementos de informação sobre o fato ilícito e seu autor para se transformarem em instrumento de resolução de casos, inclusive pela via negocial). Em sentido semelhante: GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 201-203.

²⁷⁰ Como visto no item 1.1, atualmente quem faz o filtro político criminal daquilo que é ou não investigado é a Polícia Civil, em grande parte dos casos, constatação que decorre do ínfimo volume de Boletins de Ocorrência que se transformam em inquérito policial. Além disso, ainda que esta pesquisa não tenha conseguido dados empíricos sobre como tem início a maior porcentagem dos processos criminais, quem atua no dia a dia forense não tem dúvida que a grande parte das denúncias decorre de autos de prisão em flagrante, o que sugere que

direitos envolvidos, caso a caso. E, uma vez constatado que o sistema de justiça não tem capacidade para investigar e punir de forma eficaz todos os casos criminais e de improbidade administrativa, um dos papéis fundamentais da atuação do Ministério Público neste contexto é exatamente a possibilidade de escolher a melhor estratégia de atuação a fim de alcançar uma efetividade na tutela dos direitos.

Neste contexto, os acordos firmados com infratores, no âmbito do direito punitivo, representam mais uma alternativa de tutela a ser avaliada, e não a única alternativa. Tais acordos são também expressão do poder estatal, consubstanciado na aplicação da consequência jurídica que se mostrou mais adequada ao caso concreto, diante do descumprimento daquela norma. Visto de outro ângulo, são a concretização da atuação do Ministério Público enquanto instituição de acesso à justiça (à ordem jurídica justa) na solução daqueles conflitos.

Perim chama atenção para o fato de que a atuação resolutiva não significa que as alternativas para afastar a jurisdição devem ser buscadas indefinidamente, mas sim que é preciso eleger a melhor estratégia com vistas a otimizar resultados. Ou seja, analisar a tipologia da atuação, a norma legal aplicável e o caso concreto, a fim de saber se a solução extrajudicial representa a forma mais eficaz, em detrimento da atuação judicial²⁷¹.

Atuação resolutiva exprime, portanto, a identificação da tutela adequada e efetiva dos direitos. E é exatamente a compreensão da função política do Ministério Público que autoriza a conclusão no sentido de que a instituição recebeu poderes constitucionais para identificar a tutela adequada mesmo no âmbito do direito punitivo. Concluir pela possibilidade de atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo decorre, portanto, da formatação dada à instituição pela Constituição Federal.

Enquanto instituição de garantia dos direitos difusos, deve o Ministério Público verificar a conveniência e a necessidade dos métodos disponíveis e seus reflexos na tutela adequada, tempestiva e efetiva desses direitos. Para o que interessa a esta pesquisa, a probidade administrativa é direito difuso por excelência, exigência fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro²⁷².

No âmbito penal, o Ministério Público é agente político de manifestação soberana do Estado quanto ao exercício da ação penal. Significa que cabe a ele constatar a existência de

quem de fato investiga o crime hoje no Brasil é a Polícia Militar (pelo menos no que diz respeito ao maior volume processado nas Varas Criminais).

²⁷¹ PERIM, Maria Clara Mendonça. A resolutividade da atuação judicial do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais: um desafio de gestão. In: SILVA, Rodrigo Monteiro (Coord.). **O Ministério Público e a Constituição Federal**: 30 anos de vigência do novo pacto de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 311.

²⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 452.

interesse processual para acionar o Poder Judiciário, imprescindível para imposição da coerção indireta²⁷³, ou optar pela pactuação de um acordo com o infrator, caso esta opção se apresente como tutela mais adequada e autorizada pelo ordenamento jurídico.

Demonstrados os fundamentos que habilitam o Ministério Público a negociar no âmbito do direito punitivo, importante pesquisar os parâmetros da negociação, tentar encontrar uma unidade, uma garantia, para além da vontade individual de cada membro. Isso porque, como dito, não existe um salvo conduto para cada um dizer o que é o interesse público sem outros critérios. Não é possível que cada integrante da instituição entre em uma negociação como se estivesse fazendo uma barganha, isso geraria uma bagunça sistêmica e uma grande insegurança jurídica, além de não refletir uma atuação republicana.

O que irá legitimar a atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo é a tutela adequada dos direitos envolvidos e o estabelecimento de critérios de negociação dentro do ordenamento jurídico, como será exposto no próximo item.

3.2 Possibilidades sancionatórias na atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo

Necessário alinhar as premissas estabelecidas no decorrer do estudo de modo a alcançar, junto com outras premissas complementares, alguma contribuição pragmática para o tema proposto.

A Constituição Federal consagrou dois sistemas internos de acesso à justiça: por adjudicação perante o Poder Judiciário e pela via consensual. A solução consensual deve ser priorizada, inclusive no âmbito do direito punitivo (penal e não penal, entendido “não penal” aqui como Lei 8.429/1992 e Lei 12.846/2013), caso se apresente como tutela adequada do bem jurídico envolvido e haja consentimento do infrator para enfraquecer posições jurídicas de direito fundamental suas.

A Constituição Federal não erigiu a imposição de sanção (penal ou não penal) pelo Estado ao infrator como única opção de responsabilização diante da prática do ilícito (penal ou não penal). O que ela exige é que haja resposta estatal, isto é, aplicação de consequências jurídicas a quem descumprir o ordenamento jurídico (jurisdição inafastável, mas não obrigatória).

²⁷³ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 88-89.

Se a situação fática evidenciar a solução adjudicada perante o Poder Judiciário como melhor estratégia com vistas a otimizar resultados ou se não houver consentimento do infrator, a via utilizada para resposta estatal será o processo judicial (ao final, com imposição da sanção penal ou não penal, inclusive coercitiva).

Quem decide se a solução adjudicada perante o Poder Judiciário é a tutela adequada ou não é o Ministério Público, agente da soberania estatal que detém a última palavra na realização da persecução criminal, instituição de acesso à ordem jurídica adequada, efetiva e justa e instituição de garantia dos direitos difusos (dentre eles o direito à probidade administrativa). Mas para tomar essa decisão o Ministério Público está inserido em um contexto que demanda o zelo pelo ordenamento jurídico (atuação republicana).

Entretanto, essa decisão não é uma escolha política livre, afinal o Brasil é um Estado Democrático de direito, que não convive com poderes sem limites e sem controles. Existe uma proscrição de arbitrariedades. Por isso a questão é assegurar que a instituição utilize esse poder de modo adequado.

Diante das premissas, o primeiro ponto a ser analisado quando se fala em atuação negocial do Ministério Público no âmbito do direito punitivo é a definição do ramo sancionador que envolve o acordo, se penal ou não penal (aqui, no recorte das Leis 8.429/1992 e 12.846/2013), já que possuem naturezas jurídicas distintas (penal e direito administrativo sancionador), o que irá impactar nas garantias individuais a serem observadas e na solução possível diante do descumprimento do acordo.

Para formação da pena (criminal, portanto), a Constituição Federal exigiu demonstração de culpa através de solução adjudicada pelo Poder Judiciário (art. 5.º, LVII, CF). E, tal como regulamentado atualmente (legislação infraconstitucional), o processo penal exige apresentação de denúncia perante o Poder Judiciário, seguida de instrução probatória e julgamento de mérito. Ou seja, só existe pena através de solução adjudicada, que, pela regulamentação atual, demanda confronto probatório judicial²⁷⁴.

Significa que não é possível que Ministério Público e infrator negociem pena criminal (com ou sem retirada do direito ao confronto probatório em juízo).

²⁷⁴ Este o conteúdo do devido processo legal para formação de culpa e pena criminal. Não há na Constituição Federal, entretanto, “exigência de que a prolação de provimento jurisdicional derive, sempre e sempre, de confronto probatório em juízo”. O confronto probatório em juízo é direito inafastável do infrator e conteúdo mínimo que deriva do contraditório, mas “não é cláusula indisponível, tampouco essencial do devido processo legal”, que é, afinal, aquele definido em lei. (SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 172)

No âmbito criminal, portanto, a atuação negocial do Ministério Público com o infrator envolve a pactuação de condições, sanções e equivalentes jurisdicionais da pena, com natureza jurídica obrigacional. Se não forem cumpridas ensejarão oferecimento de denúncia (solução adjudicada).

Mesmo na consensualidade de colaboração, na qual o Estado oferece prêmios para estimular a obtenção de meios de prova de ilícitos de difícil investigação, a negociação do Ministério Público com o infrator não envolve aplicação de penas. O acordo pode sugerir as penas, mas quem o homologa e, ao final da instrução, profere a sentença que impõe a pena é o Poder Judiciário (sindicabilidade do acordo na fase de homologação e eventual imposição das penas na fase da sentença condenatória, se for o caso de condenação do infrator).

No âmbito do direito administrativo sancionador (para esta pesquisa, no recorte das Leis 8.429/1992 e 12.846/2013), o que a Constituição Federal exigiu para aplicação coercitiva das consequências jurídicas do ilícito ao infrator é que isso ocorra através do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF: devido processo legal, no caso, é aquele definido pelo legislador nas Leis 8.429/1992 e 12.846/2013). Mas a CF não exigiu que a sanção aplicada seja fruto de solução adjudicada judicial ou mesmo de confronto probatório judicial.

Significa que, neste caso, a mesma sanção que seria aplicada através da solução adjudicada judicial pode ser aplicada através da solução consensual, caso haja consentimento do infrator e aquela via se revele a mais adequada como forma de resposta estatal.

É dizer que a solução consensual no direito administrativo sancionador (Leis 8.429/1992 e 12.846/2013) não irá abranger condições (obrigações) alternativas e, em caso de descumprimento, ensejar ajuizamento do processo judicial respectivo. A solução consensual irá pactuar as sanções (as mesmas previstas na lei para aplicação via solução adjudicada judicial). Em caso de descumprimento, o Ministério Público irá executar o acordo (sem necessidade de formação de culpa através de processo judicial a ser instaurado).

Isso não significa que haverá sancionamento do infrator sem prévia formação de culpa. E nem que o Ministério Público se transformou em inquisidor (investiga, acusa, fixa a pena e executa). Significa que a formação de culpa necessária para o sancionamento decorre da prévia apuração dos fatos e do consentimento do infrator, coroados no acordo. É precisamente a característica do acordo (fundamentação e controle) que irá assegurar a juridicidade desta opção, sem que se viole a presunção de inocência e o contraditório²⁷⁵.

²⁷⁵ A Resolução n. 1.193/2020-CPJ, de 11/03/2020, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo, tratou de forma conjunta o acordo de não persecução cível que abranja pactuação de pura reprimenda e pactuação de colaboração. A Resolução condicionou a eficácia do acordo à sua homologação

A presunção de inocência “impõe, sem que ocorra a comprovação de culpa em juízo, o atendimento às garantias de tratamento, de garantia e probatória em favor do acusado”²⁷⁶.

Como regra de tratamento processual, a presunção de inocência exige que o fato tenha sido investigado e esteja evidenciado pelos elementos de informação. O Ministério Público terá formado sua opinião sobre a ilicitude (ocorrência do fato e definição da responsabilidade dos infratores). A finalidade do acordo (e aqui estamos tratando do acordo de pura reprimenda) não é suprir deficiência na investigação, mas sim oferecer uma via interessante para solução do conflito tanto ao Ministério Público (adequação, celeridade e efetividade) quanto ao infrator (dentro de sua ampla liberdade de concluir pela opção que lhe convém, inclusive de participar e influenciar na cominação das sanções advindas do ilícito praticado, bem como de ter prévia ciência e anuir com o tipo e a extensão das sanções aplicadas).

Como regra de garantia da presunção de inocência, importante constatar que é o consentimento do infrator, acompanhado de defesa técnica, que autolimita seu direito ao confronto judicial das provas que conduziriam à formação de culpa na sentença. Não há imposição do Ministério Público. O infrator, assistido por defesa técnica, consente em não

pele Conselho Superior do Ministério Público e vedou a submissão de acordos celebrados na fase pré-processual à homologação judicial. Estas duas últimas limitações podem impactar negativamente a atuação negociadora do Ministério Público e o bom êxito das tratativas. Se a legislação ordinária não condiciona a eficácia do acordo à homologação do CSMP, e nem mesmo à homologação judicial, nos parece que a variedade de situações concretas que podem ensejar soluções negociadas recomenda a inexistência de normatizações rígidas sobre a obrigatoriedade ou a proibição de se homologar o acordo desta ou daquela forma, em absolutamente todas as situações. A Resolução estabeleceu, ainda, que o descumprimento do acordo deve ensejar a execução do título. Seu artigo 3º. previu que “nos casos em que a conduta ímproba imputada se subsumir às hipóteses de inelegibilidade, nos termos da alínea “I”, do inciso I, do art.1º. da Lei Complementar 64/1990, não será admitido o acordo que afaste os efeitos nela previstos”. Neste caso, eventual homologação judicial poderia conduzir a uma heterovinculação do acordo, de forma a alcançar terceiros e auxiliar sua posterior execução. A Resolução n. 01/2020, de 05/02/2020, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Pernambuco, também tratou de forma conjunta os acordos de pura reprimenda e de colaboração, no âmbito da improbidade administrativa. Tal qual a Resolução paulista, condicionou a eficácia do acordo tomado na fase pré-processual à homologação do Conselho Superior (§15 do art.6º.). O §3º de seu art.4º. previu o encaminhamento de cópia do acordo para outros órgãos da Administração Pública, visando o cumprimento de exoneração pactuada. Nos parece que a vinculação de terceiros (mesmo órgãos da Administração Pública) ao acordo pactuado entre Ministério Público e infrator melhor se ajusta a uma homologação judicial do acordo. Por fim, o inciso III do art.9º da Resolução prevê que, em caso de descumprimento, “será instaurado Inquérito Civil referente aos atos e fatos incluídos no acordo, ou ajuizada ou dado seguimento a ação civil pública correlata, sem prejuízo da utilização das informações prestadas e dos documentos fornecidos pelo compromissário responsável pelo descumprimento do Acordo de Não Persecução Cível”. Como defendido acima, o acordo de pura reprimenda, no âmbito da improbidade administrativa, abrange a pactuação das próprias sanções previstas na lei, e não de obrigações correlatas. Deve incluir reconhecimento de culpa e renúncia ao confronto probatório judicial. Se descumprido deve ser executado (neste caso, para alcançar a execução perante terceiros deve ser homologado judicialmente). Por isso a previsão de que eventual descumprimento deve gerar ajuizamento ou continuidade da ação judicial de improbidade administrativa parece não encontrar respaldo no princípio da eficiência e na liberdade de pactuação das cláusulas.

²⁷⁶ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: _____; SOUZA, Renee do Ó; SANCHES, Rogério. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 174.

exercer o debate em juízo sobre a procedência da imputação, admitindo, depois de ter acesso a todos os elementos de informação reunidos no procedimento, o ilícito (confessa), porque aquela opção lhe interessa (é imprescindível que ele tenha condição de analisar qual a melhor estratégia lhe convém)²⁷⁷. A exigência da confissão circunstanciada para pactuação do acordo, portanto, se ajusta a uma perspectiva garantista, serve para dar credibilidade e segurança aos atores do sistema de justiça, já que evidenciará que o Ministério Público está fazendo o acordo com quem realmente praticou o ilícito (assegura que a instituição não faça acordo com inocentes). Contribuirá, também, para eventual escrutínio judicial posterior sobre a voluntariedade do infrator, sendo recomendável o registro das tratativas e da confissão.

