

Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal

Túlio Fávaro Beggato

Procurador da República. Ex-procurador do Estado. Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Pós-graduando em Direito.

Resumo: O atual cenário de corrupção e de deficiência na gestão de serviços públicos exige uma atuação mais racional e efetiva do Ministério Público. No referido contexto, acentua-se a necessidade de se superar o dogma da obrigatoriedade da ação penal. O diagnóstico do modelo atual, bem como o prognóstico relativo à aplicação de um novo parâmetro interpretativo, tendo em vista a desnecessidade de alteração legislativa, demonstra que o interesse público, também sob o enfoque do garantismo penal, aponta para a discricionariedade no oferecimento da ação penal como a melhor solução para o sistema brasileiro, como já tem sido feito no Direito Comparado.

Palavras-chave: Efetividade. Racionalidade. Ministério Público. Obrigatoriedade da ação penal. Superação. Interesse público. Garantismo penal. Discricionariedade.

Abstract: The current scenario of corruption and deficient public services management requires a more rational and effective performance of the Public Prosecution Service. In that context, stresses the need to overcome the dogma of mandatory prosecution. Not only the diagnosis of the current model, but also the prognosis on the application of a new interpretive parameter, independent of legislative change, show that the public interest, also from the standpoint of criminal guaranteeism, points to prosecutorial discretion as the best solution for the Brazilian system, as has been done in comparative law.

Keywords: Effectiveness. Rationality. Public Prosecution Service. Mandatory prosecution. Overcoming. Public interest. Criminal guaranteeism. Discretion.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve diagnóstico sobre a obrigatoriedade da ação penal no Brasil. 3 A eficiência e o estabelecimento de prioridades. 4 A obrigatoriedade da ação penal como princípio. 5 A ausência de norma positivada que obrigue o exercício da ação penal em todos os casos. 6 O sistema acusatório e a discricionariedade na persecução penal. 7 As *mitigações* da obrigatoriedade da ação penal no modelo atual. 8 A procedimentalização da discricionariedade na persecução penal. 9 Reflexos da discricionariedade da ação penal. 10 Conclusão.

1 Introdução

O século XXI, para o Brasil, tem sido um período conturbado por escândalos de corrupção, impunidade e insuficiência de serviços públicos essenciais, a exemplo da saúde, da educação e da segurança pública. Nesse contexto, o Poder Público tem sido instado a combater a corrupção e a recrudescer a sua performance de gestão com o objetivo de atender ao interesse público. O Ministério Público, por seu turno, também deve buscar meios de aperfeiçoar a sua atuação, máxime diante da sua fisionomia constitucional, que lhe atribui a qualidade de fiscal do ordenamento (*custos iuris*), de protetor dos direitos humanos (*ombudsman*), de órgão de controle sobre políticas públicas e serviços públicos essenciais, além da condição de titular da ação penal pública (*dominus litis*), com o conseqüente protagonismo na condução ou na supervisão da investigação criminal.

É certo que o incremento da eficiência e da efetividade na atuação ministerial gera melhores resultados na prestação de serviços públicos e também no combate à corrupção e à impunidade, o que repercute diretamente na concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A partir dessa lógica, pensada sob o viés do garantismo penal e do sistema acusatório, é que se evidencia a necessidade de se rever, de maneira técnica e científica, a ideia da obrigatoriedade da ação penal. A necessidade de superá-la também decorre do fato de que a sua aplicação açodada e irracional é tão problemática quanto a sua não aplicação, quando maquiada por institutos jurídicos diversos, conforme se exporá.

Diante de tais premissas, este artigo se propõe a analisar o fundamento normativo da obrigatoriedade da ação penal, bem como

a possibilidade de melhoria nos resultados da persecução penal, inclusive com a correção de distorções que decorrem do modelo atual. Em outras palavras, busca-se perquirir a viabilidade normativa de uma nova interpretação do sistema atual, pautada na proteção dos direitos humanos/fundamentais do investigado e na maior eficiência da atuação ministerial em favor da sociedade.

2 Breve diagnóstico sobre a obrigatoriedade da ação penal no Brasil

A obrigatoriedade da ação penal no Brasil tem gerado o sobrecarregamento de órgãos estatais, a exemplo do Ministério Público, com demandas fadadas ao insucesso ou relativas a delitos de baixíssima gravidade. De outro lado, diante do gigantesco volume de feitos, casos de elevada complexidade e alto grau de estruturação, como aqueles relacionados à corrupção e ao desvio de verbas públicas, com sérias repercussões sociais, são tratados, como regra, da mesma maneira que os demais.

As reiteradas ações penais oferecidas, mesmo diante da baixa probabilidade de procedência dos pedidos (seja pelo entendimento jurisprudencial consolidado ou pela qualidade dos elementos de prova), têm gerado exorbitante desperdício de recursos materiais e humanos do Ministério Público, do Poder Judiciário e até mesmo da Polícia, em detrimento de causas mais sensíveis e relevantes para a sociedade.

No mesmo sentido, segue a constatação de Vladimir Aras:

Na hora de decidir o que fazer com uma investigação criminal concluída a contento, promotores de Justiça e procuradores da República dizem aleluia! E logo são premiados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, que se baseia na *utopia totalitária* de que nenhum crime deve permanecer impune (*nec delicta maneat impunita*). Tolerância zero. Aqui sempre foi assim. Está na lei de 1942. Mas em grande parte do mundo *juridicamente civilizado* já se adotam à larga critérios de oportunidade da ação penal, no que se chama em língua inglesa de *prosecutorial discretion*, a nossa discricionariedade regrada. Trata-se da faculdade concedida ao Ministério Público de deixar de perseguir certas infrações, especialmente as de pequeno e médio potencial ofensivo, quando faltantes certas condições objetivas ou quando pre-

sentos certos requisitos previamente estabelecidos em lei. Critérios bem definidos e adequadamente implantados de *prosecutorial discretion* ajudariam a eliminar causas criminais desnecessárias ou fadadas ao insucesso e a economizar recursos humanos e materiais do Estado. Tais ativos poderiam ser empregados para a persecução de crimes realmente graves. Costumo dizer que quem é garantista e favorável ao *princípio da intervenção mínima* é necessariamente um apoiador da adoção de critérios de discricionariedade para reger a *decisão do Ministério Público de acusar ou não acusar*¹.

