



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

TEMAS PROCESSUAIS, PROVA E PERSECUÇÃO PATRIMONIAL

COLETÂNEA DE ARTIGOS

Volume.6

Ministério Público Federal

Procuradora-Geral da República
Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da República
Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral
Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal
Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal
Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral
Alexandre Camanho de Assis

Secretária-Geral Adjunta
Eloá Todarelli Junqueira

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

B823t

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2.

Temas processuais, prova e persecução patrimonial / coordenação e organização, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Wellington Cabral Saraiva – Brasília : MPF, 2019.

364 p. – (Coletânea de artigos ; v. 6)

ISBN 978-85-85257-45-3.

1. Persecução penal. 2. Prova (direito penal). 3. Crime contra a administração pública. 4. Combate à corrupção. 5. Delação premiada. I. Wellington... II. Título. III. Série.

CDDir 341.433

Elaborado por Isabella de Oliveira e Nóbrega – CRB 1/3131

Membros integrantes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Titulares:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen – coordenadora

Subprocuradora-Geral da República

José Adonis Callou de Araújo Sá

Subprocurador-Geral da República

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Subprocurador-Geral da República

Suplentes:

Márcia Noll Barboza

Procuradora Regional da República

Claudio Dutra Fontella

Procurador Regional da República

Rogério José Bento Soares do Nascimento

Procurador Regional da República

Tulio Borges de Carvalho

Secretário Executivo

Coordenação e Organização

2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Wellington Cabral Saraiva

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

Fone (61) 3105-5100

70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

5 DISCRICIONARIEDADE MINISTERIAL E CRITÉRIOS INSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO

José Alexandre Pasqual¹
Márcia Noll Barboza²

Resumo: Este artigo aborda, no contexto da modernização do processo penal brasileiro, a discricionariedade ministerial e a necessidade de atuação estratégica como forma de combater o crime de maneira efetiva. Na primeira parte, examina a discussão atual em torno da antinomia “discricionariedade versus obrigatoriedade”. Na segunda parte, dedicada à experiência do Ministério Público Federal (MPF), examina as atividades e os critérios de atuação da Câmara Criminal do MPF (2ª Câmara de Coordenação e Revisão – 2ª CCR) relativos à atuação estratégica e efetiva.

Palavras-chaves: Modernização do processo penal. Obrigatoriedade. Discricionariedade ministerial. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.

Abstract: *This article analyzes, in the context of criminal proceedings modernization in Brazil, prosecutorial discretion and the need of strategic action in order to fight crime. In its first part, it examines the current discussion on the antinomy “discretion versus legality”. In its second part, focused in the Brazilian Federal Prosecution Service (MPF) experience, the article examines activities and criteria established by the Criminal Chamber of MPF (2nd Coordination and Review Chamber – 2nd CCR) in relation to strategy and effectiveness.*

Keywords: *Modernization of criminal proceedings. Mandatory prosecution. Prosecutorial discretion. Federal Prosecution Service. 2nd Coordination and Review Chamber.*

1 INTRODUÇÃO

Modernizar o processo penal brasileiro é tarefa atual e de grande importância tanto do legislador quanto do intérprete. O primeiro encontra-se diante da necessária e premente reforma do Código de Processo Penal (CPP), que, como se sabe, é de 1941, época em que a criminalidade era significativamente menor e menos complexa do que a de hoje.³ O segundo tem tarefa igualmente relevante, cabendo-lhe sistematizar e interpretar

1 Bacharel em Direito. Analista do Ministério Público da União na Procuradoria da República em São Paulo.

2 Doutora em Direito. Procuradora Regional da República, lotada na Procuradoria Regional da República da 1ª Região (Brasília/DF).

3 A população brasileira em 1941 era de cerca de 41 milhões de habitantes, consideravelmente menor do que a atual, de mais de 209 milhões de habitantes. Esse crescimento, somado a outros fatores, tornou a sociedade brasileira e a criminalidade que nela se manifesta muito mais complexas. É necessário considerar a complexidade do contexto internacional em que o Brasil se insere, as redes internacionais do crime, a criminalidade cibernética etc. Nesse quadro, o enfrentamento do crime não se pode pautar pelas teorias, ritos e técnicas de 1941.

tar legislação antiquada e já muito modificada, porém de modo fragmentado, primeiro pelas normas constitucionais caracterizadoras de um modelo acusatório e, depois, por novas técnicas de investigação e instrumentos negociais.⁴

Esse trabalho de modernização inclui, necessariamente, repensar a noção da obrigatoriedade da persecução penal. Trata-se, para alguns especialistas, de necessidade decorrente da introdução dos instrumentos negociais referidos, que teriam alterado nosso sistema, mitigando — i.e., afastando parcialmente, como exceções — a regra geral (ou o princípio) da obrigatoriedade. Para outros, cuida-se de mudança mais profunda e do completo abandono de um modelo malsucedido, também conhecido como *full enforcement*, que em análises comparadas aparece como uma das causas do insucesso dos sistemas que o adotam, especialmente aqueles que enfrentam altos índices de criminalidade e escassez de recursos para combatê-los, como os dos países da América Latina.