Por fim, sob a perspectiva de garantia probatória, também não há violação da presunção de inocência. No que se refere às partes, o ônus da prova do fato e da autoria continua com o Ministério Público e será demonstrado ao infrator mediante o acesso aos elementos de informação, para propiciar que ele tenha condições de decidir qual a melhor estratégia de defesa. Enquanto regra de julgamento sobre os fatos (*standard* probatório exigido para se considerar os fatos como provados), de fato o acordo irá flexibilizar esta faceta da presunção de inocência, mas por opção (escolha informada) do infrator, dentro de sua liberdade de autorregramento para definir qual a melhor opção na solução daquela causa, acompanhado sempre de defesa técnica.

Já o contraditório também não estará violado porque o acordo demanda, além da ciência do infrator sobre todos os elementos de informação reunidos pelo Ministério Público, sua possibilidade de reação, que, no caso, se dará na forma de participação na formação do ajuste. A dialeticidade do acordo confere legitimidade a esta forma de resposta estatal frente ao ilícito praticado. Exatamente porque esse tipo de acordo gera possibilidade de execução posterior, a postura do membro do Ministério Público deve ser a de oportunizar a efetiva participação da defesa na formação do ajuste (o que é diferente de assegurar a participação da defesa na investigação: a investigação continua sendo presidida pelo Ministério Público; o procedimento não se transforma em um confronto probatório extrajudicial; o que se oportuniza é a possibilidade da defesa de participar da pactuação das cláusulas e de recusar a via consensual,

²⁷⁷ Para definir a estratégia que melhor lhe convém, a defesa precisa saber quais os elementos de informação existem em seu desfavor, o que é diferente de participar da investigação. A investigação terá sido presidida pelo Ministério Público. A defesa pode apresentar elementos de informação e inclusive indicar evidências que demonstrem alteração da realidade fática apurada pelo Ministério Público (e isso obviamente influenciará na formação do convencimento do Promotor de Justiça). Mas quem decide se já há elementos de informação suficientes para se concluir sobre a certeza da ocorrência do fato e seus responsáveis é o Ministério Público. A negociação não exclui o caminho do processo judicial. Caso discorde da conclusão do Ministério Público bastará ao infrator não consentir com a solução negocial e exercer seu direito ao confronto judicial dos elementos de informação.

sem nenhum prejuízo oriundo desta opção, caso opte pelo confronto probatório judicial). Nada impede que o Ministério Público oportunize a possibilidade de reação ao infrator na forma de produção probatória extrajudicial. Mas isso será medida discricionária sua, caso importante para formação de seu convencimento. Se a finalidade do acordo é exatamente alcançar a solução célere e efetiva da causa, não parece ter sentido transpor o confronto probatório judicial para a fase extrajudicial, sob pena de se perder a finalidade da medida. A construção dialógica do acordo, no caso, aliada ao consentimento do infrator por aquela opção, evidenciam não haver óbice constitucional à medida, por violação ao princípio do contraditório.

Ainda no âmbito direito administrativo sancionador (Leis 8.429/1992 e 12.846/2013), sob a perspectiva de um acordo de colaboração, sua finalidade será alavancar a investigação (meios de prova, seja daqueles fatos, seja de novos fatos) e recuperar os valores desviados (art. 16, I e II e §§ 3.º e 4.º da Lei 12.846/2013). O acordo não se presta, portanto, exclusivamente para recuperação de ativos ou muito menos para mera implantação de programas de integridade. Ele tem duplo escopo definido expressamente na Lei 12.846/2013. De forma reflexa, oportuniza à empresa resolver seu problema com o Estado e minorar os danos, com objetivo de prosseguir na sua atividade. Por mais que a recuperação interesse ao Estado, a lei impõe que o acordo também sirva para obtenção de meio de prova dos fatos ilícitos, sob pena de ser utilizado até mesmo para “lavar” o dinheiro da corrupção.

A recuperação dos valores desviados pode alcançar dificuldades importantes nas hipóteses nas quais não se tem dimensão exata do dano. Isso diante do desafio de se compatibilizar o *timing* do acordo de leniência (solução de questões objetivas para empresa prosseguir em suas atividades) com o ressarcimento integral do dano.

Hipótese bastante comum é aquela na qual a pessoa jurídica entrega um volume de informações muito grande relacionado a determinado esquema de corrupção e revela não possuir prova total da propina. O Estado por óbvio tem interesse na recuperação daquele valor, mas precisa se resguardar de que o acordo, neste caso, não será utilizado como refis da corrupção. Usualmente a opção encontrada pelos órgãos de controle tem sido a pactuação do acordo, com obtenção do maior número possível de informações e maior ressarcimento ao Estado. A Controladoria Geral da União tem trabalhado com uma espécie de “adiantamento do ressarcimento”, resultado do somatório do dano (propinas e dano incontroverso - aquele julgado definitivamente pelo TCU ou confessado pela empresa, seja por superfaturamento em razão de sobrepreço ou inexecução contratual) com o enriquecimento ilícito (por exemplo, em contratos pactuados mediante propina, retira-se do valor recebido pela empresa seus custos legítimos e considera-se o restante obtido mediante fraude). O Decreto 8420/2015 especifica a forma como

o cálculo é realizado. Eventual auditoria posterior do Tribunal de Contas da União e apuração de uma diferença a maior possibilita a cobrança futura (dentro da ideia de que o ressarcimento integral não é condição para o acordo, mas imposição legal que possibilita cobrança futura)²⁷⁸.

A adoção da técnica do “adiantamento do ressarcimento” no acordo de leniência, com expressa referência à ausência de quitação e à possibilidade de cobrança posterior de eventual valor apurado a maior parece ser a opção que melhor se compatibiliza com a exigência constitucional e ressarcimento integral do dano.

A lei não prevê homologação judicial, mas apenas revisão hierárquica, do ponto de vista da Administração Pública. No âmbito do Ministério Público, a pactuação será submetida a controle pelos seus órgãos internos de revisão e, no que se refere às pessoas físicas envolvidas, a utilização dos parâmetros da Lei 12.850/2013 para ajuste das sanções confere maior segurança jurídica e isonomia à atuação do Ministério Público (até mesmo pela grande possibilidade de o fato ser também tipificado criminalmente).

Feitas essas considerações, evidenciada está a importância de se ter clareza quanto à área do direito punitivo abrangida no acordo (penal ou administrativa sancionadora) e à natureza jurídica do acordo (pura reprimenda ou colaboração), dado o impacto que isso terá na abrangência das cláusulas possíveis e na providência a ser tomada em caso de descumprimento.

Ultrapassado este ponto, passa-se a alinhar, em formato de premissas, as possibilidades sancionatórias na atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo, dentro do que já foi analisado no decorrer deste estudo, de modo a alcançar alguma contribuição pragmática para o tema proposto.

A primeira premissa adotada é no sentido de que os acordos do Ministério Público com o infrator no direito punitivo possuem natureza de negócios jurídicos (em regra processuais, porque possuem aptidão para refletirem em processos judiciais, ainda que futuros e, em alguns casos, eventuais). Exatamente por serem negócios jurídicos pressupõem voluntariedade dos envolvidos e envolvem cedências recíprocas. A consequência é a impossibilidade de se obrigar o infrator a pactuar um acordo ou o Ministério Público a oferecê-lo. Não existe, portanto, direito subjetivo do infrator à pactuação do acordo. A avença reflete a tutela mais adequada para solução daquele caso concreto, sob uma perspectiva de atuação resolutiva do Ministério Público. E quem analisa a melhor estratégia com vistas a otimizar os resultados é o Ministério

²⁷⁸ Neste sentido os valerosos debates travados por ocasião do Seminário Acordos Substitutivos de Sanção, realizado em 25/10/2019, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP, com apoio do MPF/SP. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UA2vtysakVQ>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Público (item 2.3)²⁷⁹. Conforme as especificidades do caso, a solução adjudicada perante o Poder Judiciário pode se mostrar a forma mais eficaz de solução da controvérsia (3.1).

Exatamente porque será preciso analisar qual é a tutela adequada daquele direito difuso no caso concreto, e porque entre a previsão legal e a prática do ilícito vem sempre a interpretação, é muito difícil pensar em soluções absolutamente idênticas, tanto no que se refere à hipótese fática quanto no que se refere à individualização da sanção para a característica pessoal daquele infrator. Afinal, a determinação constitucional de proporcionalidade e individualidade da pena devem nortear também os benefícios pactuados. Da mesma forma como não é possível obrigar o Ministério Público a ofertar o acordo, o infrator não poderá sofrer prejuízos pela não aceitação do acordo caso opte por exercer todas as garantias processuais perante um processo judicial.

A forma de compatibilizar a obediência a um dever de coerência, por parte do Ministério Público, no sentido de atuar de modo universalizável, se pautando de forma similar em situações semelhantes, com a ausência de direito subjetivo dos infratores ao acordo, será através da fundamentação de sua decisão de não oferecimento do acordo e controle de tal decisão, através de instância revisora (artigo 28 do CPP ou Conselho Superior do Ministério Público/Câmara de Revisão).

A segunda premissa, portanto, decorre da primeira e exige do membro do Ministério Público a adoção de fundamentação constitucionalmente adequada tanto para justificar a recusa do acordo quanto para, escolhida a via consensual, justificar a adoção das sanções que constam das cláusulas. É direito do infrator que o Ministério Público atue de forma fundamentada, de forma controlada e de modo universalizável.

A legitimação do agir do Ministério Público no espaço da consensualidade vem em grande parte da fundamentação da juridicidade utilizada por seus membros. Suas atuações devem estar em consonância tanto com o ordenamento jurídico quanto com o planejamento estratégico, como será visto no item seguinte.

Se existe uma diretriz constitucional de solução pacífica, um planejamento estratégico, meta e normatizações, em regra o membro está vinculado a esta solução. É preciso utilizar um ônus argumentativo para se desvincular da diretriz constitucional, ou seja, fundamentadamente explicitar as razões pelas quais o caso concreto deve receber tratamento diverso. E tal decisão

²⁷⁹ Neste sentido a jurisprudência pacífica sobre a recusa do oferecimento de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, já transcrita quando da menção aos institutos no item 2.3. O registro que se faz é que a recusa para pactuação deve ser devidamente motivada pelo membro do Ministério Público.

será objeto de controle pela instância revisora. Neste aspecto, o infrator tem direito subjetivo a que seja apreciada a hipótese de solução consensual e, caso negada, o seja através de decisão fundamentada com possibilidade de revisão institucional.

Zaneti Jr. relembra que a lei (compreendida, neste ponto do trabalho, em sua acepção genérica) não é avaliativa e a interpretação jamais é neutra. Em sua tarefa de compreender o direito, o intérprete deve utilizar o modelo de interpretação realista (texto e norma não se confundem; existe uma escolha interpretativa), moderada (que abranja a revisão da legislação, da doutrina e dos precedentes) e responsável (comprometida em manter a estabilidade, a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, com obediência aos precedentes fixados). Os parâmetros do art. 489, § 1.º, do CPC demandam a observação, ainda, do controle do excesso de linguagem e da abstração na argumentação jurídica, do controle da omissão do intérprete na análise dos fundamentos das partes capazes de alterar a decisão (no campo da solução consensual, deve o membro apreciar eventuais elementos de informação trazidos pelo infrator ou alegações por ele formuladas) e do controle da aplicação ou não aplicação dos precedentes²⁸⁰.

Em um Estado Democrático de Direito nenhuma instituição está imune ao controle. É preciso evitar arbitrariedades e abusos. E a forma de assegurar que o poder negocial do Ministério Público para alcançar a tutela adequada dos direitos esteja sendo exercido de maneira apropriada (inclusive quando não cumpridos os planos de atuação e as metas fixadas) é através da verificação da fundamentação utilizada e sujeição à revisão.

Além da fundamentação adequada, a necessária correção na condução dos ajustes que ensejaram o pacto sugere que se registrem-nos. A filmagem das tratativas mantidas entre o Ministério Público e o infrator é medida que se impõe, portanto, por um dever de transparência. Esse registro irá demonstrar o conhecimento do infrator sobre os elementos de informação existentes e sobre a imputação deduzida em seu desfavor; o acompanhamento imprescindível de defesa técnica nas negociações; o eventual fornecimento de outros elementos trazidos pelo próprio infrator para ciência do Ministério Público; a participação dialógica do infrator e do membro do Ministério Público na pactuação das cláusulas, a partir das especificidades do caso concreto e também da situação pessoal do infrator; e, ainda, o consentimento do infrator na autolimitação de posições jurídicas de direitos fundamentais isento de coações e fruto de uma decisão informada.

²⁸⁰ ZANETI JR., Hermes. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 58, 64, 119-120.

Identificada que a tutela adequada para o caso concreto é a pactuação do acordo, a terceira premissa é a de que a solução negociada do Ministério Público com o infrator no âmbito do direito punitivo demanda um processo dialógico, a ser conduzido com a participação do infrator e de sua defesa técnica. O acordo não é um contrato de adesão e o infrator não é notificado para se submeter a ele. O infrator deve efetivamente participar do delineamento das cláusulas. E essa participação não se resume a reconhecer o ilícito praticado e a aceitar a imposição de todas as sanções já construídas pelo Ministério Público. Nenhuma das partes deve se portar de forma antagônica ou maliciosa.

É preciso uma mudança de cultura dos atores envolvidos, já que estão todos treinados para o debate e esperam existir um vitorioso e um derrotado, dado o histórico de utilização quase exclusiva da solução adjudicada judicial no Brasil. A mudança de paradigma alcança tanto a ideia de que no final não haverá um ganhador e um perdedor quanto o desejável respeito, *a priori*, ao acordo firmado por outros legitimados, inclusive quem não tenha participado direto do acordo originário.

A noção de que não há vencedor e derrotado impacta os membros do Ministério Público a fim de que negociem sem a expectativa desconectada da adequação da tutela (no sentido de pactuarem todas as sanções cominadas em suas densidades máximas) e impacta os infratores a fim de reconhecerem o ilícito e cooperarem para o êxito daquela solução, seja no que se refere à autolimitação de posições jurídicas de direitos materiais, seja no efetivo cumprimento do que foi pactuado - presumindo-se, claro, que o infrator optou também pela via consensual, já que nenhum prejuízo lhe pode advir da opção pela solução adjudicada²⁸¹.

Até mesmo em decorrência da premissa anterior, a construção das cláusulas adequadas à solução daquele conflito demanda a interpretação do ordenamento jurídico e seu ajuste às peculiaridades do caso. O processo consensual é um espaço de resolução de conflitos que reflete a democratização de um método de aplicação de consequências jurídicas a quem descumpriu

²⁸¹ Para que não haja dúvida: cabe ao Estado investigar o ilícito e sua autoria. A opção pela solução consensual é posterior à formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público e presume o interesse do infrator em resolver a situação pelo método consensual. Não se está a exigir cooperação do infrator para desonerar o Estado na elucidação do ilícito. Neste contexto, o que se espera dos pactuantes são comportamentos objetivos para com o processo, que potencializem o objetivo comum de firmar o acordo. Exclusivamente no âmbito da consensualidade de colaboração, o próprio infrator pode demonstrar interesse em fornecer elementos de prova ao Ministério Público em troca de obter benefícios que não alcançaria se assim não procedesse (nesta hipótese pode ainda não haver *opinio delicti* do Ministério Público sobre o fato praticado pelo infrator). Zaneti Jr. reconhece que “esse novo paradigma está em formação; todas as passagens culturais e políticas exigem adaptações profundas que alteram a própria cultura dos operadores do direito; nossa tradição jurídica está sofrendo um processo de democratização a partir da seguinte premissa comum de origem constitucional: o processo não serve apenas ao processo, mas para a tutela das pessoas e para tutela dos direitos.” (ZANETI JR., Hermes. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. p.30)

uma norma jurídica, propiciando a participação efetiva daquele que se sujeitará ao cumprimento da sanção, de forma consentida. Aplica-se a lógica do modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC²⁸², no que se refere à postura das partes ser de convergência (antagonismo potencial e convergência para a finalidade de chegarem a um consenso que permita a solução daquela forma)²⁸³.