O excerto acima bem descreve a atual problemática do sistema criminal brasileiro e a necessidade de se eliminarem feitos criminais inúteis ou fadados ao insucesso, o que, ademais, também atende ao princípio da intervenção mínima. Isso porque a obrigatoriedade da ação penal redundaria, em diversos casos, na exigência de que o investigado responda, de maneira desnecessária, a processo penal, o que viola o princípio da intervenção mínima, uma vez que, como sabido, o processo penal, de *per se*, já é uma punição (*the process is the punishment*) diante de todos os estigmas, gastos e desgastes que lhe são inerentes (MORENO, 2014).

Além de tudo, o exercício obrigatório da ação penal com a banalização de demandas judiciais repercute em construções judiciais que, no afã de suprir a desproporcionalidade da pena em alguns casos, criam condicionantes inexistentes em lei para a condenação, aumentam parâmetros de insignificância, exigem dolo específico sem previsão legal ou a comprovação de dano em crimes formais e de mera conduta. Essa jurisprudência criada em casos banais, ao ser indevidamente reproduzida, assegura absolvições em casos graves e importantes. Trata-se de um fenômeno pernicioso ao interesse público, que viola o princípio da vedação da proteção deficiente aos bens juridicamente tutelados, ao arrepio da própria ideia de garantismo penal integral (FISCHER, 2009).

1 BLOG DO VLAD. “Um breve diagnóstico do sistema criminal”. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/09/um-breve-diagnostico-do-sistema-criminal/>>. Acesso em: 5 set. 2015.

De outra parte, como forma de contornar a obrigatoriedade, ao se depararem com casos notadamente irrelevantes ou que não ultrapassam uma relação de custo-benefício para a intervenção penal, alguns membros do Ministério Público não ajuízam a ação penal pública sob diversas justificativas, a exemplo da *ausência de justa causa*, da *prova não suficiente*, do *dolo não caracterizado* ou do *princípio da insignificância*, que cada vez é mais alargado para abranger diversas hipóteses (exemplo atual é o arquivamento do crime de descaminho quando a reiteração da conduta não totaliza o patamar mínimo de R\$ 10.000,00 ou de R\$ 20.000,00).

O grande problema desse tipo de postura é que ela ocorre de maneira desordenada e até voluntarista, fazendo com que a inexistência de regulamentação sobre essa discricionariedade mascarada, bem como a ausência de critérios transparentes e minimamente uniformes para o seu exercício, repercute em diferença de tratamento entre investigados. Ao invés do arquivamento dos elementos de prova (inquérito policial ou procedimento investigatório criminal) sob fundamentos mascarados, é mais adequado que ele ocorra pelos fundamentos corretos (e que, de fato, ocorra), de maneira que a perseguição e a punição sejam concentradas nos casos em que haja real necessidade e probabilidade de procedência nos pedidos das respectivas ações penais.

Em suma, a obrigatoriedade da ação penal não se mostra adequada, nem sob o prisma da coletividade, nem sob o ângulo do investigado. E é em razão disso que o arquivamento da investigação em determinados casos, diante dos corretos fundamentos, além de estabelecer maior eficiência na perseguição penal, pode evitar para o réu o desgaste de um processo penal desnecessário, com todas as mazelas que lhe são inerentes.

3 A eficiência e o estabelecimento de prioridades

O Poder Constituinte Reformador, com as alterações advindas da Emenda Constitucional n. 19/1998, entre elas a inserção formal do princípio da eficiência, demonstrou a necessidade de efetivar de

maneira célere as finalidades públicas – em uma lógica de resultados – sem deixar de lado a importância de certas formalidades². Esse novo paradigma decorre da superação do modelo burocrático de gestão, que enfatiza os aspectos formais em detrimento dos resultados.

Notadamente, o aperfeiçoamento institucional de boas práticas, com a exclusão de formalidades desnecessárias, objetiva a consecução de resultados em evidente prestígio à eficiência. Ocorre que a melhoria na gestão tem limite no quantitativo de pessoal (e da respectiva profissionalização), de estrutura e de orçamento, o que impõe a necessidade de se estabelecerem prioridades para avançar.

A necessidade de escolhas decorre da constatação de que, diante da limitação de recursos materiais e humanos, é impossível realizar, de maneira adequada, a integralidade do espectro de atribuições de determinado órgão público. Em razão disso, mostra-se mais razoável atribuir prioridade à realização dos objetivos de maior relevância. Os demais objetivos são descartados de plano ou são deixados para o momento oportuno em caso de surgir viabilidade material ou humana. Tais escolhas devem ser feitas, sob pena de não ser possível concretizar, de maneira minimamente adequada, as finalidades primordiais/imprescindíveis de dado órgão.

Tal expediente já é utilizado pelo Poder Executivo. Tem-se como exemplo a sua atuação fiscal, em que são estabelecidas prioridades de fiscalização. Cuida-se de elencar um rol de importância diante de resultados e critérios conquistados anteriormente. A partir disso, dá-se prioridade a algumas modalidades de fiscalização (e a determinados setores), em detrimento de outras. Em alguns casos, persiste o interesse fiscalizatório, mas desde que as fiscalizações de maior importância se realizem anteriormente. Em outros, a atuação é descartada de plano com substrato na evidente inexistência de custo-benefício. As execuções fiscais obedecem a lógica análoga, entretanto, têm as suas prioridades estipuladas em paradigmas relacionados ao valor da dívida ativa (ausência de prioridade para valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00; interesse inter-

2 Trata-se da denominada *Administração de Resultados* (OLIVEIRA, R., 2014).

mediário em montante superior a R\$ 1.000,00 e inferior ou igual a R\$ 10.000,00; e prioridade para montante superior a R\$ 10.000,00).