O presente artigo alinha-se a essa segunda posição, argumentando que a Constituição Federal determina ao Ministério Público atingimento de certas finalidades com eficiência e efetividade, o que não pode ser feito, na presente realidade, sem atuação seletiva e estratégica. “Seletividade” ou “seletividade estratégica” são expressões aqui empregadas para designar a atuação ministerial voltada ao combate efetivo do crime, atuação que não pretende perseguir todos os delitos constatados, o que seria pouco realista, como se argumentará, mas sobretudo os mais graves, inclusive sob análise de riscos para a sociedade brasileira. No Ministério Público Federal (MPF), esses delitos são identificados e tratados como prioritários a partir da atividade de coordenação da Câmara Criminal (2ª Câmara de Coordenação e Revisão — 2ª CCR), que inclui indicação de critérios objetivos de atuação estratégica e seletiva. Tal seletividade não se confunde com arbitrariedade, como se procurará demonstrar. Considerando, ainda, que a doutrina tem preferido termos como *discricionariedade* e *oportunidade* (que costumam ser contrapostos a *obrigatoriedade* e *legalidade*), este artigo perpassa por todos esses usos como forma de favorecer compreensão e desenvolvimento da matéria. Atenção é concedida ao contexto normativo, conceitual e de políticas criminais dos países da América Latina, que, por enfrentarem problemas semelhantes, podem socorrer-se definindo modelo adequado à região. Na segunda parte, o artigo ocupa-se das atividades e dos critérios de atuação da Câmara Criminal do MPF. Não se trata das diretrizes específicas aos

4 A Constituição Federal de 1988 imprimiu alterações importantes no Código Penal de 1941. As mais evidentes foram logo acatadas pelos operadores do Direito. Exemplos são o abandono dos procedimentos penais ex officio, previstos no art. 26 do CPP, e de todas as regras que permitiam instauração da ação penal pública sem apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Por outro lado, a Constituição ainda não projetou todos os seus efeitos, particularmente quanto à adoção completa do modelo acusatório, para o qual apontam diversos vetores constitucionais. O tema é objeto de debates teóricos, que se acirram com a introdução de instrumentos de natureza negocial, como a transação penal, a suspensão do processo, o acordo de delação premiada e o acordo de não persecução penal, por implicarem alterações em postulados básicos de nosso sistema.

acordos penais, por serem objeto de estudos em curso em grupo de trabalho da Câmara Criminal. Defende-se, finalmente, que os critérios institucionais oferecem as balizas indispensáveis ao exercício fundamentado da discricionariedade ministerial.

2 DISCRICIONARIEDADE *VERSUS* OBRIGATORIEDADE

A discussão tem contornos pouco claros e envolve diversidade de análises e proposições, algumas complementares, outras contrapostas e concorrentes, que podem ser sintetizadas nas seguintes teses:

a) Há equívoco original na formulação histórica da obrigatoriedade da persecução penal, ocorrida no sistema processual da Europa continental, ao qual nosso sistema se filia.

b) O mesmo equívoco foi reproduzido na incorporação da obrigatoriedade pelos países da América Latina.

c) Nas reformas por que passam os países da América Latina, mitigação ou completo abandono da obrigatoriedade constituem tema central e incontornável.

d) No Brasil, trata-se, em verdade, de equívoco interpretativo, não havendo opção clara do legislador em favor da obrigatoriedade.

e) Independentemente do que se entendesse no período anterior a 1988, cabe hoje interpretar a legislação processual penal à luz da Constituição. Nessa releitura operam vetores constitucionais relativos ao funcionamento e à eficiência do Ministério Público – e do sistema acusatório como um todo – que não podem ser concretizados sem discricionariedade e seletividade estratégica.

Adverte-se, antes de avançar, que essa disposição é arbitrária. Nada impede que as referidas análises e proposições sejam dispostas de modo distinto. A disposição apresentada é mero recurso de organização para desenvolvimento das ideias que se seguem.

Primeiramente, quanto ao item “a” – equívoco original na formulação histórica do princípio da obrigatoriedade –, trata-se de avaliação controvertida, ali mesmo, entre os autores europeus. Alguns defendem, ainda hoje, o que se pode denominar “concepção ideal de legalidade do século XIX”, da qual decorre, segundo entendem, obrigatoriedade da persecução penal, enquanto outros propõem abordagens mais realistas e pragmáticas, defendendo até a utilidade de instrumentos negociais como forma de combater o

crime. Debate interessante parece ocorrer na Itália, país sujeito a rígida obrigatoriedade constitucional, único no continente, aliás, a disciplinar a matéria na Constituição (*“Articolo 112. Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale.”*). Tal enquadramento encontra-se em discussão. Veja-se o que diz Antonella Peri (2010, p. 2):

Tuttavia l’art. 112, nonostante abbia senza dubbio costituito una delle conquiste più qualificanti della nostra Carta Fondamentale, in quanto segnò il superamento di una concezione potestativa della giustizia, oggi è oggetto di una ineffettività concreta tale da portare ad interrogarsi sulla possibilità di mantenerlo, attenuandone però la rigidità, oppure di abbandonarlo definitivamente, scorrendo verso forme di discrezionalità, seppur controllata.

A autora indaga, como se percebe, se não seria caso de atenuar a obrigatoriedade ou abandoná-la completamente em favor de alguma forma de discricionariedade sujeita a controles. Demonstra que a obrigatoriedade produz três paradoxos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito: 1) a regra não é cumprida na forma como idealizada, por absoluta impossibilidade prática; 2) o representante do Ministério Público, frente à impossibilidade de perseguir todos os delitos, é levado a aplicar critérios individuais de priorização; 3) apesar disso, diante do dogma da obrigatoriedade, resiste-se a estabelecer critérios institucionais de priorização. Para a autora, o problema central da regra é sua concepção “formalmente perfeita e humanamente irrealizável”. Como explica, “i padri costituenti hanno dato vita ad un sistema formalmente perfetto, ma praticamente ed umanamente irrealizzabile, aprendo la via, per questo aspetto, a possibili distorsioni”. Demonstra que as distorções significam violação à igualdade, a qual justamente se almejou implementar ao superar a seletividade arbitrária do regime absolutista: “Paradossalmente, quindi, il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, concepito come baluardo del principio di uguaglianza, una volta applicato rischia di determinare disuguaglianze di disciplina tra i cittadini” (PERI, 2010, p. 2-3).