A quarta premissa é no sentido de que a reparação ou recomposição do dano advindo do ilícito praticado não é, tecnicamente, uma sanção (ainda que eventualmente nominada desta forma, seja pela legislação, seja por parte da doutrina). A responsabilização calcada no referencial de reparação visa ao retorno da situação fática ou jurídica ao *status quo ante*, o restabelecimento do cenário que havia antes da prática do ilícito. Ela trabalha com a ideia do adágio francês “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”, ou seja, reparação integral de todo o dano e não mais que o dano. Nesta seara de responsabilização se incluem a obrigação de ressarcir ou indenizar o dano causado à vítima e a perda do produto ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito (direito ou indireto) auferido pelo infrator derivado do fato ilícito.

Salta aos olhos que o acordo do Ministério Público com o infrator que abranja a reparação ou a recomposição do dano não importa no enfraquecimento de uma posição jurídica de direito fundamental do infrator nem enseja a aplicação de um mal por causa da conduta ilícita, por isso não é considerado um equivalente funcional de uma sanção. Exatamente porque não configura sanção, mas apenas retorno ao estado anterior ao ilícito, é que não há espaço para

²⁸² Ao discorrer sobre a ideia do modelo cooperativo de processo, Cunha ensina que “a constitucionalização do direito, a consolidação da ideia de que princípio é norma, a adoção da técnica legislativa de uso de termos indeterminados e de cláusulas gerais contribuíram para importância da linguagem e da argumentação na metodologia do direito, consolidando a necessidade de se aumentar o debate para a construção da regra adequada à solução da controvérsia. [...] Ao lado disso, fortaleceu-se a imagem do Estado Democrático de Direito, que exige participação dos sujeitos que estão submetidos a decisões a serem tomadas sobre situações que lhes digam respeito. A doutrina passou, então, a defender a comparticipação dos sujeitos processuais – aí incluídas as partes – na construção da decisão que deva solucionar os casos submetidos ao crivo judicial”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 57)

²⁸³ Mendonça sumariza as principais distinções entre o (i) modelo litigioso e o (ii) modelo consensual de solução de controvérsias, comparando as características de ambos relacionadas ao: princípio fundamental: (i) devido processo legal x (ii) devido processo consensual, baseado na autonomia da vontade, na eficiência, na lealdade e na boa-fé objetiva; modelo: (i) publicista x (ii) publicista, com resgate à autonomia da vontade; princípio da legalidade: (i) legalidade estrita x (ii) legalidade combinada com autonomia da vontade (desde que com medidas de garantia – *safeguards*); função do juiz: (i) maior protagonismo na condução do processo x (ii) função fiscalizatória, com protagonismo das partes; postura das partes: (i) antagonismo x (ii) convergência (antagonismo potencial apenas); postura do imputado: (i) não pode ser obrigado a cooperar, direta ou indiretamente x (ii) compromete-se a cooperar; possibilidade de acordos processuais e penais: (i) excepcional, apenas nas hipóteses expressamente previstas x (ii) mais ampla, nos âmbitos delimitados pelo sistema (MENDONÇA, Andrey Borges. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 73)

uma efetiva transação. O dever de recomposição do *status quo ante* deve ser adimplido em sua integralidade pelo infrator, resumindo-se o consenso aos aspectos periféricos do cumprimento de sua obrigação de reparar o dano (prazos e forma de cumprimento, por exemplo).

Especificamente na consensualidade de colaboração, é possível pactuar medidas premiais de forma que o infrator permaneça com parte dos bens ou dos valores auferidos com a prática do delito, como medida compensatória do dever do Estado lhe assegurar meios de subsistência (dever imposto no art. 5.º, I, da Lei 12.850/2013 e art. 7.º da Lei 9.807/1999). O objetivo da medida é isentar o Estado deste dever. Seu fundamento decorre do compromisso do Estado brasileiro de “reduzir”/“mitigar” a pena dos colaboradores, abrangendo este compromisso a possibilidade de abrandamento das consequências do crime, no que se refere aos seus efeitos patrimoniais (art. 26.2 da Convenção de Palermo e art. 37.2, “c”, da Convenção de Mérida)²⁸⁴.

A quinta premissa é a de que o acordo firmado entre o Ministério Público e o infrator demanda a imposição de um ônus, ou seja, um enfraquecimento de uma posição jurídica de direito fundamental deste. O acordo não se presta a funcionar como um prêmio para ilicitude e muito menos um protocolo de boas intenções futuras por parte do infrator. Se o Estado, por sua soberania, tipificou determinada conduta como ilícita e previu a imposição de sanções ao infrator, não cabe ao Ministério Público ignorar a previsão legal. É o legislador quem concede anistia, prevê as hipóteses de perdão a ser concedido pelo juiz, fixa causas extintivas da punibilidade ou autoriza expressamente a impunidade em determinadas hipóteses. O que cabe ao Ministério Público fazer é investigar o fato e sua autoria e decidir pela tutela adequada no caso concreto. A legitimidade político-institucional recebida pelo Ministério Público da Constituição Federal é para atuar como agente de transformação social (instituição de acesso à ordem jurídica), através da tutela adequada. No âmbito do direito punitivo, isso significa escolher entre a solução adjudicada e a solução consensual, conforme o caso concreto. A instituição não tem poder de optar por deixar de tutelar aquela lesão ao bem jurídico, tanto por não ter recebido autorização ou legitimação constitucional para isso quanto pela necessidade de zelar pelo direito fundamental das vítimas e da sociedade ao combate à impunidade.

Importante pontuar que, na formação de sua opinião sobre a configuração do ilícito, é possível que o membro do Ministério Público conclua que as especificidades do caso concreto evidenciam ausência de violação ao bem jurídico tutelado pela norma (apesar da tipicidade

²⁸⁴ Neste sentido: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2016. p. 151-152. Este foi o entendimento unânime do STF no HC 127483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 04/02/2016.

formal ter sido preenchida) e, com isso, aferir a carência de justificativa para aplicação da respectiva sanção. Esta análise, como visto no item 2.3, está dentro da formação da *opinio delicti* do Ministério Público (utilizada, aqui, tanto para os delitos penais quanto para os delitos não penais). Se for este o caso, a hipótese é de arquivamento, e não de pactuação de acordo sem sanção com o infrator.

A exceção, mais uma vez, se refere ao acordo de colaboração premiada, sendo possível pactuar as condições sem a imposição de qualquer ônus ao infrator. Isso porque a própria Lei 12.850/2013 autorizou expressamente o Ministério Público a pedir o perdão ou deixar de oferecer denúncia em face do colaborador, diante de algumas circunstâncias (art. 4.º, §§ 2.º e 4.º). Trata-se de opção de política criminal adotada pelo legislador. Nada impede a utilização de analogia *in bonam partem* para adoção da mesma sistemática no âmbito da consensualidade de colaboração firmada a partir de atos de improbidade administrativa. Em que pese a ausência de previsão legal específica para a temática da improbidade administrativa, a hipótese é de utilização de uma norma premial favorável ao infrator, o que autoriza a interpretação menos rígida do princípio da legalidade. Neste ponto, está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Tema 1043 da Repercussão Geral (*leading case* ARE 1175650): “A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art.5º., II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art.37, §§4º. e 5º.) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art.129, §1º.).

A sexta premissa é no sentido de que o limite das possibilidades sancionatórias na atuação negocial do Ministério Público é a imposição de pena. Em outras palavras, é possível pactuar cláusulas extralegais. O que não é possível negociar na solução consensual firmada entre o Ministério Público e o infrator é a imposição de pena. Este é o limite legal. Isso porque a Constituição Federal excluiu a possibilidade de pactuação de penas ao exigir solução adjudicada judicial para sua imposição (art. 5.º, LVII). Além disso, as seguintes razões autorizam a conclusão no sentido de que apenas a imposição de pena está excluída do âmbito da solução negocial no direito punitivo: permissivo constitucional para coexistência de múltiplas instâncias sancionatórias (penal e não penais); coexistência, no plano constitucional, dos direitos fundamentais dos infratores e do direito fundamental de combate à impunidade das vítimas e da sociedade; direito geral de liberdade do infrator para autolimitar posições jurídicas de direitos fundamentais resguardado no plano constitucional; configuração político-institucional do Ministério Público, de sede constitucional (agente político de transformação

social); priorização constitucional de soluções consensuais e negociabilidade dos direitos difusos afetos ao direito punitivo de acordo com a adequação da tutela.

Registre-se que a imposição de pena no contexto do acordo de colaboração premiada não decorre de uma solução direta pactuada com o Ministério Público, mas sim da homologação judicial da avença e posterior sentença condenatória proferida no âmbito do processo judicial²⁸⁵.

Significa dizer que a primazia constitucional para solução pacífica dos conflitos aliada à liberdade *prima facie* das partes (infrator e Ministério Público) para entabularem a solução mais adequada ao caso concreto autoriza a pactuação de cláusulas extralegais.

As cláusulas extralegais advirão da interpretação dos envolvidos e precisam respeitar a integridade do ordenamento jurídico, com obediência à legislação e aos precedentes (judiciais e da própria instituição, quando existirem). Demandam também razoabilidade e proporcionalidade ao ilícito praticado e à condição pessoal do infrator. Devem obedecer aos parâmetros da lei e de eventuais regulamentações expedidas.

Não existindo tais parâmetros, é preciso encontrar os espaços de disposição no próprio ordenamento jurídico e utilizar a analogia para aquele acordo. Além disso, não deve existir proibição na legislação, não ter objeto ilícito, não sendo possível burlar exigência de reserva de jurisdição. É recomendável ainda que não beneficiem a própria instituição (Ministério Público). Por fim, não é possível criar obrigações para terceiros (como visto, para se alcançar a heterovinculação recomenda-se a homologação judicial do acordo, com pedido expresso de intimação do ente que não subscreveu o acordo).

A sétima premissa é a de que a existência de parâmetros previamente fixados para nortear os benefícios negociados deve ser priorizada. Como visto, a legitimidade da atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo decorre da Constituição Federal, sendo prescindível a especificação em lei de todas as formas pelas quais seus membros podem atuar, ou seja, de tudo que é ou não possível negociar na tutela dos direitos cuja defesa lhe foi conferida, como um verdadeiro passaporte legal habilitante para sua atuação. Por parte do infrator, o princípio da legalidade pode ser relativizado para beneficiá-lo²⁸⁶. O que legitima sua atuação é a defesa dos direitos de forma adequada.

²⁸⁵ A discussão, neste ponto, é sobre a vinculação do Poder Judiciário ao que foi pactuado entre o Ministério Público e o infrator, tanto no que se refere à extensão dos benefícios quanto ao momento hábil para que sejam glosados pelo Magistrado e iniciado o cumprimento pelo infrator. Mas não há dúvida que a pena é decorrente da sentença que julga o processo criminal no qual foi firmado o acordo de colaboração premiada.

²⁸⁶ Válida a lição de Mendonça: “Ademais, o princípio da legalidade não tem o condão de impedir a utilização da analogia *in bonam partem*, pois se busca não ampliar o âmbito punitivo do Estado, mas, sim, conceder benefícios adequados à situação concreta e aderente à condição do imputado. Realmente, no processo penal processual, calcado na autonomia da vontade, o princípio da legalidade pode ter uma interpretação menos rígida do que no processo penal tradicional. Conforme já dito, aqui se está a tratar de um modelo diverso, em que há um espaço

Ainda que se privilegie a noção de juridicidade em detrimento à legalidade estrita²⁸⁷, a existência de parâmetros previamente estabelecidos reduz a insegurança na realização dos acordos e contribui para diminuir os espaços de discricionariedade dos envolvidos. Além disso, os parâmetros contribuem para o respeito ao princípio da igualdade, no sentido de que situações similares receberão tratamentos correlatos. A positivação auxilia, portanto, na medida em que representa um redutor de complexidades para os atores do sistema de justiça.

No âmbito do direito positivo, o legislador ordinário já positivou parâmetros para acordos penais, tanto de pura reprimenda (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal²⁸⁸) quanto de colaboração premiada. O mesmo não ocorreu com o acordo de não persecução cível, havendo apenas permissivo legal para sua pactuação (art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992), sendo recomendável a expedição de ato normativo pelo Conselho Nacional do Ministério Público estabelecendo balizas aptas a guiarem os membros do Ministério Público²⁸⁹.

de negociação. [...] Veja, portanto, que o princípio da legalidade foi estabelecido no direito penal e no processo penal como forma de proteção ao imputado... [...] No entanto, nada impede que o princípio da legalidade (tanto na seara penal quanto processual) seja utilizado a favor do próprio imputado – a quem, em última análise, o princípio busca proteger. O próprio texto da Constituição, logo após assegurar o princípio da legalidade penal, estipula que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5.º, inc. XL, da Constituição). Ou seja, o próprio texto constitucional reconhece que é possível a mitigação do princípio da legalidade penal em benefício do acusado. E seria uma inversão do próprio fundamento dos direitos fundamentais utilizar uma garantia criada para a proteção do imputado em seu desfavor. Ora, se o direito fundamental foi criado para proteção do agente, não deve ser utilizado e interpretado para prejudica-lo. Ao invocar o princípio da legalidade para impedir a concessão de benefícios para o colaborador além dos estritamente previstos em lei, o que se está fazendo é aquilo que Franz Hinkelammert chama de inversão lógica dos direitos fundamentais, ou seja, utiliza-se um direito fundamental (no caso, o princípio da legalidade) para prejudicar aquele que deveria ser beneficiado por este mesmo direito. Em outras palavras, os direitos humanos, embora criados para proteger o indivíduo, estariam sendo utilizados em seu desfavor”. (MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 80-82)

²⁸⁷ Rodrigo Capez entende de forma diversa. Ao abordar a extensão dos poderes negociais do Ministério Público no acordo de colaboração premiada, o autor defende que tais poderes estão submetidos ao princípio da legalidade estrita, só sendo possível que o acordo disponha sobre os benefícios expressamente previstos em lei. Para ele, o Brasil adotou o “modelo de premialidade típica.” (CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 234-235). Da mesma forma, para Vasconcellos “a falta de limites à colaboração premiada desvirtua completamente as premissas do processo penal, possibilitando indevidas brechas para abusos e arbitrariedades. Além disso, agrava o cenário de pressões e coações inerentes à justiça criminal negocial, fomentando a vulneração na voluntariedade da decisão do imputado e a ocorrência de falsas incriminações. Os termos dos acordos precisam respeitar a legalidade.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153)

²⁸⁸ Paralelamente aos parâmetros estabelecidos pelo art. 28-A do CPP, aqueles previstos no art.18 da Resolução 181/2017 do CNMP que não possuam sentido contrário mantém sua validade normativa, na medida em que dizem respeito à organização interna e controle do Ministério Público. (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 55)

²⁸⁹ Sob o mesmo fundamento habilitante já exposto no item 2.3 quando abordamos a previsão do acordo de não persecução penal pelo art.18 da Resolução 181/2017 do CNMP: o protagonismo será exercido pelo órgão incumbido de formular uma política nacional para a Instituição e zelar por sua unidade. O ambiente de

A oitava premissa para análise do tema é a de que sempre se fará necessária uma margem de plasticidade para a negociação das cláusulas dos acordos. Exatamente por isso as normatizações já positivadas sempre incluíram uma cláusula aberta que permitiu a análise do caso concreto para os ajustes necessários à individualização e à garantia da proporcionalidade das medidas pactuadas²⁹⁰.