Evidentemente, também subsiste a necessidade de se estabelecerem prioridades na atuação do Ministério Público como maneira de aperfeiçoar a eficiência no que tange à sua atividade-fim. Tal postura também implica reconhecer a desnecessidade de atuação em casos de baixa ou baixíssima relevância. Nesse ponto, é importante destacar que, em se tratando da tutela coletiva, a referida necessidade já foi sinalizada pela doutrina:

Parece-nos incompatível com as peculiaridades da tutela coletiva, equivocada e anacrônica a aplicação do princípio da obrigatoriedade à atuação do Ministério Público Federal como agente em tutela coletiva. Mais, entendemos que ela prejudica sobremaneira a eficiência e a efetividade da atuação institucional em favor da sociedade, bem como o adequado enfrentamento dos enormes desafios que se apresentam à Instituição neste século, ao ocupar os Procuradores da República com causas de pouca relevância (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2015, p. 738).

É interessante destacar que, ontologicamente, não há diferença entre a atuação coletiva (direitos difusos e coletivos em sentido estrito) e a atuação criminal do Ministério Público para efeitos do estabelecimento de prioridades. Em ambos os casos, o direito material é indisponível (do mesmo modo como ocorre com os valores devidos à Fazenda Pública), o que não se confunde, por certo, com a obrigatoriedade do exercício da respectiva ação judicial (ou seja, com a atuação processual). Em outros termos, a indisponibilidade do direito material não deve ensejar confusão entre o direito material e o direito processual.

Tendo isso em conta, recentemente reunidos, membros do Ministério Público Federal posicionaram-se a favor do estabelecimento de prioridades em sua atividade criminal. Segue, nesse sentido, excerto da Carta de Angra dos Reis³, elaborada na ocasião:

3 Documento elaborado por membros do Ministério Público Federal, reunidos no Município de Angra dos Reis-RJ, no XXXI Encontro Nacional dos Procura-

O efetivo combate à corrupção e à criminalidade organizada e a eficiência e efetividade da persecução criminal, no século XXI, exigem a flexibilização crescente do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A adoção do princípio da oportunidade regrada (*prosecutorial discretion*), mediante definição de prioridades na persecução criminal, a partir de diretrizes construídas prévia e coletivamente, inclusive ouvidos os demais corpos atuantes na segurança pública, cabe ao Ministério Público, titular da ação penal, e seu exercício deve se dar mediante decisões fundamentadas, com recurso da vítima para os órgãos legalmente investidos de atribuição revisora.

Notadamente, o aperfeiçoamento da atividade ministerial exige o estabelecimento de prioridades, o que também se insere no contexto da atuação criminal. Exsurge daí a necessidade de analisar a natureza jurídica e o fundamento normativo da obrigatoriedade da ação penal, bem como de perquirir se eventual alteração do modelo vigente é de *lege lata* ou de *lege ferenda*.

4 A obrigatoriedade da ação penal como princípio

Antes, porém, da análise do substrato normativo do denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal, faz-se mister que seja evidenciada a sua natureza jurídica. O primeiro ponto a ser elucidado diz respeito à nomenclatura do referido *mandamento*, qual seja: *princípio da obrigatoriedade da ação penal*. Registre-se que o mencionado *princípio* é corriqueiramente repetido pela doutrina processualista brasileira.

Entretanto, é oportuno rememorar, segundo a doutrina especializada, quais as características e elementos que qualificam determinada norma como inserida na categoria jurídica de princípio:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias

dores da República, ocorrido entre os dias 28 de outubro e 2 de novembro de 2014, em torno do tema central *O crime organizado e suas engrenagens*. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/images/anpr_em_acao/2014/novembro/carta%20de%20angra%20dos%20reis_xxxi%20enpr.pdf>. Acesso em: 6 set. 2015.

de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebel'sky*), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas) (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

Observa-se, a partir do excerto acima, que para a prevalência de um princípio (para que ele seja impositivo), deve subsistir o preenchimento de determinadas condicionantes fácticas e jurídicas. Por seu turno, uma regra é sempre impositiva (em uma lógica de tudo ou nada), sendo certo que não há que se falar em ponderação de valores e interesses. Assim, quando uma norma jurídica torna determinada conduta obrigatória, sem que haja a necessidade de preencher condicionantes ou de realizar qualquer ponderação (bastando, portanto, mera subsunção), ela deve ser caracterizada como regra.

Nessa esteira, entende-se como obrigatoriedade a característica daquilo que é imposto e que não se pode dispensar⁴. Notadamente, o sentido de obrigatoriedade traduz algo que não pode deixar de ser feito, ou seja, uma vinculação sem qualquer análise de condicionantes ou ponderações.

É oportuno destacar que a interpretação sobre a existência de um ilícito penal ou sobre o preenchimento das condições da ação como condicionantes para o exercício da ação penal, na intenção de qualificar a sua obrigatoriedade como um princípio, não se mostra correta. Neste caso não existe qualquer ponderação entre valores a ser realizada, mas tão somente subsunção do fato à norma.

Desse modo, a denominação *princípio da obrigatoriedade da ação penal* – nos moldes em que é interpretada atualmente (como regra e não como princípio) –, em verdade, repercute em *contradictio in adjecto* (pois, sendo princípio, não pode ser sempre de incidência obrigatória).

De outro lado, a noção de que a ação penal pública somente pode ser ajuizada após o preenchimento de condicionantes de fato e de direito (entre elas o enquadramento em prioridades previamente estipuladas) e a realização do juízo de ponderação (*verbi gratia*, sobre a gravidade do crime praticado ou sobre a probabilidade de sucesso da ação penal) coaduna-se com a ideia de *princípio*.