O ponto de maior interesse para este artigo, enfim, não é a realidade atual dos países da Europa continental, mas as pistas que ela deixa sobre as inconsistências da formulação histórica da regra da obrigatoriedade.⁵ Costuma-se dizer que com ela se almejou realizar ideais da Ilustração, notadamente a legalidade e a igualdade, o que não se deixa de reconhecer. É preciso considerar, por outro lado, que na formulação da regra também

5 Sobre as reformas em curso nos países da Europa Continental, consulte-se SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas: ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, ano 3, n. 8, p. 99-120, 2003. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-8-julho-setembro-de-2003/as-politicas-criminais-contemporaneas-enfase-nas-reformas-dos-sistemas-processuais-europeus>.

influiu uma pretensão totalitária de exaustividade do Estado. Acompanhe-se a lição de Antonio Binder sobre essas duas influências históricas (BINDER, 2012, p. 5):

Por una parte, una será la vocación de exhaustividad en el ejercicio de la persecución penal, que es una realidad política que sólo comienza a plantearse fuertemente recién a principios del siglo XIX, tanto por las nuevas concepciones políticas del Estado Bonapartista como por su mayor capacidad técnica. [...] Será, entonces, la versión inquisitiva del sistema mixto, que se expresa en lo que conocemos como "modelo mixto", la que asume esa vocación de exhaustividad, sobre la base de un estatismo que se irá acentuando a lo largo de los siglos venideros y desembocará en los grandes totalitarismos del siglo XX. Al mismo tiempo, proviene de esa misma época y de la ideología de la Ilustración, el postulado de que la fuerza pública debe estar al servicio de todos los ciudadanos. [...] El Ministerio Público, entonces, como funcionario específicamente dedicado a la persecución penal, debe evitar que la ley se distorsione por las debilidades de una acusación dejada exclusivamente en manos de la víctima, la mayor parte de las veces una víctima sin recursos para hacer valer por sí misma la primacía de la ley. Su actuación se debe regir por criterios de persecución obligatoria que garanticen que el Estado será igualitario. Del Estatismo surge la vocación de exhaustividad; del Humanismo, el ideal de un Estado al servicio de todos por igual. Si bien estas dos líneas concurren en sostener la obligatoriedad de la persecución penal, lo hacen por distintas razones y fundamentos.

Prosegue enfatizando que a pretensão de exaustividade nunca foi realizável e, por isso, a regra da obrigatoriedade, além de sofrer de contradição de origem, cumpre finalidades ideológicas não declaradas, relacionadas à inevitável seletividade do sistema punitivo (BINDER, 2012, p. 6):

Por supuesto, ni en aquella época (XIX) ni mucho menos ahora se logró que el principio de legalidad, principio manifestado en la actuación de cada funcionario público dedicado a la persecución penal y en la exhaustividad de dicha persecución penal, funcionara realmente. En la realidad de los hechos el Estado no se ocupó nunca de todo, porque no ha podido y seguramente le sería difícil cumplir siempre esa promesa. Es interesante tomar nota que pese a los enormes saltos tecnológicos, esta incapacidad del Estado de intervenir en todos los casos se ha acrecentado, aunque se siga proclamando con mayor énfasis su vocación de hacerlo. Hay una con-

tradicción de origen en los fundamentos del principio de legalidad que es necesario destacar, y una incapacidad estructural de cumplir con esa promesa que, sin embargo, cumple otras funciones ideológicas.

Ainda, quanto à inevitável seletividade do sistema punitivo, insiste em que (BINDER, 2012, p. 2)

si hay algo que merece el nombre de "funcionamiento estructural" de nuestros sistemas procesales es su funcionamiento selectivo, no ya en el sentido de la "selección primaria", es decir, el recorte fragmentario propio de la legislación penal sino en su funcionamiento real, ligado a la preocupación consistentemente arbitraria respecto de unos casos y el descuido sistémico y persistente sobre otros, de un modo independiente de la gravedad de uno sobre otros; funcionamiento arbitrario que se funda tanto en razones políticas como burocráticas, en razones de fondo, provenientes de la desigualdad social como de pequeñas costumbres de los tribunales, fundadas en la desidia o en modelos organizacionales que imponen sus procesos de trabajo sin importar las consecuencias.

Passando à tese do item "b" – equívoco na incorporação do princípio da obrigatoriedade pelos países da América Latina –, tem-se evidente consequência de nossa filiação à tradição jurídica continental. Dito isso, pode-se passar ao item "c", tese de especial interesse para esta análise. Como referido, nas reformas por que passam os países da América Latina, a mitigação ou completo abandono da obrigatoriedade constituem tema central e incontornável. Trata-se, por certo, de tendência pragmática adotada por países sujeitos a graves problemas de criminalidade. De acordo com Binder, essa seria até uma das características mais importantes das reformas por que passam os países da região. Fala em ruptura com o modelo da obrigatoriedade e na formulação, ainda não acabada, de um regime de discricionariedade e oportunidade. Comenta o surgimento de "nuevas reglas, más flexibles, que, en terminos generales conocemos como reglas de discrecionalidad", fundadas em um "no siempre claro – por lo menos conceptualmente – principio de oportunidad". Sua análise contempla, a partir de uma ótica regional moderna e autônoma, a construção de modelo adequado para a América Latina (BINDER, 2012, p. 1):

En términos generales – y según las particularidades de cada país – a este conjunto de reglas flexibilizadoras de la obligación de ejercer la acción pública y su indisponibilidad una vez ejercida, es lo que solemos denominar "principio de oportunidad" que, en consecuencia, podemos señalar con

claridad que su adopción en las nuevas legislaciones es una de las características mas claras del nuevo derecho procesal penal latinoamericano.