Um rol fixo de benefícios passíveis de serem negociados é prejudicial à justiça do caso concreto, na medida em que dificulta (e às vezes inviabiliza) a individualização das sanções de maneira proporcional às peculiaridades do fato e à situação pessoal do infrator²⁹¹. Sob a ótica do infrator, o direito geral de liberdade consagrado constitucionalmente (autorregramento da vontade) inclui o poder-liberdade de negociação, ou seja, poder de definir o que é melhor para si²⁹².

regulamentação do acordo de não persecução cível pelo CNMP expressa uma resposta adequada e alternativa de responsabilização do infrator, a partir de seu consentimento, em um espaço pré-processual, e demandaria a previsão de um formato que possibilitasse a participação dos demais legitimados (seja voluntária, seja prevendo uma fase de homologação judicial do acordo com pedido expresso de ciência anterior dos demais legitimados, para que a decisão homologatória os alcançasse). O art.130-A, §2º., I, da CF, estabeleceu competir ao CNMP “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”. Cabral chama atenção para o entendimento do STF esposado na ADC 12 MC e no MS 27621, no sentido de reconhecer o poder do CNJ (e, portanto, também do CNMP) para expedir atos regulamentares (atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão), de caráter normativo primário. O ato normativo, no caso, visaria regulamentar diretamente a aplicação dos princípios constitucionais da eficiência, celeridade e proporcionalidade, diante da omissão legislativa em estabelecer os parâmetros para o acordo. (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coord.). **Acordo de não persecução penal**: resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 30-31). Em sentido contrário, Garcia sustenta não ser possível adotar as razões de decidir da ADC 12 MC para justificar a edição de atos normativos pelo CNMP com objetivo de uniformizar o Ministério Público brasileiro. Isso porque o objetivo do CNMP não é estabelecer essa uniformidade, ao contrário do CNJ, instituído em uma estrutura verticalizada, regida por uma única lei orgânica. Já o CNMP é um órgão externo da estrutura do Ministério Público e se desenvolve no plano de horizontalidade, sem relação de hierarquia ou subordinação. Ao contrário do Poder Judiciário, a Instituição não possui uma legislação única para seus membros e nem um órgão de cúpula que possa propô-la ao Poder Legislativo. (GARCIA, Emerson. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do controle. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 293-297)

²⁹⁰ O art.76, §2º., III, da Lei 9.0900/95 previu que a transação penal será pactuada se “necessária e suficiente a adoção da medida”; o art. 89 da Lei 9.9099/95 exigiu que os “motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício” (ao vincular o preenchimento dos requisitos do art. 77 do CP); e o art. 28-A do CPP exigiu, para pactuação do acordo de não persecução penal, que ele seja “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

²⁹¹ Em sentido semelhante, defendendo a necessidade de uma margem de negociação a partir de cláusulas abertas, com fundamento na proporcionalidade da pena e a individualidade como princípios constitucionais norteadores dos benefícios nos acordos de colaboração premiada: FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Quais benefícios o Estado pode oferecer ao réu colaborador? Existem limites materiais ao acordo de colaboração?, **Revista Parquet em foco**, Escola Superior do Ministério Público de Goiás, v. 2, n. 4, p. 13-24, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/parquet-em-foco-n-4#.XrU8RWkKjIV>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

²⁹² Como visto no item 2.1.1., proibições, restrições, regulamentações e imposição de salvaguardas para disposição de direitos fundamentais caracterizam intervenções no direito geral de liberdade (ou nos próprios direitos) e demandam ônus argumentativo do Estado. As intervenções podem ser conforme a Constituição Federal

A nona premissa é no sentido de que, caso a conduta possua múltipla incidência nas esferas de responsabilização, deve o Ministério Público envidar esforços para alcançar uma pactuação conjunta, seja internamente, caso os membros com atribuição não sejam os mesmos no âmbito da responsabilização penal e da responsabilização punitiva não penal, seja externamente, convidando os colegitimados para, querendo, participarem das tratativas²⁹³.

A décima premissa se refere ao momento para celebração dos acordos. Para tanto, é importante ter em conta que espécie de acordo está sendo tratada. O sentido político subjacente aos acordos de pura reprimenda (penais e não penais) é abreviar os casos, conferir celeridade à resposta estatal. Por isso em regra devem ser pactuados até a sentença. A própria lei já prevê o momento no qual alguns deles devem ser ofertados, como para suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal. Eventual oferecimento da proposta e recusa por parte dos infratores em regra gera preclusão, afinal o processo é uma marcha que deve primar por um resultado célere. Eventuais processos judiciais que já estavam em andamento quando

(denominadas de restrição) ou não encontrarem fundamento constitucional (denominadas de violação). Para análise da constitucionalidade da intervenção são utilizadas as técnicas da ponderação, proporcionalidade, análise dos critérios do consentimento e se a hipótese justifica um paternalismo jurídico.

²⁹³ A celebração conjunta de acordos no âmbito do direito sancionador é essencial para segurança jurídica, para criação de um ambiente de previsibilidade, de respeito posterior ao que foi pactuado, tanto por parte dos infratores quanto por parte do Estado. Pode impedir discussões jurídicas, por outros legitimados, de cláusulas pactuadas em acordos já homologados. Sobre o tema, vale conferir a decisão proferida em 25/02/2020 pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 5039527-89.2018.4.04.0000/PR, interposto pela Petrobrás, visando a manutenção da indisponibilidade de bens de empresa ré em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pela União, cuja decretação de indisponibilidade em tutela provisória foi revogada em razão de acordo de leniência pactuado: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E/OU MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. OPERAÇÃO LAVA JATO. ACORDO DE LENIÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO E REVOGAÇÃO DAS LIMINARES E ORDENS DE INDISPONIBILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE FIRMARAM O ACORDO. 1. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU). 2. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos. 3. Enquanto não houver a re-ratificação dos acordos de leniência, as empresas requeridas deverão permanecer na ação de improbidade, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial. 4. Tendo em vista os termos do Acordo de Leniência firmado entre a CGU/AGU e as empresas requeridas e que neste estão abrangidos para fins de ressarcimento os contratos apontados na ação de improbidade e/ou medida cautelar de arresto, a irrisignação da PETROBRAS não afasta a necessidade de prestigiar o acordo de leniência firmado entre as partes e nem revela-se suficiente para a pretendida manutenção da indisponibilidade de bens anteriormente decretada. 5. Se, por um lado, temos a prevalência da supremacia do interesse público (que busca, além do ressarcimento ao Erário e a reparação dos danos causados ao patrimônio público, a punição dos envolvidos) sobre os interesses particulares, tem-se, por outro, a necessidade de prestígio ao acordo de leniência já firmado, que, ao oferecer um lenitivo nas penas administrativas para as empresas colaboradoras, tem em troca informações relevantes ao interesse público. 6. Agravo improvido. ACÓRDÃO. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado”.

da entrada em vigor do artigo 28 do CPP, ainda sem sentença proferida, sugerem a necessidade do membro do Ministério Público analisar a possibilidade de solução consensual. O mesmo se diga para processos judiciais de improbidade administrativa já em tramitação quando da alteração da Lei de Improbidade para autorização expressa do acordo.

Já os acordos relacionados à consensualidade de colaboração visam alcançar meios de obtenção de prova para investigação e punição de ilícitos complexos. O sentido político subjacente a estes acordos é de sofisticação de instrumentos para enfrentamento de temas de complexidade transversal. Por isso em regra interessa ao Estado a pactuação em qualquer fase, seja na investigação, seja durante a tramitação processual ou mesmo após a prolação da sentença com condenação do infrator. Esta lógica é compartilhada tanto para os acordos de colaboração no âmbito penal quanto para os acordos no âmbito da improbidade administrativa.

Uma ponderação necessária diz respeito ao papel do juiz e ao efeito do acordo perante o Poder Judiciário. O Estado é uno e, uma vez negociada a solução consensual entre o Ministério Público e o infrator e submetida à homologação judicial (caso seja a hipótese de se submeter à homologação), *ab initio* o que foi acordado precisa ser respeitado pelo Poder Judiciário. As autolimitações de posições de direitos fundamentais do infrator pactuadas foram consentidas e a adequação da tutela daquele direito difuso foi demonstrada através da fundamentação do Ministério Público.

É essencial ter em mente que as soluções consensuais no âmbito do direito punitivo atuam sob uma perspectiva de cooperação e da proteção da confiança e da segurança jurídica. E o juiz, em um Estado de Direito, é um órgão aplicador de normas jurídicas válidas²⁹⁴, por isso sua atuação recairá no controle da validade das convenções. O juiz não é parte do acordo, não negocia com infrator e Ministério Público. São esses dois últimos que voluntariamente negociam e firmam as cláusulas. E isso pode ocorrer inclusive antes do ajuizamento de um processo judicial. Esta questão envolve ampla discussão na doutrina e extrapola os objetivos definidos nesta pesquisa, razão pela qual não será aprofundada.

Fixadas as premissas, importa tecer algumas considerações específicas sobre o acordo no âmbito da improbidade administrativa e o acordo de não persecução penal (as possibilidades sancionatórias na transação e a suspensão condicional do processo já foram bem exploradas pela doutrina e jurisprudência nacionais).

No que se refere aos acordos firmados no âmbito do direito punitivo sancionador da Lei 8.429/1992, como visto acima, eles podem ter distintas naturezas jurídicas (consensualidade de

²⁹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 255-256.

pura reprimenda ou consensualidade de colaboração, celebrada inclusive em conjunto com a Lei 12.846/2013).

A Lei 13.964/2019 autorizou expressamente a composição no âmbito da improbidade administrativa. Foi alterada a redação do § 1.º e incluído o § 10-A no art. 17 da Lei 8.429/1992²⁹⁵. A admissão para celebração de acordo de não persecução cível foi acompanhada da expressão “nos termos desta Lei” e o projeto incluía a fixação de parâmetros no art. 17-A²⁹⁶, vetado pelo presidente da República em razão da previsão de legitimidade exclusiva para o Ministério Público (em incompatibilidade lógica com o artigo 17, *caput*, que prevê a legitimidade das pessoas jurídicas de direito público lesadas ajuizarem ação de improbidade administrativa). O texto aprovado é resultado de uma tramitação legislativa que incluiu distintos projetos de lei²⁹⁷ e, da forma como aprovado, deixou um vácuo de regulamentação sobre sua natureza jurídica, seu limite temporal, seus impedimentos, seu rito, seu conteúdo possível, seus efeitos jurídicos e seus meios de impugnação.

A pendência de especificação legal da natureza jurídica do acordo e dos limites das cláusulas não impede que ele seja pactuado. Aliás, como visto no item 2.3, mesmo antes desta alteração legal o acordo já era cabível no âmbito da improbidade administrativa, em decorrência da possibilidade de pactuação no âmbito penal²⁹⁸, do microsistema de defesa do patrimônio

²⁹⁵ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (...) § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

²⁹⁶ Art. 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente. § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

²⁹⁷ O Projeto de Lei n.º 882/2019 dava a seguinte redação para o §1º. do art. 17 da LIA: A transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Este PL foi apensado ao PL 10.372/2019 e depois declarado prejudicado, diante da aprovação, em Plenário Substitutivo, do PL 10.732/2018 (que recebeu a numeração 6.341/2019 no Senado Federal).

²⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa, **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

público²⁹⁹ e de um imperativo de eficiência e coerência sistêmica, especialmente depois da previsão do acordo de leniência no art. 16 da Lei 12.846/2013 e da Resolução CNMP 179/2017³⁰⁰.

A revogação da proibição dos acordos (redação anterior do § 1.º do art. 17 da Lei 8.429/192) contribui para segurança jurídica dos atores do sistema de justiça. Mas é importante registrar que o fundamento habilitante da atuação negocial do Ministério Público e da possibilidade de solução consensual de casos de improbidade administrativa não é a nova redação do § 1.º do art. 17 da LIA, mas sim sua natureza político-institucional constitucional de instituição de acesso à justiça autorizada para escolher a tutela adequada dos direitos difusos, além do poder geral de liberdade para autolimitação de posições jurídicas de direito fundamental dos infratores e o microssistema de proteção ao patrimônio público, que demandava coerência sistêmica diante das possibilidades de solução consensual para casos criminais e nos diplomas que regulamentam o injusto decorrente da corrupção, em sua dimensão penal e administrativa (Lei 12.850/2013 e 12.846/2013).

Tanto é que, mesmo antes da alteração no § 1.º do art. 17 da LIA e para além da previsão do Termo de Ajustamento de Conduta na Lei 7.347/1985, inúmeros comandos normativos já tratavam da solução negocial. A Resolução n.º 118/2014 do CNMP previu em seu art. 8.º ser recomendada a negociação “para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal” (art. 129, III, da CR/1988). Sua Seção V tratou especificamente das convenções processuais celebradas pelo Ministério Público. No ano seguinte, a Lei 13.140/2015 autorizou expressamente em seu art. 36, § 4.º o acordo em

²⁹⁹ SILVA, Rodrigo Monteiro. Celebração de acordos em ações de improbidade administrativa como forma de evitar a proteção deficiente do interesse público, **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, v. 1, p. 262-289, 2019.

³⁰⁰ SOUZA, Renee do Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 241-250. Sobre o tema, vale o registro de PERIM: “É dizer que o § 1º do art. 17 da LIA, ao vedar a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, deve ser interpretado à luz da autocomposição no formato de entendimentos atuais, ou seja, como estratégica de efetividade do direito administrativo sancionatório. Nessa ótica, o dispositivo legal não veda a autocomposição, mas a permite nos limites em que reforce o caráter repressivo do instituto jurídico da improbidade administrativa e realize a justiça no caso concreto pela aplicação normativa das consequências previstas. O que é vedado pelo sentido atual da norma do art. 17 da LIA não é a autocomposição, mas a negociação ou o perdão que desnaturem a improbidade administrativa de suas qualidades sancionatórias e pedagógicas. Dessa forma, a proposição jurídica normativa contida no art. 17 da LIA, construtivamente interpretada, é a de que, na negociação na improbidade administrativa, não deve haver renúncia ou concessão de direitos, mas sim a efetividade da aplicação das sanções legais prescritas, cabendo à parte contrária a aceitação, com o intuito de evitar o processo judicial, mas garantindo efeito pedagógico, repressivo e sancionatório do instituto jurídico.” (PERIM, Maria Clara Mendonça; ROMANO, Michel Betenjane. *Negociação na improbidade administrativa: uma questão de justiça normativa*. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz (Org.). **Ministério Público, Constituição e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 1197-1220)

improbidade administrativa (na pendência de ação judicial o acordo deve ser homologado pelo juízo) e o Código de Processo Civil reforçou o comando constitucional de priorização da solução consensual, instituindo em seu art. 190 a cláusula geral de negociação processual (com produção de efeitos imediatos, a não ser que haja disposição legal determinando a homologação judicial ou que o próprio acordo preveja a homologação judicial como condição de eficácia³⁰¹). Em 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Res. n.º 179, cujo art. 1.º, § 2.º previu que “é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

Ou seja, além do fundamento constitucional, já existia vasta normatização autorizando o acordo, em detrimento da proibição da redação anterior do § 1.º do art. 17 da LIA.