5 A ausência de norma positivada que obrigue o exercício da ação penal em todos os casos

Logo de início, é importante sublinhar que a doutrina entende que o *princípio da obrigatoriedade da ação penal*, também denominado de *princípio da legalidade*, é extraído de um dispositivo legal. Trata-se do art. 24 do Código de Processo Penal⁵, especificamente no trecho “nos crimes de ação penal pública, esta será promovida

4 Compreensão extraída de pesquisa realizada no *Dicionário Online de Português*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/obrigatoriedade/>>. Acesso em: 6 set. 2015.

5 “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

por denúncia do Ministério Público”. Em síntese, o termo *será* é o que subsidia o dogma de que a ação penal pública é obrigatória, conforme se depreende do excerto doutrinário a seguir transcrito:

No que toca à obrigatoriedade, o próprio art. 24, sob comentário, diz que, nos crimes de ação penal pública, esta será iniciada por denúncia do Ministério Público. A forma imperativa “será iniciada” demonstra, de logo, sua obrigatoriedade ou legalidade (TOURINHO FILHO, 2007, p. 114).

Na mesma linha de intelecção, a doutrina defende que a norma contida no referido dispositivo retira a possibilidade de juízo de valor pelo Ministério Público sobre a conveniência e a oportunidade no exercício da ação penal pública. Segue um exemplo dessa posição doutrinária:

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade. Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribuiu a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade da propositura da ação penal (OLIVEIRA, E., 2014, p. 126).

Nota-se, assim, que, para a doutrina pátria, diante da presença do crime e das condições da ação, o órgão do Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia (caso entenda que houve, de fato, o crime e que estão presentes as condições da ação).

da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

O referido entendimento, contudo, não pode e não deve prevalecer. É que o multicitado dispositivo legal não traz em sua redação a obrigatoriedade da ação penal. Ele demonstra, apenas, a legitimidade processual (do Ministério Público), bem como o instrumento processual (a denúncia) a ser utilizado em crimes de ação penal pública. Em outros termos, o Código de Processo Penal, em atenção ao sistema acusatório, reconheceu ao órgão de acusação a exclusividade na iniciativa da ação penal pública, o que não é o mesmo que determinar a sua obrigatoriedade.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, ao cuidar da ação penal, reforça tal entendimento, conforme se depreende da transcrição abaixo:

O projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal.

Notadamente, não é possível extrair do multicitado art. 24 (nem mesmo pelo método gramatical de interpretação) que em todo crime de ação penal pública o Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia. Lado outro, também não há que se falar que a obrigatoriedade da ação penal é extraída a partir da interpretação conjunta (método sistemático de interpretação) do art. 24 com outros dispositivos do referido diploma legal, a exemplo do seu art. 28. Novamente, faz-se mister a transcrição de trecho da exposição de motivos do mencionado diploma legal, especificamente sobre a ação penal:

Para dirimir dúvidas que costumam surgir no caso de recusa do promotor da justiça em oferecer denúncia, adotou o projeto a seguinte norma: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para ofe-

recê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Verifica-se que a mencionada exposição de motivos evidencia a possibilidade de recusa do Ministério Público em oferecer a denúncia, inclusive com a palavra final sobre a questão, em homenagem ao sistema acusatório. Notadamente, não há que se depreender daí que apenas o órgão superior do Ministério Público possa realizar juízo de valor sobre o oferecimento da ação penal. Pelo contrário: o órgão superior pode fazer o referido juízo de valor em sede de revisão do juízo de valor realizado pelo órgão de execução, exatamente como ocorre com uma decisão judicial e a possibilidade de sua revisão pelo órgão superior (um tribunal nesse caso).

Das normas positivadas, portanto, extrai-se que não existe obrigatoriedade no oferecimento da ação penal, mas obrigatoriedade de fundamentação na decisão de arquivamento do Ministério Público para o respectivo controle. Tal sistemática, assim, ao contrário do que ocorre com a ideia da obrigatoriedade da ação penal, coaduna-se com a independência funcional deferida originariamente pela Constituição ao promotor de Justiça e ao procurador da República como membros do Ministério Público.

A partir das normas mencionadas, observa-se, tanto pelo método histórico (a partir da exposição de motivos do Código de Processo Penal) quanto por qualquer outro método interpretativo (inclusive pelo sistemático ou gramatical), que inexistente fundamento normativo positivado para a obrigatoriedade da ação penal pública como a doutrina e a jurisprudência aduzem corriqueiramente.

Noutro giro, a necessidade de realização de um juízo de conveniência e oportunidade na ação penal privada não traz como consequência, *a contrario sensu*, que a ação penal pública não necessite do referido juízo de valor. O diferencial é que, diante da característica de publicidade, na análise da discricionariedade da ação penal pública, devem-se levar em conta critérios e controles mais rigorosos (por exemplo, com a revisão e coordenação da instância superior do Ministério Público), o que é totalmente diferente de excluir o mencionado juízo de valor.

É digno de nota, ainda, que a maior distinção entre as espécies de ação penal (pública e privada) não é a discricionariedade, mas a legitimidade (Ministério Público ou particular), exatamente como dispõe o art. 100 do Código Penal e seus respectivos parágrafos⁶ e o art. 257 do Código de Processo Penal⁷.

Por todo o exposto, conclui-se que a obrigatoriedade da ação penal, como praticada atualmente, é um costume, ou seja, pauta-se pela crença e pela tradição de que algo deve ser feito e deve sê-lo porque sempre o foi. Cuida-se, em suma, de um paradigma constituído por força do hábito (da repetição), que é utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito. Entretanto, a referida crença ou tradição não se mostra adequada, sobretudo tendo em vista o diagnóstico do sistema criminal brasileiro, acima referido, e a independência funcional atribuída ao Ministério Público pela Constituição da República.

6 O sistema acusatório e a discricionariedade na persecução penal

De início, calha destacar que a Constituição da República de 1988 realizou a opção pelo sistema acusatório, em nítido prestí-

6 “Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

7 “Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II - fiscalizar a execução da lei.”

gio à garantia do devido processo legal, de sorte a resguardar os direitos fundamentais do indivíduo. É oportuno consignar que o ministro Luís Roberto Barroso, na relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104⁸, registrou a importância e as consequências da referida opção:

Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional. A titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia.