Cabe, pois, examinar as duas linhas de entendimento mencionadas na introdução deste artigo. Como referido, a ruptura em análise é entendida, por alguns autores, como mitigação da obrigatoriedade (em relação à qual a discricionariedade seria exceção) e, por outros, como completo abandono da obrigatoriedade em favor da discricionariedade – dissenso, aliás, muito vivo em debates teóricos sobre temas do processo penal brasileiro.

Em um dos polos da discussão, encontra-se Afrânio Silva Jardim, sustentando que o Código de Processo Penal revelaria, em diversas regras, opção por obrigatoriedade da persecução penal. Fala em excepcionalidade de arquivamento do inquérito policial (art. 16), que, nessa ótica, seria um princípio do sistema. Cita o desarquivamento de inquérito para continuidade das investigações no caso de novas provas (art. 18), a previsão da ação penal em termos, segundo entende, mandatórios (“a ação penal será promovida” pelo Ministério Público – art. 24), a previsão de fiscalização judicial sobre o exercício da ação penal (art. 28) e a prerrogativa do ofendido de iniciar ação penal no caso de omissão do Ministério Público (art. 29). Menciona, ainda no art. 7º da Lei nº 1.521/1951 (Lei de Economia Popular), sobre o reexame necessário da absolvição dos acusados ou do arquivamento do inquérito policial, o art. 30 do Código de Processo Penal Militar, sobre a obrigatoriedade de denúncia, e os arts. 342 e 357 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o primeiro prevendo o crime de omissão do Ministério Público quanto à apresentação de denúncia no prazo legal, e o segundo, o oferecimento de denúncia em termos mandatórios (JARDIM, 1994, p. 93 et seq.).

Jardim defende que a obrigatoriedade deve ser “concebida como uma regra geral” a partir dos princípios da oficialidade da ação penal e da legalidade administrativa (JARDIM, 1994, p. 93):

O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas penais incriminadoras, sendo o Estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo legal expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder

discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não. A regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que necessita de previsão expressa. É intuitivo.

A posição de Jardim é igualmente extremada no que se refere à aplicação dos instrumentos negociais introduzidos em nosso ordenamento. Quando da introdução da transação e da suspensão do processo pela Lei nº 9.099/1995, defendeu uma espécie de legalidade estrita no manejo e na aplicação desses instrumentos. Elaborou tal entendimento e reafirmou, em nova edição de sua obra publicada em 1998, que “não há em nosso Código de Processo Penal qualquer dispositivo outorgando ao Ministério Público o poder de decidir se oferece a denúncia ou não, segundo juízo de oportunidade ou conveniência” (JARDIM, 1998, p. 93 et seq.).

Outros autores, mesmo mantendo a ideia geral da obrigatoriedade, admitem que ela não tem *status* de princípio constitucional nem está prevista como regra expressa do sistema. Nessa linha, Auri Lopes Júnior, por exemplo, conclui que a obrigatoriedade deriva dos termos imperativos do art. 24 do Código de Processo Penal (2015, p. 198). Os manuais costumam repetir essa compreensão. Renato Brasileiro de Lima registra que “para grande parte da doutrina, o princípio da obrigatoriedade não tem status constitucional, sendo extraído do art. 24 do CPP” (2016, p. 229).

Alguns desenvolvem mais detidamente a ideia de mitigação da obrigatoriedade e vislumbram, ao que se entende, espaço circunscrito de atuação discricionária para o Ministério Público. Paulo Rangel afirma que o Ministério Público não pode ficar à mercê de “regras cegas” que impeçam atuação eficaz direcionada a casos de maior complexidade ou relevância (2014, p. 240-241). Tal entendimento parece afastar a ideia de legalidade estrita, mas mantém a discricionariedade limitada a hipóteses bem definidas, que seriam exceções à regra da obrigatoriedade.⁶

6 Paulo Rangel oferece um elenco de hipóteses em que o Ministério Público estaria autorizado a não promover ação penal: “Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de promover a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico, ou, embora típico, não haja a justa causa, ou ainda, em nosso entender, nos seguintes casos: a) quando o fato for insignificante para o direito penal diante de uma criminalidade cada vez mais avançada, tornando desnecessária uma atuação estatal naquele caso concreto (princípio da bagatela: furto de alicate de unha, de xampu em um supermercado; peculato de uma caneta da repartição pública etc); b) quando não houver interesse público da intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo (caso do cônjuge que agride o outro e, posteriormente, voltam a viver bem no seio do lar, significando um momento ruim da vida do casal, mas não uma contínua violência doméstica); c) quando o gasto do estado com o processo for, visivelmente, superior à resposta estatal que se quer alcançar, acarretando despesas aos cofres públicos; d) quando pela demora excessiva do estado em dar andamento à investigação criminal, for prejudicial à sociedade a sanção que possa, eventualmente, ser proferida em desfavor do investigado, mesmo que ainda não prescrito o fato (caso da investigação criminal que leva anos, embora não prescrito o fato, e quando é descoberta sua autoria o investigado já se encontra com a vida organizada, família constituída e incluído, regularmente, no mercado de trabalho, ou seja, reintegrado socialmente); e) quando, nos crimes sem violência ou grave ameaça, for reparado o dano, integralmente, à pessoa lesada”. (RANGEL, 2014, p. 240-241).