No que se refere ao termo de ajustamento de conduta, o § 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/1985 prevê que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Ou seja, a redação legal confere eficácia imediata ao termo³⁰² e não exige a imposição das sanções cominadas em seu grau máximo ou mesmo de todas as sanções cominadas. A expressão “ajustamento às exigências legais” autoriza, portanto, a utilização do termo de ajustamento de conduta como instrumento do negócio jurídico firmado entre o Ministério Público e o infrator. No caso, as exigências “legais” corresponderão à tutela adequada, sob a perspectiva da juridicidade, elegida pelo Ministério Público a partir das especificidades do caso concreto. Em que pese parte da doutrina³⁰³ pressupor uma relação de

³⁰¹ Como, por exemplo, a exigência de homologação judicial para desistência da ação, nos termos do parágrafo único do próprio art. 200 do CPC. Sobre a questão, a previsão do art.36, §4º., da Lei 13.140/2015 não parece ser suficiente para que se conclua pela obrigatoriedade de homologação judicial de todos os acordos firmados no âmbito da improbidade administrativa. O que a lei exigiu foi a homologação judicial do acordo firmado no processo judicial já em andamento (§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator).

³⁰² As leis orgânicas dos distintos ramos do Ministério Público possuem previsão no sentido do membro encaminhar o procedimento, arquivado diante da pactuação do termo de ajustamento, para o órgão de revisão (Conselho Superior ou Câmara de Revisão), que exerce o controle do “não fazer” da atuação do membro (no caso, do não ajuizamento da ação civil pública). Em vários termos de ajustamento firmados os membros inserem cláusula condicionando a eficácia do termo à homologação do órgão de revisão, como forma de conferir maior segurança jurídica, advinda da eliminação do risco do acordo ser cumprido e posteriormente o órgão de revisão não homologar o arquivamento por considerar a providência insuficiente, por exemplo.

³⁰³ Neste sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público, **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 93, jan./mar 2006. Da mesma forma, para Emerson Garcia o TAC possui feição híbrida, de submissão no que se refere ao direito material (mero ato de reconhecimento de uma obrigação preexistente) e de transação apenas no que se refere aos aspectos periféricos da obrigação. (GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: a potencial incidência na Lei 8.429/92, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 60-61, out./dez. 2017)

submissão no TAC, sem a possibilidade de concessões mútuas, mas apenas pactuação quanto à forma e tempo de cumprimento, não parece ser possível extrair esta conclusão do texto legal. Em regra, a fundamentação utilizada para negar a possibilidade de efetiva transação no âmbito do TAC está relacionada à impossibilidade de transação sobre o direito material que permeia o caso, dada a sua “indisponibilidade”, premissa diversa da adotada neste estudo, conforme item 2.1.2.

A utilização do TAC como instrumento do acordo firmado no âmbito do direito punitivo não penal (Lei 8.429/1992 e Lei 12.846/2013) privilegia uma solução institucional na decisão final sobre o acordo dotada de eficácia (será título executivo extrajudicial, art.784, XI, CPC). Esta solução guarda coerência com o protagonismo do Ministério Público reconhecido pelo legislador infraconstitucional no âmbito criminal, por ocasião da Lei 13.964/2019 (controle direto da investigação policial e acordo de não persecução penal), e se mostra dotada de eficácia suficiente, a sugerir a ausência de prejuízo quando comparada à homologação do acordo pelo Poder Judiciário (a diferença seria trocar um título executivo extrajudicial por um título executivo judicial). Neste sentido, em que pese a Lei 8.429/1992 não utilizar a nomenclatura “termo de ajustamento de conduta”, mas sim “acordo de não persecução cível”, o microsistema da tutela coletiva autoriza a exegese do art. 1.º, VIII e do art. 5.º, § 6.º da Lei 7.347/1985 combinada com o art. 17, § 1.º da Lei 8.429/1992 na implementação desta solução.

Não obstante, considerando a formatação defendida para o acordo (pactuação de sanções seguidas de imposição coercitiva, na hipótese de descumprimento, sem necessidade de formação de culpa através de processo judicial a ser instaurado), sua submissão à homologação judicial representaria uma salvaguarda dos direitos materiais envolvidos e aproximaria a hipótese da regra de controle judicial dos acordos penais adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (controle que abrange a verificação da observância das normas procedimentais e substanciais aplicáveis, da voluntariedade do acusado, da pactuação consciente dos fatos e dos efeitos jurídicos e a partir de evidências suficientes para revelar sua culpa)³⁰⁴. No que se refere às evidências, o espectro de cognição da decisão homologatória seria

³⁰⁴ COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (CEDH), Caso Natsvlishvili e Togonidze v. Georgia, Application n. 9043/05, julgado em 8 set. 2014, §92. As a further guarantee of the adequacy of the judicial review of the fairness of the plea bargain, the Court attaches significance to the fact that the Kutaisi City Court was not, according to applicable domestic law, bound by the agreement reached between the first applicant and the prosecutor. On the contrary, the City Court was entitled to reject that agreement depending upon its own assessment of the fairness of the terms contained in it and the process by which it had been entered into. Not only did the court have the power to assess the appropriateness of the sentence recommended by the prosecutor in relation to the offences charged, it had the power to reduce it (Article 679-4 §§ 1, 3, 4 and 6). The Court is further mindful of the fact that the Kutaisi City Court enquired, for the purposes of effective judicial review of the prosecuting authority’s role in plea bargaining, whether the accusations against the first applicant were well founded and supported by prima facie evidence (Article 679-4 § 5). The fact that the City

restrito à presença de elementos de informações compatíveis com a confissão do infrator, aptos pois a evidenciarem a juridicidade das condições pactuadas. Além disso, propiciaria uma operacionalização mais célere da vinculação do acordo aos demais legitimados (pessoas jurídicas de direito público lesadas), que poderiam ser intimados para tomar ciência e, querendo, apresentar alguma objeção no que se refere à suficiência das condições pactuadas para reparação do ente lesado (isso se já não tiverem participado das tratativas). Ademais, a homologação e a formação de título executivo judicial facilitaria a execução das sanções de inelegibilidade, proibição de contratação com poder público e perda do cargo ou função de confiança, evitando discussões sobre a vinculação de terceiros ao acordo firmado exclusivamente entre Ministério Público e infrator. Por fim, guardaria pertinência com o disposto no art. 36, § 4.º da Lei 13.140/2015. Caso se entenda pela utilização do procedimento de jurisdição voluntária, a homologação teria eficácia de título executivo judicial (art. 515, III, do CPC).

Na hipótese de o acordo ser celebrado em processo já ajuizado, será homologado por sentença, com eficácia de título executivo judicial (art. 487, III c/c art. 515, II, ambos do CPC).

Como afirmado, até a regulamentação legal, a solução ideal seria o CNMP aprimorar a redação da Resolução n.º 179/2017, no sentido de detalhar a forma de operacionalização, na

Court examined and approved the plea bargain during a public hearing, in compliance with the requirement contained in Article 679-3 § 1 of the CCP, additionally contributed, in the Court's view, to the overall quality of the judicial review in question. § 93. Lastly, as regards the first applicant's complaint under Article 2 of Protocol No. 7, the Court considers that it is normal for the scope of the exercise of the right to appellate review to be more limited with respect to a conviction based on a plea bargain, which represents a waiver of the right to have the criminal case against the accused examined on the merits, than it is with respect to a conviction based on an ordinary criminal trial. It reiterates in this connection that the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation under Article 2 of Protocol No. 7 (see, amongst others, *Krombach v. France*, no. 29731/96, § 96, ECHR 2001-II). The Court is of the opinion that by accepting the plea bargain, the first applicant, as well as relinquishing his right to an ordinary trial, waived his right to ordinary appellate review. That particular legal consequence of the plea bargain, which followed from the clearly worded domestic legal provision (Article 679-7 § 2), was or should have been explained to him by his lawyers. By analogy with its earlier findings as to the compatibility of the first applicant's plea bargain with the fairness principle enshrined in Article 6 § 1 of the Convention (see paragraphs 92-95 above), the Court considers that the waiver of the right to ordinary appellate review did not represent an arbitrary restriction falling foul of the analogous requirement of reasonableness contained in Article 2 of Protocol No. 7 either (for the general principle concerning the correlation between the fairness requirements of these two provisions, see *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, § 125, 15 November 2007). §94. In the light of the foregoing, the Court concludes that the first applicant's acceptance of the plea bargain, which entailed the waiver of his rights to an ordinary examination of his case on the merits and to ordinary appellate review, was undoubtedly a conscious and voluntary decision. Based on the circumstances of the case, that decision could not be said to have resulted from any duress or false promises made by the prosecution, but, on the contrary, was accompanied by sufficient safeguards against possible abuse of process. Nor can the Court establish from the available case materials that that waiver ran counter to any major public interest.

instituição, do acordo³⁰⁵. A ausência de regulamentação, entretanto, não impede as pactuações, até porque o fundamento que habilita a atuação não é a regulamentação da lei.

A *priori* podem ser pactuadas quaisquer sanções previstas na Lei 8.429/1992. A gradação deverá obedecer a um critério de proporcionalidade, conforme o ilícito praticado e suas especificidades. Conforme as premissas fixadas acima, as medidas de reparação do dano são exigidas em sua integralidade, podendo haver compensação do dever do Estado de arcar com os custos do infrator colaborador (no caso, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral do dano) e deve ser acordada a pactuação de pelo menos uma das sanções previstas para cada tipologia praticada, ou seja, artigos 9.º, 10 ou 11 da LIA (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário).

A previsão do art. 20 da LIA (“a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”) se insere em um contexto de solução adjudicada pelo Poder Judiciário. De fato, sem o consentimento do infrator, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado. Isso não quer dizer que esse comando normativo, por si só, proíba o infrator de autolimitar tais posições de direito subjetivo fundamental. São exatamente o direito geral de liberdade do infrator e a necessidade da medida, enquanto tutela adequada ao caso, que irão justificar a possibilidade da solução consensual abranger a suspensão dos direitos políticos (exclusivamente no que se refere à sua capacidade eleitoral passiva: direito de concorrer a mandatos eletivos) e a perda da função pública. O próprio artigo 15 da CF tratou de forma diversa a suspensão dos direitos políticos como sanção por ilícito penal e por ilícito de improbidade administrativa. Na primeira exigiu condenação transitada em julgado, na segunda não.

Sobre o tema, importante registrar ainda que, de acordo com o art. 1.º, I, “I”, da LC 64/1990, a condenação por ato de improbidade administrativa que gerou lesão ao erário e

³⁰⁵ Esta solução se mostra imprescindível para que se alcance uma homogeneidade no trato da questão no âmbito do Ministério Público, especialmente diante das previsões distintas do que é ou não possível de ser pactuado no âmbito dos acordos, tendo-se por referência as regulamentações expedidas pelos diversos Ministérios Públicos Estaduais. Por exemplo, enquanto a Resolução CSMP-PR 001/2017 e a Resolução CPJ-PA 007/2019 proíbem pactuação sobre a perda do cargo ou da função pública e a suspensão de direitos políticos, a Resolução CSMP-MG 003/2017 e a Resolução CPJ-AL 011/2019 autorizam tal prática. Após a alteração na redação do §1 do art.17 da LIA os Ministérios Públicos do Ceará, Pernambuco e São Paulo expediram atos normativos regulamentando a atuação de seus membros (respectivamente, Nota Técnica 01/2020, Resolução CSMP-PE 001/2020 e Resolução CPJ-SP 1.193/2020).

enriquecimento ilícito, transitada em julgado ou confirmada pelo órgão colegiado, gera inelegibilidade. Por isso, caso o acordo diga respeito a fato que envolva lesão ao erário e enriquecimento ilícito, *a priori* o Ministério Público deve avaliar a adequação de pactuação neste sentido (não há impedimento para firmar o acordo nestas hipóteses; o que existe é uma indicação, *prima facie*, no sentido de ser necessário pactuar tal condição, o que sempre deverá ser cotejado com a hipótese concreta e receber a fundamentação devida)³⁰⁶.

Conforme já registrado, o acordo no âmbito da improbidade administrativa também poderá ter natureza jurídica de colaboração premiada. Neste contexto, nada obsta que a instituição pactue um acordo de leniência com pessoas jurídicas, em conjunto com um acordo (de natureza jurídica de colaboração premiada, com aplicação analógica da Lei 12.850/2013) com as pessoas físicas envolvidas, para agregar a finalidade precípua do art. 16 da Lei 12.846/2013 (meio de prova e recuperação de valores) com a responsabilização pela Lei 8.429/1992³⁰⁷. O prêmio aqui (ou seja, a diminuição da sanção prevista na Lei 12.846/2013 e na Lei 8.429/1992) será proporcional ao meio de prova revelado e obtido, bem como aos valores recuperados. A especificação do limite das cláusulas dependerá da situação concreta. Nada

³⁰⁶ Neste sentido, o art.3º. da Resolução 1193/2020, do Colégio dos Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo, prevê que “nos casos em que a conduta ímproba imputada se subsumir às hipóteses de inelegibilidade, nos termos da alínea “I” do inciso I, do art.1º., da Lei Complementar n. 64/1990, não será admitido o acordo que afaste os efeitos nela previstos”. Ou seja, uma vez “confirmada a condenação em segundo grau por ato de improbidade e sendo uma hipótese que gere inelegibilidade, jamais o acordo poderá ser celebrado, pois o artigo 26-C da Lei Complementar 64/90 (que trata do assunto da inelegibilidade) diz que apenas medida cautelar judicial deferida pelo órgão colegiado da instância recursal superior poderá conferir efeito suspensivo à inelegibilidade.” (PINHEIRO, Igor Pereira. **Acordo de não persecução cível**. São Paulo: JHMizuno, 2020. p. 15). Além disso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu não haver direito subjetivo ao acordo de não persecução após o julgamento em primeira e segunda instância: RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.341.323 - RS (2018/0198559-7). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. A proibição de pactuação de acordo após condenação por improbidade administrativa que gere inelegibilidade confirmada pelo órgão colegiado não quer dizer, entretanto, que está vedado o acordo para todas as hipóteses que envolvam enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Nestes casos, parece ser possível pactuar a solução consensual, havendo um forte indicativo da necessidade de previsão, nas condições, da inelegibilidade, a ser suprida, se for o caso, pelo ônus argumentativo do Promotor de Justiça (e submetida à revisão interna). Igor Pinheiro entende em sentido contrário, no sentido de, nesta hipótese, existir um verdadeiro impedimento, em razão da tipologia do ato de improbidade e da previsão do art.1º., I, “I”, da LC 64/90. (PINHEIRO, Igor Pereira. **Acordo de não persecução cível**. São Paulo: JHMizuno, 2020. p. 16)

³⁰⁷ Para Gajardoni, a ausência de disciplina legal não é impedimento para celebração de acordos, sendo recomendável a regulamentação do tema pelo CNMP ou pelos ramos do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições, até que venha a lei. Entretanto, enquanto não expedidas tais regulamentações, os membros do Ministério Público só podem celebrar acordo em improbidade administrativa atendendo aos requisitos do art.16 da Lei 12.846/2013. Isso porque, “embora não se trate de bom parâmetro considerando as diferenças entre a corrupção empresarial e a improbidade administrativa (art.9 a 11 da Lei 8.429/1992), o que demanda adaptações, isso é o mínimo tolerável para, à míngua de normativa própria, ser preservada a isonomia, a legalidade e a segurança jurídica, evitando que cada órgão (ou pior, cada membro) celebre a avença da maneira e em favor de quem bem entender.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

impede que o próprio acordo já preveja a consequência para o caso de não se ter sucesso na recuperação total dos valores anunciados ou na obtenção de todos os meios de prova anunciados. Em regra, deve ser exigida a confissão, o que interromperá a prescrição (artigo 202, VI, do Código Civil).