Extrai-se do bem-lançado voto que cabe ao Ministério Público, em decorrência da titularidade da ação penal pública, realizar o juízo de valor (com a consequente decisão) sobre o oferecimento da denúncia.

O referido voto também destaca que cabe ao órgão citado orientar a condução das investigações. Nesse ponto, vale um adendo: a autoridade policial não possui disponibilidade sobre a investigação criminal. Sendo assim, quando lhe chega notícia de infração penal, a instauração do inquérito policial é medida que se impõe. Em outros termos, não se deve conferir margem de subjetividade, permitindo que a autoridade policial exerça investigação seletiva, sem qualquer controle, o que é incompatível com o

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em ADI n. 5.104 MC/DF, rel. min. Roberto Barroso, *DJe*-213, divulg. 29 out. 2014, public. 30 out. 2014.

regime republicano. Na mesma linha, Moreno (2014, p. 47), ao destacar que, em que pese o trabalho conjunto entre a polícia e o Ministério Público, cabe a este decidir sobre o prosseguimento ou não de um caso.

Tais premissas, reconhecidas pela melhor doutrina, levam à inexorável conclusão de que a palavra final sobre o exercício ou não da ação penal é do Ministério Público, cabendo também a este, por via de consequência, definir a política criminal. É oportuno conceituar política criminal: “A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos” (ZAFFARONI, 1999, p. 132).

Nessa linha de inteligência, observa-se que o monopólio da ação penal pelo Ministério Público, que decorre do inciso I do art. 129 da Constituição, repercute na necessidade de se verificar a presença de interesse público que justifique a persecução penal no caso concreto, o que se mostra absolutamente incompatível com a ideia da obrigatoriedade da ação penal.

É importante destacar que na noção de interesse público também está inserida a necessidade de se evitar o desperdício de recursos públicos (necessidade de se racionalizar a atividade-fim do Ministério Público e do Poder Judiciário). Sendo assim, durante o processo cognitivo na tomada de decisão entre acusar ou não, a real possibilidade de se chegar a uma condenação ao final do processo penal deve ser muito bem avaliada. Em tal análise, o juízo de valor sobre a qualidade da prova e dos elementos probatórios é fundamental (BURKE, 2005, p. 17, tradução nossa)⁹. No mesmo sentido, segue a doutrina de Luiza Frischeisen:

A decisão de acusar no sistema acusatório deve cumprir um roteiro no qual as provas devem ser analisadas e sopesadas como suficien-

9 The potential for cognitive bias to creep into prosecutorial decision making starts from the earliest case-screening stages, when prosecutors must determine whether there is sufficient evidence to proceed with a prosecution.

tes para a sustentação da tese de acusação, tudo devidamente submetido ao devido processo legal, além da possibilidade de se obter decisão judicial razoável e proporcional ao dano ao bem jurídico, cujo responsável será o acusado. Por outro lado será necessário verificar se existe interesse público que justifique a persecução penal. Neste cenário a qualidade da prova é essencial (FRISCHEISEN, 2015, p. 53).

Notadamente, a decisão de acusar deve decorrer da análise do interesse público, que inclui a viabilidade de uma decisão condenatória. De outro lado, é certo que a divisão dos deveres e poderes relativos à acusação e ao julgamento entre duas instituições distintas (Ministério Público e Judiciário), com a consequente valorização dos direitos e garantias individuais, própria da adoção do modelo acusatório, milita a favor da potencialização da prerrogativa do Ministério Público de formular sua convicção para acusar ou não acusar. Assim, a percepção de que a referida decisão deve ser lastreada no interesse público e, ao mesmo tempo, na proteção do indivíduo impõe a conclusão de que o sistema acusatório se encontra em total sintonia com a *prosecutorial discretion*, uma vez que ela é conectada às garantias e aos direitos fundamentais do investigado, bem como prestigia a separação dos deveres e poderes relativos às instituições acima mencionadas, o que não ocorre com a obrigatoriedade da ação penal.

Ademais, o Ministério Público, como titular da ação penal, também deve moldar a política criminal, como ocorre em vários países, inclusive nos Estados Unidos da América. É interessante ressaltar que, no referido país, busca-se efetivar um controle para que os promotores e procuradores não decidam acusar absolutamente tudo, uma vez que lá os índices de condenação são levados em conta para a eleição de juízes e promotores. Em outros sistemas jurídicos, como o inglês, também existem controles internos rigorosos para que não existam acusações infundadas, arbitrárias ou injustificadas.

No Brasil, entretanto, o controle é inverso: busca-se evitar que o Ministério Público deixe de acusar alguém. A obrigatorie-

dade da ação penal é defendida, por vezes, como instituto voltado a impedir a impunidade, mas tal argumento mostra-se totalmente falacioso. Conforme já demonstrado, a adoção cega da obrigatoriedade da ação penal, por vezes, gera o efeito inverso: impunidade justamente nos casos mais graves, pelo ementismo advindo de casos de pouca ou nenhuma relevância ou pelo congestionamento do Ministério Público e do Judiciário, que impossibilita a concentração de esforços adequados em investigações e feitos de maior importância.

Verifica-se que, enquanto a doutrina de outros países, pautada no modelo acusatório, encontra-se deveras avançada, com estudos sobre o processo mental (de cognição) no momento da tomada da decisão de acusar, o Brasil ainda está preso ao dogma da obrigatoriedade da ação penal. A academia brasileira ainda não percebeu que a decisão de maior reflexo e mais importante no processo penal, seja porque todo o processo penal depende dela, seja pelas suas diversas consequências, é justamente a decisão de acusar. Como bem nota Moreno,

En definitiva, puede que la decisión de proceder sea probablemente la que más transcendencia tenga en el proceso penal, de manera que los prosecutors no deben comenzar (ni en su caso continuar), un procedimiento a menos que la acusación no haya sido sometida a una serie de controles o filtros que respondan a un pautas estandarizadas de las exigencias del derecho (MORENO, 2014, p. 80).