Auri Lopes Júnior, concordando em parte, diz que as hipóteses de transação e suspensão do processo “amenizam a obrigatoriedade” (2015, p. 199):

Quanto à rigidez do princípio, concordamos com RANGEL no sentido de que a Lei n. 9.099 a amenizou (mas não muito) em relação aos delitos de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não supere 2 anos). Isso porque, nesses delitos, poderá o Ministério Público deixar de propor a ação penal e, em seu lugar, ofertar a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099). Trata-se de relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada. Mas, é importante destacar, está muito longe de qualquer consagração de oportunidade e conveniência. Trata-se apenas de situações muito restritas e devidamente disciplinadas em que o Ministério Público tem uma pequena (e bem circunscrita) esfera de negociação com o imputado (dentro de rígidos critérios legais).

Renato Brasileiro de Lima apresenta outras designações, nessa mesma linha: “mitigação do princípio da obrigatoriedade”, “princípio da obrigatoriedade mitigada” ou “princípio da discricionariedade regrada”, que seriam formas de designar o fenômeno iniciado pela Lei dos Juizados Especiais e acentuado com inclusão do acordo de colaboração premiada (ou delação premiada) (LIMA, 2016, p. 230). Há, como se vê, diversidade de expressões, nem sempre esclarecedoras, o que é natural no estado de reformulação por que passa o processo penal brasileiro.

Fala-se muito em mera mitigação da obrigatoriedade. Ocorre que a ideia de discricionariedade exercida apenas em parte do ordenamento, i.e., em uma zona de exceção à obrigatoriedade, não reflete a praxis ministerial e não favorece a gestão do que seria autêntica e transparente contribuição do Ministério Público à política criminal, como adiante se argumentará.⁷ Em tal divergência, o presente artigo se alinha com os que

7 Pondera Binder sobre a necessidade de debate de fundo sobre o tema: “Uno de los problemas principales que existen es que el binomio ‘principio de legalidad y principio de oportunidad’, generalmente presentado bajo de la forma de regla y excepción, suele ser visto simplemente como una institución procesal o como un problema propio de la dogmática procesal cuando en realidad expresa formas completas de comprender el proceso penal, la justicia penal y sus vínculos con la política criminal. Hasta hace algunos años era un tema que casi no existía en la literatura procesal latinoamericana o existía solamente en algunos libros suficientemente actualizados con las discusiones europeas. Sin embargo, poco a poco, fue ganando terreno en la discusión procesal y penal y hoy es un tema recurrente en congresos, jornadas y conferencias. Sin embargo, no creo que todavía se haya avanzado lo suficiente en el esclarecimiento de los complejos problemas político-conceptuales que se hallan bajo la superficie de este problema. Es por esa razón que la tendencia dominante en la doctrina analiza el principio de oportunidad como si se tratara de uno o dos artículos relativos al régimen de la acción que regulan o dan contenido a una institución particular del proceso penal, siempre, en todo caso, bajo el prisma de analizar la conveniencia de establecer excepciones al principio de legalidad. [...] No creo que esa visión sesgada constituya una buena aproximación a un conjunto de problemas que no pueden ser vistos como meras cuestiones procesales, sino que conforman un haz de reflexiones sobre aspectos estructurales de la justicia penal en su totalidad, directamente vinculados con la conformación histórica de los actuales sistemas procesales y su funcionalidad política general dentro de algo más amplio como es el sistema penal” (BINDER, 2012, p. 2).

defendem abandono da obrigatoriedade, conforme antecipado e se buscará concluir ao final deste tópico.

Neste ponto, cabe comentar a tese do item “d”, segundo a qual, no Brasil, a obrigatoriedade, como entendida pela doutrina anterior a 1988, é um equívoco interpretativo, porque não há opção clara do legislador em seu favor. Ela, de fato, não se encontra prevista em parte alguma do ordenamento, não deriva de outro princípio do sistema nem faz parte dos postulados fundamentais do Direito Constitucional admitidos independentemente de positivação. Afirma-se, contudo, que a obrigatoriedade decorre do art. 24 do Código de Processo Penal. Reveja-se:

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.

Em leitura livre de qualquer influência dogmática, podem-se extrair diversas regras do texto do art. 24. Não se extrai, porém, a regra de que o Ministério Público deve propor denúncia em todos os casos de constatação de crime. Podem-se extrair comandos como “em crimes de ação penal pública, que deve ser iniciada pelo Ministério Público” (e não por outra entidade), como o de que a ação “deve ser iniciada por denúncia” (e não por outra peça) ou ainda a determinação sobre necessidade de representação do ofendido em crimes que a prevejam.⁸

Ressai de todo o exposto que a obrigatoriedade foi concebida por nossa doutrina a partir da herança do modelo continental e de sua base ideológica, moralmente justificável, cujas contradições, por outro lado, igualmente herdou. A partir disso, a obrigatoriedade tornou-se dogma, ou seja, proposição sobre a qual não mais se refletiu. Foi proclamada, ademais, como princípio, o que não resiste às modernas teorias sobre a