Prosseguindo, no que se refere ao âmbito criminal, necessário frisar que os acordos de pura reprimenda (transação, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) envolvem saídas alternativas (ou mais adequadas) à persecução penal, de modo que as condições pactuadas possuem natureza jurídica de obrigação negocial, sendo equivalentes funcionais da pena. Estão inseridas no âmbito de liberdade do infrator (prestação de serviço e pagamento de valores) e não há imperatividade idônea para vinculá-las a uma pena. Se o infrator não cumprir o pactuado, não será possível impor coercivamente a obrigação (tal qual ocorre com as penas) e o Ministério Público irá oferecer a ação penal³⁰⁸.

A consideração que se faz com relação ao art. 28-A do CPP é sobre o sentido da expressão “cumulativa e alternativamente” adotada em seu *caput*. O artigo em questão afirmou que o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal “mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa e alternativamente”: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V – cumprir, por prazo determinado, outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada³⁰⁹.

A utilização da expressão “cumulativa e alternativamente” no *caput* enseja um aparente paradoxo, afinal acumulação significa reunião (no caso, das condições listadas nos incisos) e alternativamente significa opção, sucessão de coisas que se excluem entre si (no caso, entre as condições listadas nos incisos). Além da utilização desta expressão no *caput*, entre o inciso IV

³⁰⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 85-88.

³⁰⁹ Extrapola o âmbito de abrangência desta dissertação o estudo dos requisitos, pressupostos de existência, validade e eficácia do acordo de não persecução penal, bem como demais temas que envolvem a temática. O recorte do objeto de estudo se limitou aos limites do que pode ser pactuado através deste acordo.

e o inciso V o legislador utilizou a expressão “ou”, que é uma conjunção coordenativa alternativa. Ou seja, uma conjunção utilizada para ligar elementos independentes (que podem ser isolados um do outro sem que haja perda da unidade de sentido de cada um), em um sentido de exclusão. No caso, o “ou” ligou a condição do inciso IV com a condição do inciso V, expressando a ideia de alternância ou escolha.

A interpretação da expressão “cumulativa e alternativamente” associada com a conjunção “ou” entre o inciso IV e o inciso V que se apresenta como a mais afinada com a premissa de reparação do dano parece ser a que indica as condições dos incisos I e II como cumulativas e as condições dos incisos III, IV e V como alternativas. Isso porque os incisos I e II abrangem mecanismos de reparação e recomposição do dano, sempre exigíveis e necessárias, conforme visto acima. Por isso a cumulatividade de ambas, que obrigatoriamente deve ser acrescida a pelo menos uma das outras (já que a reparação do dano, por si só, não é sanção e a ausência de pactuação de qualquer sanção no acordo equivaleria a um prêmio para a ilicitude praticada, sendo necessário impor algum ônus ao infrator como equivalente funcional da pena, em cumprimento à função de prevenção específica que o acordo deve ter). Neste sentido, às condições dos incisos I e II seria acrescida a condição do inciso III e/ou do inciso IV e/ou do inciso V³¹⁰, em um juízo de escolha a ser realizado pelo Ministério Público, para chegar à solução mais adequada à hipótese concreta. Este raciocínio parte da ideia de que a lei não contém palavras inúteis. Se a lógica do legislador fosse a aplicação cumulativa das condições dos incisos I, II e III, acrescidas da condição do inciso IV ou do inciso V, bastaria ter utilizado a conjunção “ou” entre esses dois últimos incisos, como fez. Teria sido inútil a expressão “cumulativa e alternativamente” do *caput*. Portanto, em que pese não ter sido utilizada a conjunção “ou” entre os incisos III e IV, a expressão “cumulativa e alternativamente” do *caput* e a exigência de reparação do dano à vítima autorizam o raciocínio.

Ainda no âmbito criminal, o acordo para simplificação procedimental não foi positivado na ordem jurídica nacional. Como visto no item 2.3, o acordo de admissão de culpa foi proposto no Projeto Anticrime, mas não foi aprovado no Congresso Nacional. A simplificação procedimental, aqui, destinava-se à solução mais célere para conclusão do processo judicial, gerando imposição de pena. E pena só resulta de imposição judicial, após reconhecimento da culpa, no âmbito do devido processo legal. Processo legal no direito penal que gere

³¹⁰ Teríamos, portanto, as seguintes possibilidades de combinação entre os incisos: (I + II) + III; (I + II) + IV; (I + II) + V; (I + II) + III + IV; (I + II) + III + V e (I + II) + IV + V. Para Cabral, a melhor interpretação exige a aplicação das condições dos incisos I, II e III, acrescidas do inciso IV ou do inciso V, já que apenas em relação a estas duas foi utilizada a conjunção “ou”.

reconhecimento de culpa é aquele previsto em lei³¹¹. A ausência de previsão legal, portanto, impede que o Ministério Público pactue acordos com este objeto.

Por fim, cumpre registrar que a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, no caso *Scoppola v. Itália*, que o direito a um julgamento justo é compatível com o fato de o infrator abrir mão de direitos e garantias em troca de vantagens, desde que haja previsão de medidas de garantia (*safeguards*)³¹². A mesma Corte, no caso *Natsvlshvili e Togonidze v. Georgia*, concluiu que espaços de consenso, desde que rodeados de garantias adequadas, não conduzem a uma impropriedade por si sós, oferecendo relevantes benefícios para rápida solução do caso e diminuição do volume de feitos submetidos às cortes, funcionando como ferramenta bem sucedida no combate à corrupção e ao crime organizado e contribuindo para redução das penas impostas e para o número de prisioneiros³¹³. As decisões permeiam temas que envolvem soluções consensuais no direito punitivo e são úteis para a pesquisa enquanto balizas de funcionamento do sistema de justiça sancionador, especialmente quando se constata a similitude da previsão normativa do artigo 8.º da Convenção Americana de Direitos Humanos (a quem se submete o Estado brasileiro, por força do Pacto de São José da Costa Rica) em relação ao art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos³¹⁴. Não se pode deixar de

³¹¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: _____; SOUZA, Renee do Ó; SANCHES, Rogério. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 171-172.

³¹² COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (CEDH), Caso *Scoppola v. Itália* (n. 2). Application n. 10249/03, julgado em 17 set. 2009, § 135.

³¹³ COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (CEDH), Caso *Natsvlshvili e Togonidze v. Georgia*, Application n. 9043/05, julgado em 8 set. 2014, § 90 (“At the outset and in reply to the first applicant’s empirical arguments about the viability of the early Georgian model of plea bargaining, the Court reiterates that it cannot be its task to review whether the relevant domestic legal framework was, *per se*, incompatible with the Convention standards. Rather, this matter must be assessed by taking into consideration the specific circumstances of the first applicant’s criminal case. The Court further notes that it can be considered a common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty or *nolo contendere* plea in advance of trial or for providing substantial cooperation with the investigative authority (see the comparative legal study, paragraphs 62-75 above; see also, in this connection, *Slavcho Kostov v. Bulgaria*, no. 28674/03, § 17, 27 November 2008, and *Ruciński v. Poland*, no. 33198/04, § 12, 20 February 2007). There cannot be anything improper in the process of charge or sentence bargaining in itself (see, *mutatis mutandis*, *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom* (dec.), nos. 24027/07, 11949/08 and 36742/08, 6 July 2010). In this connection the Court subscribes to the idea that plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners”).

³¹⁴ Como registrado por SUXBERGER, a evidenciar a pertinência da análise dos julgamentos da CEDH, também para o nosso sistema regional de proteção de direitos humanos. (SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: _____; SOUZA, Renee do Ó; SANCHES, Rogério. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 164-165). Eis a redação do artigo 8º. da CADH: “Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa

ponderar que todas as nove condenações sofridas pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos tiveram por fundamento deficiências na investigação, com violação dos direitos fundamentais das vítimas³¹⁵.

Traçado, em linhas gerais, o espectro de abrangência das possibilidades sancionatórias da atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo, importa pesquisar como compatibilizar essa atuação com os princípios da unidade e da independência funcional. Isso porque, para a instituição cumprir suas funções, a Constituição Federal garantiu tais princípios, o que gera um aparente paradoxo: como assegurar unidade em uma instituição que conta com inúmeros membros, a todos garantida a independência no agir?³¹⁶

Esse é o objeto de análise do item que segue.

3.3 Compatibilização da atuação negocial do Ministério Público no direito punitivo com os princípios da unidade e da independência

Paralelamente ao extenso rol de atribuições a serem exercidas pelo Ministério Público, a Constituição Federal previu os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional aplicáveis à instituição.

Não existe consenso sobre o conteúdo de cada um, seja na doutrina, seja nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e no âmbito do próprio Ministério Público brasileiro.

Mazzilli define a unidade a partir de um aspecto estrutural, para significar que os membros do Ministério Público integram um só órgão, sob a direção de um só chefe. Para o

acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

³¹⁵ As condenações estão disponíveis em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

³¹⁶ COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência**. São Paulo: LTr, 2015. p. 28.

autor, a unidade seria exclusiva para cada Ministério Público³¹⁷. Já Silva³¹⁸ defende que a unidade atinge o Ministério Público como um todo, havendo apenas um arranjo organizacional entre o Ministério Público Federal, dos estados e do Distrito Federal e Territórios, postura que nos parece mais adequada³¹⁹.

O princípio da indivisibilidade, para Mazzilli, decorre da unidade, mas tem uma conotação procedimental, na medida em que significa que os membros podem ser substituídos uns pelos outros (não arbitrariamente)³²⁰. Já Zenkner defende que a indivisibilidade proíbe a atuação simultânea e transversal, em um mesmo processo, de dois órgãos do Ministério Público com a mesma função³²¹.

E a independência funcional estaria ligada à liberdade com que os membros do Ministério Público exercem seu ofício em face de outros órgãos da própria instituição, com ausência de hierarquia funcional, isto é, só adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis. Ela decorre da qualidade de agentes políticos dos membros, ou seja, órgãos independentes do Estado, situados no topo da esfera hierárquica de suas áreas de competência, que decidem com plena liberdade funcional³²².

³¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155. O autor registra que a unidade e indivisibilidade do Ministério Público brasileiro foram primeiro aventadas pela doutrina, influenciada pelo modelo de *parquet* francês, onde vigora a unidade e, como consectário lógico, a hierarquia. A Lei Complementar 40/1981 positivou, portanto, o princípio, que foi expressamente rechaçado quando da elaboração da Carta de Curitiba. Esta Carta foi o Anteprojeto preparado pelo Ministério Público nacional, a partir do 1º. Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público, realizado em junho de 1986 em Curitiba-PR, contendo a sugestão da classe para a Assembleia Nacional Constituinte. (MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público Brasileiro. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 220-221)

³¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 556.

³¹⁹ Para Emerson Garcia, sob uma ótica funcional é possível falar em um único Ministério Público, mas sob o prisma orgânico cada ramo do Ministério Público tem sua estrutura orgânica distinta. (GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 51-55). Já Roberto Lyra entende que a independência funcional torna inviável a aplicação da unidade no Ministério Público. (LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria de justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989. p. 179-182). Outros autores também entendem que a unidade perpassa todos os ramos do Ministério Público: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 43; JATHAY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 123.

³²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155.

³²¹ ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 171.

³²² MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 275-278. Para Cabral, a atribuição de independência funcional ao Ministério Público está relacionada à outorga constitucional do poder-dever político de dar a última palavra no exercício de suas funções. Já outras categorias de servidores cuja missão é auxiliar ou subsidiar a atuação de outros órgãos ou pessoas não possuem independência funcional e não são agentes políticos, como a Defensoria Pública (auxilia juridicamente seus assistidos) e a advocacia estatal (auxilia juridicamente os entes da federação ou estatais a que se vinculam). (CABRAL, Rodrigo Leite

A concepção da independência funcional no sentido de que o membro do Ministério Público só tem compromisso com a juridicidade e com sua consciência é partilhada por boa parte da doutrina³²³.

Se por um lado a preponderância da unidade contribuiria com a segurança a partir da uniformidade institucional, haveria o risco de os membros serem reduzidos a reprodutores da ideologia da chefia hierárquica. Doutra feita, a prevalência da independência funcional enfraqueceria a coesão institucional, valorizaria a subjetividade e aumentaria as divergências internas. Por isso Coura adota a premissa no sentido de que nenhum dos dois princípios deve prevalecer sobre o outro, mas sim serem conjugados equilibradamente. Ainda, deve o membro do Ministério Público utilizar fundamentação adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito ao exercer sua independência funcional, adotando uma justificação interna (referência aos textos normativos formalmente válidos) e uma justificação externa (na dúvida, recorrer a precedentes, decisões de outras esferas e outras fontes de direito).

Para o autor, a unidade se aproxima do juízo de criação do direito e vincula o membro à ordem jurídica vigente. Já a independência funcional se enquadra no juízo de aplicação do direito e autoriza uma “interpretação construtiva do texto normativo preexistente à luz das circunstâncias do caso concreto e em busca da norma jurídica adequada”³²⁴.

Esta é a posição adotada neste trabalho. Como defendido no item 3.2, entre o fato concreto e a norma haverá sempre a interpretação. E a Constituição Federal, ao assegurar a independência funcional dos membros do Ministério Público, implementou um princípio garantia, que se destina precisamente à proteção da sociedade. Na interpretação da tutela adequada para aquele caso concreto, cada Promotor Natural (definido a partir de regras previamente estabelecidas) se vincula à integridade do ordenamento jurídico (Constituição Federal, legislação ordinária, precedentes, analogia, fontes do direito) e está sujeito à fundamentação adequada e controle revisional pelo artigo 28 do CPP ou pelo Conselho Superior do Ministério Público, no caso do Ministério Público Estadual, ou Câmaras de Revisão, no caso do Ministério Público Federal.

Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público, **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 35, 2016. Disponível em: <<https://www.cnpm.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

³²³ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**: promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 46; JATHAY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 145; GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 60.

³²⁴ COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público Brasileiro entre unidade e independência**. São Paulo: LTr, 2015, p. 52-53, 136-140.

Não é possível que a Chefia da Instituição, diretamente ou por órgão integrado por cargos ou funções de livre indicação, revise ou desconstitua atos relacionados à atividade fim dos Promotores Naturais, diante da clareza constitucional ao prever a independência funcional dos membros da instituição.

Dito isto, na prática a dificuldade é como alcançar um compromisso institucional com a unidade no trato das negociações no direito punitivo (para assegurar o respeito à igualdade e a segurança jurídica) se o Ministério Público é formado por membros que possuem independência de agir e se é necessário assegurar uma margem de plasticidade na regulamentação dos parâmetros para negociação (para oportunizar a proporcionalidade e a individualidade da sanção - quinta premissa do item anterior).

Goulart propõe uma dimensão dúplice ao princípio da unidade, com um aspecto estrutural e uma conotação política. No âmbito estrutural, a instituição é uma (estruturada administrativamente como órgão único, integrada por seus membros, sob a direção de um chefe). Em sua conotação política, a instituição (pelo conjunto de seus membros) deve se voltar à consecução de seu objetivo estratégico. Unidade e objetivo estratégico “transitam numa via de mão dupla”, sendo que a unidade “deve ser construída democraticamente”, por cada Ministério Público, a partir de uma consulta popular e da elaboração de Planos e Programas de Atuação³²⁵. Neste sentido, o princípio da independência funcional, para além da liberdade de consciência e da atuação pelo parâmetro da juridicidade, vincular-se-ia à observância do planejamento estratégico da instituição³²⁶.