Por todo o exposto, observa-se que o modelo acusatório no Brasil pode e deve ser aperfeiçoado. A titularidade da ação penal pública ofertada ao Ministério Público pela Constituição não se resume à mera legitimidade processual. O modelo acusatório requer o protagonismo do Ministério Público no que tange à persecução penal. As amarras da obrigatoriedade da ação penal, a participação judicial no arquivamento da investigação, bem como a incursão judicial em critérios de conveniência e oportunidade sobre a investigação e a persecução penal demonstram que o sistema acusatório no Brasil ainda guarda resquícios da época em que as funções de acusação e julgamento não eram separadas.

7 As mitigações da obrigatoriedade da ação penal no modelo atual

Não se pode olvidar que a doutrina reconhece *mitigações* da obrigatoriedade da ação penal. A mais repetida é a transação penal. É certo que, neste caso, conforme a Lei n. 9.099/1995, o Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, realiza uma proposta que, na hipótese de ser aceita, impede o oferecimento da exordial acusatória. Tratar-se-ia de hipótese em que a ação penal não seria obrigatória, dando-se lugar a *discricionariedade regrada*. Esta percepção é, contudo, objeto de críticas pela doutrina de Pacelli de Oliveira:

Na busca da definição conceitual dos diversos institutos e categorias jurídicas trazidas pela citada lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta discricionariedade regrada, que viria, assim, a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal. O Ministério Público não mais se veria obrigado à propositura da ação, podendo, antes, promover a solução da questão penal pela via conciliatória, por meio da chamada transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95). Entretanto, não nos parece que assim tenha efetivamente ocorrido. Aliás, se afastamento da obrigatoriedade houve – e houve! –, foi unicamente em relação ao tipo de sanção a ser transacionada. Quanto à obrigatoriedade da ação, observa-se que, se o Ministério Público deixou de ser obrigado à propositura da ação penal, exigência inerente ao modelo processual condenatório, permanece, todavia, igualmente obrigado a propor a transação penal, desde que o alegado ou apontado autor do fato preencha as condições previstas nos art. 76, § 2º, I, II e III, da mencionada lei. Por mais que a doutrina citada, sobretudo Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 18), tenha se esforçado na tentativa de visualizar aí a existência de uma discricionariedade – regrada – supostamente atribuída ao Ministério Público, o fato é que nenhum deles admite que o membro do *parquet* possa escolher livremente qual a solução mais adequada ou conveniente à administração da jurisdição e/ou aos interesses da Justiça Penal. A exceção ocorre apenas em relação à modalidade de pena a ser objeto da transação. Em outras palavras: nenhum deles reconhece qualquer

juízo de discricionariedade na atividade ministerial, recusando-lhe qualquer participação na definição de conveniência e oportunidade das diversas soluções possíveis (OLIVEIRA, E., 2014, p. 131).

Observa-se que a citada doutrina entende que o instituto da transação penal, em que pese, de fato, afastar a obrigatoriedade da ação penal, não traduz real discricionariedade (conveniência e oportunidade), uma vez que é obrigatória a proposta de transação ou o oferecimento de denúncia, não sendo possível uma terceira via ou soluções diversas. Além disso, os requisitos para a proposta de transação seriam taxativos e as vedações também. Tudo isso leva a concluir que inexistente real discricionariedade nesses casos.

É preciso registrar, entretanto, que a discricionariedade não deve deixar de ser reconhecida pela simples existência de uma inevitável dualidade de opções (transação ou denúncia). O que caracteriza a discricionariedade é a liberdade, expressa ou implícita, conferida pelo legislador ao agente público para exercer um juízo de ponderação. Noutra giro, a existência de duas ou mais opções é indiferente para a configuração da conveniência e oportunidade. Afinal, o que importa é a liberdade de escolha, que possui como premissa, ao menos, a dualidade de opções.

Ademais, no conteúdo da proposta de transação também existe certo grau de discricionariedade na escolha da pena a ser proposta (e do respectivo período de cumprimento), por mais que existam balizas legais a serem observadas. E esses parâmetros legais a serem seguidos não transmudam discricionariedade em vinculação. Tem-se como exemplo clássico o ato administrativo discricionário, pelo qual a escolha dos motivos e/ou do objeto deve, sempre, respeito a determinado quadro normativo, sem que se perca, com isso, a liberdade de eleição do agente que o pratica.

Pelo exposto, deve ser reconhecida a transação penal como uma hipótese de exercício da discricionariedade na ação penal (por mais que tal instituto no Brasil ainda seja incipiente em comparação com o *plea bargain* estadunidense ou com institutos semelhantes

em outros países, totalmente independentes da participação judicial, o que se mostra mais consentâneo com o modelo acusatório).

É oportuno asseverar que, além da transação penal, diversas outras hipóteses de discricionariedade são praticadas no Brasil, diante do crescente congestionamento dos órgãos públicos com casos absolutamente irrelevantes. Os exemplos mais corriqueiros são os arquivamentos lastreados no princípio da insignificância, no princípio da *ultima ratio*, no reconhecimento de ausência de potencialidade lesiva no caso concreto, no apenamento administrativo referente ao crime de desobediência, entre outros.

Exemplo interessante diz respeito à colaboração premiada. É certo que a discricionariedade no seu manejo deve permanecer tão somente à disposição do Ministério Público, como decorrência lógica do sistema acusatório adotado pela Constituição, tendo em vista os reflexos diretos no exercício da titularidade da ação penal. Existe, inclusive, a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, nos moldes da Lei n. 12.850/2013. Trata-se, portanto, de mais uma hipótese reconhecida pelo ordenamento atual em que a obrigatoriedade da ação penal não se mostra presente como decorrência de um juízo de valor realizado pelo promotor natural (conveniência e oportunidade), que pode ser exercido também na propositura de outros benefícios ou reduções em forma de cláusulas.