⁸ Semelhante análise é feita por Túlio Fávaro Beggato, que afirma, em outras palavras, que o art. 24 estabelece apenas a legitimidade processual do Ministério Público e o instrumento processual (a denúncia) a ser utilizado em crimes de ação penal pública. O autor comenta ainda o art. 28, que, no modelo atual, em que o Ministério Público figura como *dominus litis*, reconhece discricionariedade ao prever sua recusa em oferecer denúncia, como também sua palavra final sobre a questão (BEGGIATO, 2016, p. 362-363). Com o avanço do modelo acusatório, conforme previsto na Constituição, o inquérito policial deixa de ser o único instrumento de investigação criminal. Os procedimentos extrajudiciais instaurados no Ministério Público, como o procedimento investigatório criminal no MPF, são amplamente utilizados na apuração de notícias de crimes. Tais expedientes extrajudiciais, inclusive o inquérito policial, podem ser arquivados diretamente pela Câmara Criminal do MPF.

linguagem do Direito, que distinguem claramente regras e princípios, sendo estas normas de estrutura aberta, aplicados em maior ou menor medida mediante ponderação.⁹

Veja-se o que afirmou Marcelo Muscogliati sobre a obrigatoriedade em voto vencedor no Conselho Institucional do Ministério Público Federal (CIMPf) (procedimento 1.17.002.000107/2015-70), órgão que examina recursos contra decisões das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF:

Trata-se de um equívoco com 75 anos de idade e com resultados estatísticos desastrosos para o sistema jurídico brasileiro. A prova disso está na falha sistêmica registrada nestas mais de sete décadas de reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição em milhares de casos criminais, nos milhares de casos que só são decididos definitivamente muitos anos depois dos fatos, na carência constante de recursos de toda ordem para reprimir atos ilícitos criminais.

Finalmente – e aqui se passa ao item “e” –, é preciso interpretar a legislação processual penal à luz da Constituição Federal, que, como se disse, contém vetores constitucionais relativos ao funcionamento e à eficiência do Ministério Público e do sistema acusatório como um todo, que não podem ser concretizados sem exercício de discricionariedade e seletividade estratégica. Essa parece ser a proposição de maior relevância, não apenas por fundar-se nas bases principiológicas constitucionais, mas também por tratar dos aspectos pragmáticos relacionados ao atingimento real – e não formal, ideal e simbólico – das finalidades constitucionais do Ministério Público.

Não se deixa de reconhecer a posição constitucional do princípio da legalidade, em sua dimensão administrativa, aplicável à atuação do Ministério Público. Sabe-se, entretanto, que a legalidade não pode ser compreendida de maneira estrita. Os modernos entendimentos sobre interpretação e aplicação do Direito admitem que se exerce discricionariedade, mesmo relativa e necessariamente fundamentada, nos espaços criados por deficiências técnicas do ordenamento, razão pela qual o papel da argumentação e a funcionalidade dos princípios ganham maior importância. Operam na matéria os prin-

9 Diversos autores podem ser consultados sobre o tema. Um estudo compilativo de autores e correntes que desembocam no chamado “paradigma constitucionalista” pode ser encontrado em Manuel Atienza, que explica a distinção entre regras e princípios, demonstrando que estes têm forma aberta, a qual admite aplicação em maior ou menor medida, como também ponderação com outros princípios, enquanto as regras têm forma “tudo ou nada” (são aplicadas ou excepcionadas). O autor fala, porém, sobre “la tendencia a considerar las normas – reglas y principios –, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico” e “la importancia puesta en la argumentación jurídica – en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones –, como característica esencial de una sociedad democrática en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder” (ATIENZA, 2001, p. 309-310).

cípios da legalidade e da eficiência, de um lado, e, de outro, os princípios institucionais do Ministério Público.¹⁰

Os membros do Ministério Público fazem escolhas por circunstâncias práticas (múltiplas frentes de atuação e impossibilidade de atuar em todas elas) e jurídicas (deficiências do ordenamento como lacunas, ambiguidades, vaguesas e contradições), e essas escolhas são feitas todos os dias, sempre no marco do ordenamento jurídico, mas, às vezes, por critérios individuais de interpretação e priorização.

Adotando essa perspectiva, conclui-se que: I) não existe entre os princípios do moderno direito constitucional, admitidos em nosso sistema independentemente de positivação, o princípio da obrigatoriedade da persecução penal; II) tal princípio tampouco aparece positivado, como opção do legislador constituinte, em nossa Constituição; III) em vez disso, temos em nossa Carta o princípio da eficiência (art. 37, *caput*), aplicável a toda a atividade do Poder Público, bem como os direitos à prestação jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV) e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII); IV) a obrigatoriedade poderia ser entendida, no máximo, como regra contida no CPP (arts. 24, 42 e 576), não como princípio do sistema; V) ainda assim, não se lê necessariamente nos referidos artigos que a ação penal é obrigatória; VI) as regras do CPP devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, e tal interpretação deve considerar o conjunto de normas constitucionais que exigem do Ministério Público atingimento de finalidades com eficiência e efetividade (arts. 127 e seguintes, combinados com o art. 37).

A experiência da Câmara Criminal do MPF tem mostrado ser possível construir critérios objetivos de atuação efetiva e de não atuação, em outras palavras, priorização e arquivamento. Tais critérios oferecem balizas indispensáveis ao exercício fundamentado da discricionariedade ministerial e favorecem a gestão do que pode ser uma autêntica e transparente contribuição do Ministério Público à política criminal no país.