Ademais, a independência funcional, ao lado de outras garantias previstas para os membros do Ministério Público (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) tem por fundamento impedir pressões externas e internas no exercício da atividade-fim, atuando, portanto, como uma garantia da própria sociedade (no sentido de que não haverá

³²⁵ GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 131-132. Almeida também defende que “o planejamento estratégico da atuação funcional deve vincular todos os órgãos do Ministério Público. Não pode o órgão de execução alegar a independência funcional para deixar de cumprir as estratégias de atuação funcional da Instituição, presentes nos seus planos e programas de atuação.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 103. O planejamento estratégico será melhor abordado no próximo tópico.

³²⁶ Mazzilli rechaça essa possibilidade. Para o autor, apenas a Constituição e as leis fixam os objetivos do Ministério Público. A pretensão de uma atuação mais harmônica passa por uma reestruturação institucional, inclusive mediante diminuição dos quadros de membros. Ainda, “os planos administrativos não podem invadir esfera na qual tem liberdade de agir”, não se pode transformar independência funcional “em subordinação funcional imposta por planos administrativos.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público Brasileiro. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 225-229)

pressões do poder na atuação dos membros do Ministério Público). Ocorre que a liberdade dos membros do Ministério Público para atuarem conforme a sua consciência e o Direito não dá, por si só, a exata medida do princípio da independência funcional. A precisa medida deste princípio decorre da sua relação com o planejamento estratégico. Essa compreensão também se justifica por melhor se ajustar a uma dimensão democrática da instituição. Isso porque, diante do extenso rol de atribuições, o melhor desempenho de tais funções pressupõe a definição de prioridades e metas, democraticamente, para se atingir resultados efetivos e cumprir o papel de agente de transformação social da instituição³²⁷.

Para Cambi, ao mesmo tempo em que a independência funcional torna o membro do Ministério Público imune a pressões, ela não autoriza um agir contrário ao ordenamento jurídico ou baseado em pautas pessoais ou subjetivas. Pelo contrário, a independência funcional deve ser interpretada em conjunto com a legalidade, moralidade e eficiência. E é neste sentido que o membro se vincula ao planejamento estratégico, já que é precisamente o planejamento estratégico que será “capaz de otimizar os recursos humanos e potencializar os resultados”. O autor sugere harmonizar os princípios da unidade e independência a partir de uma conotação política-institucional do primeiro, através da definição dos planos, prioridades e meios de cumprimento da estratégia estabelecida, a formar uma “unidade ideológica e de ação”:

Assim, se o princípio da independência funcional afasta qualquer forma de ingerência nas atividades-fim desenvolvidas pelos membros do Ministério Público, não impede que os órgãos da Administração Superior, pela permanente mobilização dos membros da instituição no sentido de concretizar os objetivos estratégicos e no fornecimento dos meios e dos suportes materiais necessários ao cumprimento das metas estabelecidas no planejamento estratégico, garanta a unidade política, ideológica e de ação estratégica do Ministério Público.

Como mandados de otimização, ambos os princípios – da unidade e da independência funcional – podem conflitar, mas tal conflito deve ser solucionado com respeito às diretrizes gerais traçadas para toda a instituição – que deve seguir os objetivos, metas e diretrizes traçados pelo planejamento estratégico, construído de forma democrática pelos membros do Ministério Público (isto é, de forma a ser uma política institucional impessoal, que coloca o sentimento coletivo majoritário acima das percepções, vontades ou opiniões individuais) – e, destarte, sem prejuízo das convicções jurídicas, políticas e ideológicas dos promotores e procuradores, todos chamados a contribuir com a construção dos objetivos institucionais prioritários³²⁸.

Ao lado das metas e dos planos de ação que compõem o planejamento estratégico, a observância dos atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público há de funcionar

³²⁷ GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 135-136; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 116.

³²⁸ CAMBI, Eduardo. Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 57, p. 53-90, jul./set. 2015.

como um vetor interpretativo da atividade finalística do membro, no âmbito da sua independência funcional. Tais atos normativos se inserem nas *atividades meio*, de observância obrigatória pelos membros (artigo 10, XII, e artigo 43, XIV, Lei 8.625/1993). Isso contribui para a operabilidade da atuação finalística, conciliando a tarefa interpretativa com o princípio da unidade e com o planejamento estratégico.

O planejamento estratégico e as normativas do CNMP, portanto, apresentam-se como o fio condutor que alinha (confere uma organicidade sistêmica) a independência funcional e a natureza político-institucional do Ministério Público (agentes políticos) com a unidade institucional e os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

No âmbito da atuação negocial da instituição no direito punitivo, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução 118/2014, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição; a Resolução 181/2017, que previu em seu artigo 18 o acordo de não persecução penal; e a Recomendação 34/2016, no sentido de ser priorizado o planejamento de questões, a partir da relevância social dos temas e da busca de efetividade (o que ficou conhecido como poder de agenda da instituição). Expediu, ainda, a Recomendação n. 42/2016, no sentido de serem estabelecidos critérios objetivos e transparentes que permitam a priorização da atuação em casos de maior relevância e maior retorno ao erário, no âmbito do combate à corrupção.

A conclusão, portanto, é de que as metas estabelecidas nos programas de atuação vinculam os membros do Ministério Público, não lhes sendo possível invocar o princípio da independência funcional para simplesmente se omitirem no cumprimento do planejamento estratégico³²⁹. Da mesma forma, o membro deve zelar pela observância dos atos normativos expedidos pelo CNMP, observando, em toda sua atuação, o dever de fundamentação constitucionalmente adequada.

Neste contexto, o não cumprimento das metas fixadas e a não observância da normatização expedida pelo CNMP demanda do membro arcar com o ônus argumentativo. Para Zaneti Jr., em caso de “dilema interpretativo, deverá o Ministério Público tomar uma atitude, ao mesmo tempo, de compromisso institucional com a unidade e de autocontrole em relação à independência”³³⁰.

³²⁹ GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 118. No mesmo sentido: ZANETI JR., Hermes. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 65.

³³⁰ ZANETI JR., Hermes. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 64.

O autocontrole em relação à independência assume contornos essenciais quando se trata de acordos afetos à consensualidade de colaboração.

Como visto, a transversalidade dos acordos de colaboração demanda a compatibilização entre a unidade do evento fático ilícito e suas repercussões nas distintas esferas de responsabilização. Com objetivo de compatibilizar a confissão da pessoa jurídica no acordo de leniência com o reflexo sancionatório nas condutas de outras pessoas jurídicas e de pessoas físicas que atuaram concretamente nos fatos confessados, o Ministério Público Federal passou a celebrar Termos de Adesão ao acordo leniência originário com os interessados (Nota Técnica 01/2017 da 5ª Câmara de Combate à Corrupção). Essa adesão e participação dos coautores interessados é importante para instrumentalizar o desbaratamento dos ilícitos delatados, além de evitar conflitos de interesses entre a pessoa jurídica beneficiada com a leniência e as pessoas físicas que praticaram as condutas no mundo fático. Por isso prever, na leniência originária, a extensão dos benefícios aos coautores interessados (pessoas físicas e jurídicas), nas distintas esferas de responsabilização, é uma condição que alcança um peso especial para os envolvidos nas tratativas, além de conferir segurança jurídica e legitimar a descoberta de ilícitos complexos por parte do Estado. O Ministério Público passou a estipular, portanto, no acordo de leniência originário, as condições das adesões pelos interessados. Cada Termo de Adesão, por sua vez, pactuará concretamente os benefícios com o coautor interessado, a partir dos resultados revelados por cada aderente, alcançando um verdadeiro efeito cascata das colaborações.

O problema é que o membro do Ministério Público que pactua o acordo de leniência originário tem suas atribuições definidas territorialmente e recebe fatos delatados ocorridos em locais distintos, por diversas pessoas jurídicas e físicas, geralmente fora de sua esfera de atribuição. A solução encontrada foi permitir que o acordo de leniência originário abranja um escopo amplo, qual seja, a delação de fatos ilícitos praticados em diversos locais, por distintas pessoas, com possibilidade de extensão dos efeitos da leniência à esfera penal, cível e administrativa sancionadora. O fundamento para tanto é o fato de que o membro do Ministério Público, ao celebrar o acordo de leniência originário, cristaliza a tutela adequada (aferição do cumprimento da lei e atendimento ao interesse público) e articula a unidade da instituição para aquele caso concreto. Por isso a leniência originária veicula a unidade do Ministério Público perante os colaboradores e também perante os demais membros da instituição.

E para que o Promotor Natural referente ao fato delatado desempenhe suas funções, o modelo utilizado foi o do Termo de Aquiescência por parte de Membros do *Parquet*. No acordo originário foram negociados os benefícios legais em favor dos colaboradores e delimitado o espectro de abrangência da adesão. Através desta sistemática o Promotor de Justiça Natural

recebe o anexo, ou seja, o material revelado no acordo de leniência e analisa se adere ou não ao acordo, mediante o compromisso de respeitar os termos do originário (Orientação 01/2017 da 5ª Câmara de Combate à Corrupção). Pode ser que a leniência originária tenha previsto somente a possibilidade de ser dada continuidade às investigações dos fatos delatados, ou autorizada a negociação de adesões, para fins cíveis e criminais (com ou sem definição prévia de parâmetros para os benefícios). Em que pese os fatos delatados estarem dentro das atribuições deste segundo membro, para a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal a limitação das suas possibilidades de atuação não viola sua independência funcional. Pelo contrário, não cabe a ele rejeitar a validade e eficácia do acordo originário. Caso já exista investigação em curso e os elementos de prova oferecidos não representarem alterações substanciais, bastará ao segundo membro indicar a inconveniência de sua adesão, através da fundamentação adequada, em face de circunstâncias objetivas (Nota Técnica 01/2020).

Estes modelos adotados pelo Ministério Público Federal para compatibilizar a tutela eficaz do interesse público anticorrupção com o respeito ao que foi pactuado e ao enfraquecimento de posições jurídicas de direitos fundamentais dos infratores-colaboradores revelam o êxito na ponderação dos interesses e direitos em discussão. Revelam ainda a harmonização da independência com a unidade do Ministério Público, na coordenação interna das atribuições de seus membros.

O cumprimento do planejamento estratégico, com as metas democraticamente estabelecidas, bem como das regulamentações e recomendações do CNMP, com utilização da fundamentação constitucionalmente adequada para a hipótese em que isso não ocorrer, e o respeito aos acordos de leniência originários entre os membros do Ministério Público reforça a legitimidade da atuação da instituição se possibilita seu *accountability*.

3.4 Mecanismos de *accountability*

Como visto, o Ministério Público brasileiro recebeu uma formatação constitucional peculiar (amplo rol de atribuições, titularidade exclusiva da ação penal, colegitimidade na defesa de direitos difusos, condição de agente político e de instituição autônoma com membros dotados de independência funcional, aliado ao princípio da unidade), o que o diferencia de instituições congêneres de outros países democráticos.

Não obstante as diferenças, os governos democráticos compartilham a necessidade de prestação de contas ao público e de submissão das funções públicas a um controle, tanto para

evitar desvios quanto para proporcionar eficiência na prestação dos serviços e alcance das metas.

A afirmação “confie em nós” ou as virtudes individuais dos membros do Ministério Público não gera o nível de confiança do público que se deve esperar de um governo de leis. A forma como os países implementaram mecanismos de verificação da atuação do Ministério Público variou bastante. Por exemplo, nos Estados Unidos a responsabilidade eleitoral busca compensar as deficiências de revisão judicial da atuação do Ministério Público (legitimidade democrática). Já em grande parte dos países europeus, uma espécie de responsabilidade burocrática que agrega orientação articulada com hierarquia e revisão interna busca conformar a atividade dos promotores de justiça com o Estado de Direito. São, ao fim e ao cabo, formas de prestação de contas³³¹.

Estudo realizado na organização dos serviços do Ministério Público de nove países levantou as reformas destinadas a melhorar a capacidade, a independência e a responsabilidade do órgão, enquanto instituição projetada para atingir objetivos sociais específicos. A pesquisa procurou responder ao questionamento referente ao *quantum* essencial de independência e de medida de responsabilidade perante a sociedade é realmente necessário para que a instituição seja capaz de prestar um serviço neutro e não político de e tomar decisões não arbitrárias no que se refere à aplicação das leis aos casos reais. A conclusão foi no sentido de reconhecer que o Ministério Público é um “ator institucional incorporado em um processo político”, que deve prestar seus serviços de maneira neutra e lógica, devendo existir meios de se “definir, monitorar e garantir essa neutralidade, o que implica prestação de contas a outros atores institucionais”. Um elemento chave é avaliar a “capacidade da promotoria de atingir metas e objetivos legítimos e publicamente desejáveis, resistindo efetivamente a interferências impróprias”. Ou seja, medir sua eficácia pela capacidade de ação para atingir os objetivos públicos legítimos. Isso implicaria em duas coisas. Primeiro, a avaliação do Ministério Público exige a avaliação dos objetivos da sociedade para esse serviço. Segundo, a avaliação deve se concentrar em efeitos pragmáticos, e não no design formal. Por fim, concluiu a pesquisa que “a independência decisória institucional de todo o Ministério Público parece ser mais importante do que a independência de cada Promotor”. O nível de independência dos promotores de justiça é, antes, “um meio de garantir que o Ministério Público execute tarefas socialmente valiosas que lhe atribuímos”³³².

³³¹ MILLER, Marc L.; WRIGHT, Ronald F. **The worldwide accountability deficit for prosecutors**. Wash & Lee Law Review, n. 1587, 2010. Disponível em: <http://law2.wlu.edu/deptimages/Law%20Review/67-4WrightMiller.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

³³² OPEN SOCIETY INSTITUTE SOFIA. **Promoting prosecutorial accountability, Independence and effectiveness: comparative research**, 2008. Disponível em:

No caso do Ministério Público brasileiro, sua peculiar formatação constitucional torna complexa a atividade de fiscalização e orientação. Rememorando o conceito de *accountability* e aplicando suas premissas ao Ministério Público, Rodrigues enfatiza que, no caso da instituição, “o mandante é o povo, que pode manifestar seus interesses de forma direta, por consultas públicas, participação em audiências, e indireta, por meio, por exemplo, das deliberações legislativas”³³³.

Aliando todas essas premissas ao perfil político-institucional do Ministério Público, Goulart destaca a necessidade de seus membros atuarem tendo como norte o projeto democrático delineado pela Constituição Federal, o que exige a definição de estratégia e tática. Só assim será possível cumprir as tarefas que lhes foram designadas³³⁴.

Além de viabilizar a consecução das metas, o planejamento estratégico é essencial para consolidação de uma atuação resolutiva e para a construção democrática da unidade na instituição³³⁵. Isso porque ele oportuniza a transparência no atingimento das metas, construídas inclusive a partir da contribuição social oportunizada.

Ao propor a construção democrática da unidade institucional do Ministério Público, Goulart sugere um modelo de definição da participação da sociedade e de elaboração de Planos e Programas de Atuação. Em uma primeira etapa, a Procuradoria-Geral de Justiça coordena a elaboração do Plano Geral de Atuação, abrangendo o levantamento dos principais problemas para comporem a agenda institucional (através de consulta à sociedade, à comunidade científica e aos membros), os debates sobre as formas de enfrentamento dos problemas levantados e a definição de prioridades e metas (através de ampla discussão na classe). Estabelecida uma agenda mínima no Plano Geral, as Promotorias de Justiça elaboram seus Programas de Atuação Local (após audiência pública com a comunidade local, podendo incorporar problemas e metas locais). A partir das informações colhidas nos Programas de Atuação Local, deve ser realizada uma conferência regional para seleção de prioridades e metas para determinada base territorial regional, elaborando-se um Programa de Atuação Integrada. Ou seja, serão construídos

<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/promoting_20090217.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

³³³ *Accountability* pressupõe “a apreensão da categoria *principal* (mandante) e *agent* (agente ou mandatário), assim como da estrutura analítica da *accountability*: *answerability* (necessidade de dar respostas) e *enforcement* (coação)”. (ROGRIGUES, Geisa de Assis. Corregedorias de as atribuições constitucionais do Ministério Público: desafios e potenciais impactos, **Revista Jurídica Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 49-107, 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

³³⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 82, 104-106.