Conclui-se, pelo exposto, que a discricionariedade no oferecimento da ação penal já é uma realidade no Brasil. Entretanto, ao lado das hipóteses reconhecidas expressamente pelo ordenamento pátrio, ordinariamente muitos arquivamentos são lastreados em diferentes institutos e justificativas, na maioria das vezes escamoteando os reais motivos de priorização e de busca por eficiência que movem estas decisões de não perseguir e de não processar. Noutra giro, muitos membros do Ministério Público não promovem os referidos arquivamentos, o que repercute em tratamento anti-isonômico e em processos penais absolutamente desnecessários. Ambos os caminhos são inadequados, mostrando-se imperiosa a proceduralização infra-legal e institucional para sanear tais distorções.

8 A procedimentalização da discricionariedade na persecução penal

Conforme apontado, muitos arquivamentos não são expressos em indicar a discricionariedade pautada no interesse público que lhe subsidia. A resistência em arquivar com base nos corretos fundamentos também pode ser atribuída ao fato de que a seletividade na persecução penal poderia passar a equivocada ideia de que é permitido ao membro do Ministério Público escolher, de maneira livre e descontrolada, os casos em que deve atuar.

Ocorre que o *princípio da oportunidade regrada* no exercício da ação penal não pode ser entendido como uma escolha ao exclusivo talante de um único membro do Ministério Público, sem qualquer baliza ou regramento. Em outros termos, a busca pela eficiência com a discricionariedade da ação penal deve ocorrer juntamente da regulação da matéria por ato normativo infralegal e institucional que, além de destacar as prioridades de atuação, deve estabelecer o controle da inércia no que diz respeito ao membro oficiante. Calha anotar que a discricionariedade e o respectivo controle de inércia já são sinalizados pela doutrina nacional no âmbito dos direitos coletivos. Assim, por exemplo, defende Mazzilli:

Mas, naturalmente, essa discricionariedade deverá ser muito bem controlada. Para que o sistema proposto funcione adequadamente, será necessário estabelecer um sistema de controle da inércia, mediante o qual qualquer interessado possa reclamar aos órgãos de administração superior do Ministério Público em decorrência da falta ou da insuficiência da atuação de um de seus órgãos de execução, num caso concreto (MAZZILLI, 2009, p. 94).

É oportuno registrar que a regulamentação interna para o estabelecimento de prioridades e controles deve ao mesmo tempo homenagear a independência funcional e a unidade institucional do Ministério Público. Nessa lógica, devem ser estimulados cursos e encontros entre os diferentes cargos da carreira para que ocorra intenso debate sobre os temas mais importantes, bem como sobre estratégias de atuação e prioridades. A Escola Superior e os Grupos de Trabalho também se mostram fundamentais para os estudos que vão subsidiar os referidos debates.

Nesse plano, as orientações extraídas dos referidos debates, a exemplo da expedição de enunciados sumulares, bem como a elaboração de manuais procedimentais de atuação, dentre outras, nunca podem decorrer de imposição ou designação, o que violaria o princípio da independência funcional, garantia da sociedade. Lado outro, no caso de discordância do membro sobre algum entendimento fixado em abstrato, o órgão superior pode proceder à revisão, como tem sido feito.

De qualquer modo, antes da atuação revisional, é importante que os membros tenham a oportunidade de participar do diagnóstico e da constatação das prioridades. A referida participação deve constar do procedimento interno a ser desenvolvido e formalizado, assim como a participação dos demais corpos atuantes na segurança pública, que também se mostra fundamental. Também deve ser inserida a possibilidade de recurso da vítima ou do interessado ao órgão superior no caso de o órgão de execução decidir pelo arquivamento.

Tais medidas facilitam o arquivamento de demandas não relevantes ou sem interesse social e, ao mesmo tempo, recrudescem o combate aos crimes mais graves, a exemplo da corrupção e da lavagem de dinheiro. Sugere-se, desde logo, como catalisador dessa racionalização, a elaboração de enunciados pelos órgãos superiores nas hipóteses em que os arquivamentos são corriqueiramente homologados, de sorte a dispensar a remessa para homologação e o respectivo fluxo de autos, o que também deve ser regulamentado.

É importante destacar, por fim, que a formalização desse procedimento retira a ideia de livre escolha (de seletividade na persecução penal) e resgata a noção de *discricionariedade na persecução penal*, a revelar, de maneira mais apropriada, o que o instituto deve representar no sistema criminal brasileiro: utilidade, justa causa, transparência, controle, eficiência e razoabilidade na persecução penal.

9 Reflexos da discricionariedade da ação penal

Uma nota final sobre a indisponibilidade da ação penal faz-se pertinente. Sabe-se que a doutrina brasileira traduz o *princípio da indisponibilidade da ação penal* como uma decorrência lógica do prin-

cípio da obrigatoriedade da ação penal. Nesse sentido, por exemplo, defende Pacelli de Oliveira:

No que diz respeito à ação pública, por exemplo, várias destas regras decorrem do próprio princípio da obrigatoriedade. É o que ocorre com o chamado princípio da indisponibilidade, traduzido na impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado. Parece-nos, em tais hipóteses, que a apontada regra não vai além de consequência fundamental do princípio da obrigatoriedade, que estaria irremediavelmente atingido se se permitisse ao Ministério Público, obrigado a propor a ação penal, dela desistir após a sua propositura. A única distinção que se pode observar entre obrigatoriedade e indisponibilidade seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela (OLIVEIRA, E., 2014, p. 128).