3 ATIVIDADES E CRITÉRIOS DE ATUAÇÃO DA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MPF

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2ª CCR) – ou, simplesmente, Câmara Criminal – é legalmente definida como órgão superior do Ministério Público Federal com

¹⁰ Túlio Fávaro Beggiano desenvolve a ideia de "procedimentalização infralegal e institucional", mecanismo que permite assegurar, segundo explica, transparência e busca de efetividade na atuação ministerial (2016, p. 371). Marcelo Goulart defende observância de princípios como igualdade, imparcialidade, segurança jurídica e transparência, como orientadores da atuação prioritária do Ministério Público (2010, p. 350).

atribuição de coordenação, integração e revisão da atividade dos membros em temas criminais, exceto naqueles de atribuição da Câmara Ambiental (4ª CCR), da Câmara de Combate à Corrupção pública (5ª CCR) e da Câmara do Controle Externo da Atividade Policial (7ª CCR).¹¹

Em sentido estrito, a Câmara Criminal é um colegiado de seis membros, preferencialmente subprocuradores-gerais da República, mas sua estrutura é composta, em realidade, por um número de servidores e membros colaboradores. Na área de coordenação, a Câmara atua por intermédio de comissões, grupos de apoio e grupos de trabalho, que desenvolvem, entre outras atividades, estudos e debates com a finalidade de contribuir para adoção de enunciados e orientações pelo colegiado, roteiros de atuação e outras publicações de interesse prático dos membros do MPF. Cabe mencionar o Grupo de Trabalho Utilidade, Eficiência e Efetividade da Persecução Penal, que em diversas de suas atividades se dedica à reflexão sobre a modernização da persecução penal, a discricionariedade ministerial e as balizas de seu exercício.

3.1 Temas prioritários

Entre as balizas da discricionariedade, destacam-se os temas ou crimes de atuação prioritária. Para defini-los, a Câmara emprega metodologia abrangente, colhendo subsídios de membros com atuação criminal em todo o país e participação direta dos

11 A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que rege o Ministério Público Federal, define a organização e as atribuições das câmaras nos seguintes dispositivos:

"Art. 58. As Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal são órgãos setoriais de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na instituição.

Art. 59. As Câmaras de Coordenação e Revisão serão organizadas por função ou por matéria, através de ato normativo. Parágrafo único. O Regimento Interno, que disporá sobre o funcionamento das Câmaras de Coordenação e Revisão, será elaborado pelo Conselho Superior.

Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

I – promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em ofícios ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional;

II – manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins;

III – encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais que atuem em seu setor;

IV – manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral;

V – resolver sobre a distribuição especial de feitos que, por sua contínua reiteração, devam receber tratamento uniforme;

VI – resolver sobre a distribuição especial de inquéritos, feitos e procedimentos, quando a matéria, por sua natureza ou relevância, assim o exigir;

VII – decidir os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público Federal."

coordenadores das áreas criminais das unidades do MPF.¹² Em reunião realizada em fevereiro de 2018 em Brasília, os coordenadores criminais deliberaram manter e reafirmar as seguintes prioridades nacionais:¹³ crimes de fronteiras, fraudes previdenciárias, lavagem de dinheiro e crimes cibernéticos envolvendo pornografia infantil e racismo. Nessa definição de prioridades, a Câmara inclui os crimes em relação aos quais o Brasil tem compromissos internacionais, como trabalho escravo, tráfico de pessoas, crimes cometidos contra comunidades indígenas e crimes cometidos durante a ditadura (Justiça de Transição). Tal metodologia envolve ainda definição de prioridades regionais. Para a 2ª Região,¹⁴ por exemplo, apontou-se o roubo de mercadorias em poder dos Correios como crime de atuação prioritária; outro exemplo é a fraude previdenciária, indicada como prioritária pelos procuradores da 5ª Região.¹⁵

A atuação relativamente a esses temas é formulada como meta genérica (exemplo: “tornar mais efetiva a investigação e a persecução dos crimes de fronteiras, incluindo portos e aeroportos), e o conjunto de metas resultante dessa formulação passa a integrar o Planejamento Estratégico do MPF.¹⁶ Acompanha as metas uma indicação de ações consideradas necessárias e estratégicas (exemplo: “articulação com as entidades parceiras do MPF, com atuação na fronteira, para definição de métodos operacionais comuns ou complementares”).

12 Tal metodologia encontra-se detalhada no novo Regimento da 2ª CCR, publicado em 6 de fevereiro de 2018:

“Art. 2º A 2ª Câmara tem as seguintes atribuições: [...]

X – contribuir ao planejamento estratégico do Ministério Público Federal;

XI – exercer a coordenação estratégica mediante aprovação de temas prioritários e respectivas metas e ações estratégicas, observando o princípio da independência funcional; [...]”

Art. 4º A coordenação estratégica a que se refere o inciso XI do art. 2º contemplará critérios de utilidade, eficiência e efetividade da persecução penal e importará na eleição de temas prioritários e respectivas metas e ações estratégicas, com caráter orientativo aos membros.

§ 1º Os temas prioritários, as metas e as ações estratégicas serão aprovados pelo colegiado da 2ª Câmara após discussão e contribuição dos membros ofiçiantes na área criminal, bem como de integrantes de comissões, grupos de apoio e grupos de trabalho.

§ 2º A deliberação sobre os temas prioritários, as metas e as ações estratégicas terá vigência por prazo definido pela 2ª Câmara.