³³⁵ GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 205.

planejamentos setoriais, a partir das diretrizes do planejamento estratégico e das particularidades locais e com participação da sociedade.

Definidas as prioridades e metas, a unidade ideológica e a unidade de ação da instituição são acompanhadas por órgãos de coordenação e gestão administrativa, pelo Conselho Superior, no exercício do poder revisional de arquivamentos de inquéritos civis (não homologando arquivamentos que indiquem desvios às prioridades e às metas), e pela Corregedoria Geral, através de sua função orientadora e fiscalizadora (acompanhando o cumprimento das metas)³³⁶. A Corregedoria, no caso, atua como verdadeiro instrumento de democracia participativa, pois torna o Ministério Público permeável a um maior controle finalístico pela sociedade³³⁷.

De tudo que foi exposto, o que se conclui é que a ausência de compreensão da função política do Ministério Público e da definição de estratégia e de tática para atuar gera uma “rotina burocratizada de uma instituição de faz de conta”³³⁸, sem utilidade social, irrelevante e descartável.

É a “vontade coletiva-interna democrática” (instrumentalizada no planejamento estratégico, construído com participação social) que irá “garantir a unidade necessária à atuação voltada à transformação social”³³⁹.

O cumprimento do planejamento estratégico, portanto, com as metas democraticamente estabelecidas, bem como das regulamentações e recomendações do CNMP, com utilização da fundamentação constitucionalmente adequada para a hipótese em que isso não ocorrer, reforça a legitimidade da atuação do membro do Ministério Público e possibilita o *accountability* da instituição, compensando a ausência de legitimidade democrática (escrutínio eleitoral).

³³⁶ GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 131-134.

³³⁷ MACEDO, Paulo Sergio Novais. Democracia participativa na Constituição brasileira, **Revista de Informação Legislativa**, n. 178, abr./jun. 2008.

³³⁸ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 106.

³³⁹ GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. XX. Zaneti Jr. faz um paralelo das funções e potencialidades recebidas pelo Ministério Público da Constituição Federal com a parábola dos talentos (Mateus, capítulo 25, Bíblia Sagrada). É necessário que a Instituição não se omita no seu dever de cultivar, desenvolver e multiplicar suas funções constitucionais. Pecar por negligência fará com que outra pessoa ocupe seu lugar e realize o trabalho. (ZANETI JR., Hermes. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 40.

CONCLUSÃO

Diante das premissas expostas, concluimos que a Constituição Federal confere juridicidade à atuação negocial do Ministério Público no âmbito do direito punitivo, entendido, nesta pesquisa, como ilícitos criminais e ilícitos administrativos sancionadores das Leis 8.429/1992 e 12.846/2013.

A solução consensual de ilícitos tradicionalmente resolvidos por imposição coercitiva das sanções pelo Estado visa a incrementar opções que contribuam para diminuir o tempo entre o fato praticado e a resposta estatal correlata (escopo de celeridade, para resolver problemas estruturais do sistema de justiça) ou para desvendar e punir ilícitos de difícil investigação (sofisticação de instrumentos para enfrentamento de temas de complexidade transversal; ferramenta investigativa). Fundamenta-se na duplicidade constitucional dos sistemas de acesso à justiça, que abrange a resolução adjudicatória pelo Poder Judiciário e a resolução consensual, havendo diretriz constitucional para priorização desta última, inclusive na temática do direito punitivo. Trata-se de opção discricionária do legislador constitucional originário, influenciada por ideais políticos e tradições processuais distintas, que deve impactar em uma mudança cultural dos atores do sistema de justiça, em relação à forma de compreensão do fenômeno jurídico para adequar a atuação do direito punitivo ao paradigma da consensualidade.

A solução negociada no direito punitivo se justifica pelo direito geral de liberdade do infrator para autolimitar posições jurídicas de direitos fundamentais (autorregramento) e pela compreensão de que os direitos difusos envolvidos admitem ajuste para adequá-los à tutela efetiva no caso concreto (probidade administrativa, moralidade pública, segurança pública, direito fundamental da vítima e da sociedade ao combate à impunidade).

O Ministério Público é instituição legitimada pela Constituição Federal para eleger a tutela adequada dos direitos difusos na temática do direito punitivo, observados os limites constitucionais. Sua atuação se conecta em primeiro plano com a concretização das funções recebidas e se vincula ao ordenamento jurídico como um todo, sendo prescindível a existência de lei enquanto fundamento habilitante no cumprimento das finalidades constitucionais.

Sob uma perspectiva ampla, ilícitos penais e ilícitos administrativos sancionadores são mecanismos que o Estado dispõe para regular condutas e atingir uma vida social ordenada. Estão incluídos na soberania estatal de definir a ordem jurídica interna (prévia tipificação, acompanhada da sanção respectiva) e de executá-la. Não havendo respeito espontâneo, a aplicação das consequências jurídicas pode ocorrer através da atuação consensual do Ministério Público com o infrator. Os limites desta atuação, as garantias individuais a serem observadas e

a solução possível diante do descumprimento do acordo decorrem do ramo sancionador que envolve o acordo (penal ou administrativo sancionador) e do seu escopo (pactuação de reprimenda ou técnica de investigação a partir da colaboração do infrator).

Na seara criminal, a negociação de consensualidade de pura reprimenda envolve a pactuação de condições, tidas como equivalentes jurisdicionais da pena, de natureza jurídica obrigacional. Se descumpridas, ensejam oferecimento de denúncia. Já a negociação da consensualidade de colaboração envolve a sugestão de penas com posterior homologação e, ao término da solução adjudicada judicial, com imposição e aplicação pelo Poder Judiciário, na sentença. A regulamentação da Lei 12.850/2013, no que se refere ao limite das cláusulas, caracteriza uma intervenção no direito geral de liberdade dos indivíduos, podendo caracterizar restrição (formal e materialmente constitucional) ou violação (inconstitucional), demandando análise no caso concreto, a partir da ponderação e proporcionalidade dos direitos envolvidos. Eventual inconstitucionalidade incidental deve ser objeto de requerimento quando da homologação do acordo, a fim de propiciar segurança jurídica quanto aos seus efeitos.

No âmbito do direito administrativo sancionador, a negociação de consensualidade de pura reprimenda no âmbito da Lei 8.429/1992 envolve a pactuação das sanções. Em caso de descumprimento, ensejam execução, sem necessidade de formação de culpa através de solução adjudicada. Já a consensualidade de colaboração, tal qual na seara criminal, envolve a sugestão de sanções com posterior homologação e, ao término da solução adjudicada judicial, imposição e aplicação pelo Poder Judiciário, na sentença.

O critério de legitimação da atuação consensual do Ministério Público no âmbito do direito punitivo passa pela fundamentação constitucionalmente adequada de suas decisões e pela participação social na decisão de metas e de planejamento estratégico a serem cumpridos. A forma de assegurar que seus membros utilizem este poder de maneira adequada é através de suas vinculações às metas e aos planejamentos estratégicos definidos, sendo-lhes necessário arcar com o ônus argumentativo na hipótese de o caso concreto evidenciar a adequação de tutela diversa, sendo insuficiente a alegação de independência funcional. O controle finalístico e o acompanhamento da atuação unitária da Instituição se operacionalizam pelo Conselho Superior (no exercício do poder revisional de arquivamentos promovidos) e pela Corregedoria Geral (através de sua função orientadora e fiscalizadora).

REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. O membro do Ministério Público como agente político, **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 7, p. 39-47, abr./jun. 2003. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-7-abril-junho-de-2003>>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- ABBOUD, Georges; PEREIRA, Mateus Costa. O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irrespondível. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al. **Processo e liberdade**: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Editora Thoth, 2019.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça, **Revista Jurídica Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 1., p. 49-107, a. 2016. Disponível em: <<https://www.cnpm.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- _____. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento da ordem em habeas corpus. Habeas corpus n.º 79.572-GO. Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, n.º 35, Brasília, 22 fev. 2002.

_____. _____. Procedência de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Partido Socialismo e Liberdade e União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 fev. 2016.

_____. _____. Provimento de recurso extraordinário. Recurso Extraordinário n.º 795.567. Luiz Carlos de Almeida e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 28 mai. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 set. 2015.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal em nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público, **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 35, 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coord.). **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Da jurisdição. Bahia: Universidade da Bahia, 1957.

CAMBI, Eduardo. Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 57, p. 53-90, jul./set. 2015.

CANÇADO, Paulo Roberto Moreira; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz Moreira; FREITAS, Pedro Henrique Esteves. Função orientadora das Corregedorias do Ministério Público e a realização e acordo de resultados. In: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 11-16, 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARDOSO, Fernando Navarro. **Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal**. Madrid: Editorial Colex, 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1965.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.

CORDEIRO, Néfi. **Tráfico internacional de entorpecentes**. 2000. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de pós-graduação em Direito Público do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/38757>>. Acesso em: 01 mar. 2020;

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo como instituição de garantia**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-brevess-mentacoessobreodevidoprocessolegal>>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Uma espectroscopia lógica do debate entre garantismo e ativismo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência**. São Paulo: LTr, 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CUTANDA, Blanca Lozano. La tensión entre eficacia y garantías em la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal em el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad, **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 11, p. 51 e ss., 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA; Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

_____; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa, **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

EISELE, Andreas. **Direito Penal: teoria do delito**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 5.ed. Madrid: Civitas, v. 2, 1995.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; _____; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A natureza jurídica da ação por ato de improbidade administrativa. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli (Org.).

Estudos sobre improbidade administrativa: em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade, **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 14, p. 149-162, a. 2018. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/386/340340380>. Acesso em: 07 mai. 2020.

_____. Quais benefícios o Estado pode oferecer ao réu colaborador? Existem limites materiais ao acordo de colaboração?, **Revista Parquet em foco**, Escola Superior do Ministério Público de Goiás, v. 2, n. 4, p. 13-24, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/parquet-em-foco-n-4#.XrU8RWhKjIV>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: a potencial incidência na Lei 8.429/92, **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 40, 67, 69, 72, out./dez. 2017.

_____. **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do controle. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de processo civil coletivo:** a codificação das ações coletivas do Brasil. Forense: Rio de Janeiro, 2008.

GLENN, H. Patrick. **Legal Traditions of the World:** sustainable diversity in law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos paradigmas da jurisdição:** conceito, princípios, funções. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

_____. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GREGO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 27, p. 72, jul./set. 1999.

_____. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUARAGNI, Fábio André. A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima. (Org.). **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2016, v. 1.

HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Razones por las que merece la pena la pena. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HOLANDA JR., André Jackson de; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Improbidade administrativa: Lei n.º 8.429/92**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

IRTI, Natalino, 1999, apud ZANETI JR., Hermes. A relação entre garantismo penal e garantismo civil: fragilização virtuosa e não virtuosa do princípio da legalidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, p. 111-144, jul./dez. 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites. **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 3, jan./jun. 2016.

_____. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JATHAY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, p. 7-8, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria de justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

MACEDO, Paulo Sergio Novais. Democracia participativa na Constituição brasileira, **Revista de Informação Legislativa**, n. 178, abr./jun. 2008.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicídio na área metropolitana de Brasília: representações sociais dos Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Magistrados, **Sociologias**, Porto Alegre, v. 17, n. 40, p. 294-325, set./dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222015000300294&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 22 set. 2019.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luis Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2018/12/CONVEN%C3%87%C3%83O-PROCESSUAL-SOBRE-PROVA-DIANTE-DOS-FINS-DO-PROCESSO-CIVIL.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____.; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, e-book.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 2010. 461 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Centro de pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/leticia_martel/>. Acesso em: 10 out. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A independência do Ministério Público, **Revista dos Tribunais**, v. 729, p. 391, jul. 1996.

_____. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público, **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 93, jan./mar 2006.

_____. Princípios institucionais do Ministério Público Brasileiro. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

McCONNELL, Terrance. **Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1979.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado, Custos Legis - **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em: 01 mar. 2020.

_____. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

_____. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MILLER, Marc L.; WRIGHT, Ronald F. **The worldwide accountability deficit for prosecutors**. Wash & Lee Law Review, n. 1587, 2010. Disponível em: <http://law2.wlu.edu/deptimages/Law%20Review/67-4WrightMiller.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público Brasileiro: agências e laboratório de jurimetria, **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/338. Acesso em: 09 mai: 2020.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo, **Revista de Processo**, v. 105, p. 181-184, jan./mar. 2002.

_____. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile**. Vol. 1. 4^a ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1906, p. 21

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira), **Revista de Processo**, v. 293, p. 19-47, jul. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2016.

PERIM, Maria Clara Mendonça. A resolutividade da atuação judicial do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais: um desafio de gestão. In: SILVA, Rodrigo Monteiro (Coord.). **O Ministério Público e a Constituição Federal**: 30 anos de vigência do novo pacto de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____; ROMANO, Michel Betenjane. Negociação na improbidade administrativa: uma questão de justiça normativa. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz (Org.). **Ministério Público, Constituição e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Acordo de não persecução cível**. São Paulo: JHMizuno, 2020.

POLASTRI, Marcellus. **A prova penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

_____. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAATZ, Igor. Processo, liberdade e direitos fundamentais, **Revista de Processo**, v. 288, p. 21-52, fev. 2019.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual [livro eletrônico]: a liberdade das partes no processo** / Rodrigo Ramina de Lucca; Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, coordenadores; Arruda Alvim, orientador científico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Link: <http://proview.thomsonreuters.com>.

RECONDO, Felipe. Moraes diz que também devolveu acordo de delação para PGR. **JOTA**, São Paulo, 04 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/moraes-diz-que-tambem-devolveu-acordo-de-delacao-para-pgr-04122017>>. Acesso em: 20 out. 2019.

ROGRIGUES, Geisa de Assis. Corregedorias de as atribuições constitucionais do Ministério Público: desafios e potenciais impactos, **Revista Jurídica Corregedoria Nacional do Ministério Público**, v. 01, p. 49-107, 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

ROSSI, Júlio César. O garantismo estrutural. In: PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al. **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Editora Thoth, 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 1997.

_____. **La evolucion de la politica criminal, el Derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SENNA, Gustavo. **Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Rodrigo Monteiro. Celebração de acordos em ações de improbidade administrativa como forma de evitar a proteção deficiente do interesse público, **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, v. 1, p. 262-289, 2019.

SOUZA, Diego Crevelin de. **Dever (ou garantia) de (não) provar contra si mesmo? (!) O dilema em torno do art. 379, CPC**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdppro-35-dever-ou-garantia-de-nao-provar-contra-si-mesmo-o-dilema-em-torno-do-art-379-cpc>>. Acesso em: 22 out. 2019.

SOUZA, Renee do Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019.

_____. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**: coleção política criminal e garantias fundamentais. Brasília: IDP, v. 2, 2016.

_____. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. **Acordo de não persecução penal**: resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

_____. Projeto de lei anticrime e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. In: _____; SOUZA, Renee do Ó; SANCHES, Rogério. **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos indisponíveis? In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. A relação entre garantismo penal e garantismo civil: fragilização virtuosa e não virtuosa do princípio da legalidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, p. 117, jul./dez. 2013.

_____. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____; DIDIER JR., Fredie. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação,

arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. _____; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016.