Tal raciocínio, entretanto, não se mostra adequado. É que a indisponibilidade da ação penal (ao contrário da sua obrigatoriedade, como já demonstrado) tem previsão legal no ordenamento jurídico pátrio (arts. 42¹⁰ e 576¹¹ do Código de Processo Penal), tratando-se de disposição normativa autônoma e não de decorrência principiológica. Ademais, a discricionariedade da ação penal não é incompatível com a sua indisponibilidade. Isso porque, após o juízo de valor sobre o preenchimento dos critérios de perseguibilidade e a decisão de acusar, reconhece-se o interesse público no processo penal, e, iniciada, em razão disso, a relação processual penal, não mais se pode falar em desistência (de acordo com o ordenamento vigente), exatamente como ocorre no processo coletivo¹².

10 “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

11 “Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.”

12 A diferença fundamental é que no processo penal o Ministério Público pode requerer a absolvição, o que é diferente de desistir do processo. Não se desconhece a existência de doutrina no sentido de que ao juiz é vedado condenar quando o Ministério Público requer a absolvição (LOPES JUNIOR, 2014, p. 1). Entretanto, não é o que prepondera atualmente.

É oportuno destacar que a impossibilidade de desistência do processo penal inviabiliza a extinção do feito pela ausência do Ministério Público em audiência, do mesmo modo que impede a preclusão temporal em ato processual intempestivo (ressalvada a hipótese recursal). Trata-se de aplicação da indisponibilidade do interesse público, reconhecido pelo Estado no momento em que se decidiu acusar. Em síntese, o regime jurídico da indisponibilidade permanece intacto (pela sua autonomia) mesmo diante da *prosecutorial discretion*.

Noutro giro, o que se nota é que, nos casos de arquivamento pautado pelo juízo de discricionariedade, o interesse público pelo processo penal não se perfectibilizou. Daí a discussão sobre a viabilidade da ação penal privada subsidiária da pública. Não se desconhece o seu *status* de direito fundamental consagrado na Constituição da República (inciso LIX¹³ do art. 5º) nem a sua característica de instrumento de fiscalização da ação penal pública¹⁴. Entretanto, não se pode olvidar que o exercício da ação penal subsidiária da pública apenas é viável diante da inércia ou omissão do Ministério Público, seja no oferecimento da denúncia, no arquivamento da investigação ou na requisição de diligências investigativas¹⁵. O referido entendimento é o mais adequado por prestigiar a segurança jurídica do investigado (que possui legítima expectativa de não ser acusado após o arquivamento) e a vedação do processo penal como vingança ou como possível ameaça para a conquista de acordos civis. Sendo assim, diante da decisão de arquivar, mostra-se inviável a ação penal privada subsidiária da pública, que só pode ser manejada na hipótese de inércia ou omissão do órgão ministerial.

13 “LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;”

14 No mesmo sentido é o parecer, no agravo em Recurso Extraordinário n. 859.251/DF, da lavra da subprocuradora-geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão n. ARE 859.251/DF, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe*-94, divulg. 20 maio 2015, publ. 21 maio 2015).

15 Nesse sentido, é a iterativa jurisprudência pátria: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Acórdão no AgRg na APn 302/DF 2004/0010917-0, rel. min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 18 dez. 2006. Supremo Tribunal Federal: ARE 859.251/DF.

Pelo exposto, conclui-se que a discricionariedade no oferecimento da ação penal pública e a ação privada subsidiária da pública possuem campos diferentes de incidência, de sorte a inexistir conflito entre elas. Ademais, a possibilidade de recurso da vítima ou do interessado perante os órgãos superiores do Ministério Público, após a decisão de arquivar, lhes garante o direito de fiscalização e de participação no processo decisório, mesmo quando não exista inércia do órgão.

10 Conclusão

A limitação de recursos não permite a excelência na realização de todo o espectro de atribuições dos órgãos públicos. A necessidade de recrudescer a eficiência e de estabelecer prioridades é notória. Nessa linha de intelecção, evidencia-se a importância de se racionalizar a atividade-fim do Ministério Público, com o estabelecimento de prioridades e, conseqüentemente, com a realização de escolhas.

É neste contexto, e com fulcro no garantismo penal e no sistema acusatório, que se impõe a superação da postura interpretativa que valoriza a obrigatoriedade da ação penal como dogma. Ela tem gerado graves distorções no sistema criminal brasileiro, a exemplo de processos penais absolutamente desnecessários, em desprestígio ao princípio da intervenção mínima e à economia de recursos públicos. Também são distorções advindas do referido dogma, de um lado, os arquivamentos promovidos sob argumentos maquiados e elásticos (que, por vezes, refletem tratamento anti-isonômico) e, de outro, a criação e repetição irrefletida de jurisprudência que impede a adequada punição em casos realmente graves e importantes.

Essa mudança de paradigma (e a conseqüente aplicação imediata da *prosecutorial discretion*) não exige qualquer alteração legal ou constitucional, mas apenas uma interpretação atualizada. Nesse plano, mostra-se imperiosa a respectiva regulamentação infralegal no âmbito do Ministério Público, a partir de parâmetros desenvolvidos com a participação dos membros, das forças de segurança e de outros setores do Poder Público e da sociedade.

Os ganhos com esse novo modelo são evidentes e dão ao Ministério Público a possibilidade de concentrar maiores esforços nos casos realmente relevantes e graves. Além disso, deixam-se de lado diversos processos absolutamente inúteis e desnecessários, em maior prestígio ao princípio da intervenção mínima como garantia do indivíduo, afinal, o processo penal, de *per se*, já é uma punição (*the process is the punishment*), tendo em vista os estigmas, desgastes e gastos que lhe são inerentes.

Referências

BURKE, Alafair S. Improving prosecutorial decision making: some lessons of cognitive science. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707138>. Acesso em: 7 set. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 11 set. 2015.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Apontamentos sobre a prova produzida ou colhida pelo Ministério Público em procedimentos investigatórios criminais e no curso do processo penal. In: SALGADO, Daniel de Rezende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 53-63.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 8 set. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORENO, Juan Damián. *La decisión de acusar*. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

WADHIA, Shoba Sivaprasad. The history of prosecutorial discretion in immigration law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605164>. Acesso em: 8 set. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.