§ 3º A 2ª Câmara adotará procedimento para acompanhamento das metas e implementação das ações estratégicas, respeitada a independência funcional dos membros ofiçiantes.”

13 A indicação de temas prioritários, além de estar baseada em metodologia de estudos, discussão e deliberação, é pública e transparente, divulgada na página aberta da 2ª CCR. Consulte-se: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/gestao-estrategica/copy_of_metas-e-prioridades.

14 A 2ª Região da Justiça Federal compreende os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo.

15 As prioridades regionais podem ser consultadas na página da 2ª CCR citada na nota 13. São indicadas por região conforme segue. 1ª Região (AC, AM, AP, BA, DF, GO, MA, MG, MT, PA, PI, RO, RR e TO): trabalho escravo; fraudes previdenciárias (com foco em organizações criminosas); 2ª Região: tráfico de armas e drogas; roubo de mercadorias em poder da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT); 3ª Região (SP e MS): crimes de fronteira ou cometidos em portos e aeroportos; trabalho escravo; 4ª Região (PR, SC e RS): crimes de fronteira ou cometidos em portos e aeroportos; lavagem de dinheiro; 5ª Região (CE, RN, PB, PE, AL e SE): trabalho escravo; fraudes previdenciárias (com foco em organizações criminosas).

16 Sobre a modernização e o Planejamento Estratégico do MPF, consulte-se: <http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf>.

3.2 Enunciados

Enunciados são verbetes que, de modo sintético e genérico, expressam decisões reiteradas da Câmara, tomadas no exercício de sua competência de revisão. Tais decisões são proferidas em sessões de revisão, nas quais o colegiado da Câmara delibera sobre os feitos a si submetidos. Adoção de novos enunciados pode decorrer de propostas de integrantes do colegiado ou de grupos de trabalho e é objeto de deliberação em sessão de coordenação.¹⁷

Interessam, neste artigo, os enunciados sobre hipóteses de arquivamento de investigações, como o 49, relativo à aplicação do princípio da insignificância em crime de descaminho:

Enunciado 49

Admite-se o valor fixado no art. 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002 (R\$ 10.000,00) como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, desde que ausente reiteração da conduta.

Aprovado na 61ª Sessão de Coordenação, 4/3/2013.

Outro enunciado autorizador de arquivamento é o 60, que acolhe o critério de “ausência de linha investigatória viável ou provável” em relação ao crime de moeda falsa:

Enunciado 60

É cabível arquivamento de procedimento investigatório referente ao crime de moeda falsa quando a quantidade e o valor das cédulas, o modo que estavam guardadas pelo agente, o modo de introdução ou a tentativa de introdução em circulação, o comportamento do agente ou as demais circunstâncias indicarem ausência de conhecimento da falsidade ou de dolo do agente e sendo inviável ou improvável a produção de prova em sentido contrário, inclusive pelo decurso do tempo.

Aprovado na 108ª Sessão de Coordenação, 7/3/2016.

Tal enunciado, apesar de prever exame inicial de natureza subsuntiva quanto ao dolo, admite que, no caso de circunstâncias pouco claras ou meros indícios de ausência de dolo, cabe arquivar o feito quando não houver linha investigatória que possa resultar na demonstração do elemento subjetivo do crime.

¹⁷ Os enunciados podem ser consultados em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>.

Por fim, cumpre referir o Enunciado 68, que indica uma série de hipóteses nas quais se pode considerar inviável a investigação do crime de estelionato contra a Previdência Social cometido mediante saques indevidos de benefícios previdenciários após óbito do segurado:

Enunciado 68

É cabível arquivamento de procedimento investigatório em relação a crime de estelionato em detrimento do INSS cometido mediante saques indevidos de benefícios previdenciários após o óbito do segurado quando constatados(a) a realização de saques por meio de cartão magnético, (b) a inexistência de renovação da senha, (c) a inexistência de procurador ou representante legal cadastrado na data do óbito e (d) a falta de registro visual, cumulativamente, a demonstrar o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea.

Aprovado na 118ª Sessão de Coordenação, 19/9/2016.

Por meio desses enunciados, a Câmara Criminal favorece gestão eficiente de feitos pelos membros do MPF, que podem, de maneira objetiva e uniforme, deixar de destinar recursos (humanos e materiais) para casos inviáveis e redirecioná-los para outros, especialmente os mais graves, sendo até autorizado não envio à Câmara, para homologação, dos arquivamentos com base em enunciados, como dispõe o 36:

Enunciado 36

Quando o arquivamento de procedimento administrativo criminal ou inquérito policial tiver por base entendimento já expresso em enunciado ou orientação da 2ª Câmara os autos não precisam ser remetidos a esta Câmara de Coordenação e Revisão, que deverá ser comunicada por meio do Sistema Único.

Redação alterada na 94ª Sessão de Coordenação, 18/3/2015.

3.3 Orientações

Orientações resultam, normalmente, de estudos e debates mais demorados, com o objetivo de produzir as melhores diretrizes aos membros.¹⁸ Algumas orientações contêm justificativa teórica introdutória, outras apenas a orientação de aplicação no tema. Enquanto algumas abordam temas pontuais, como lavagem de dinheiro, outras são mais

¹⁸ As orientações podem ser consultadas em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes>.

genéricas, como a 30, que merece destaque inicial por conter critério genérico balizador da discricionariedade. Observe-se a ressalva de que não se aplica a crimes prioritários:

Orientação 30

Assunto: Critérios a serem observados nas promoções de arquivamento referentes aos crimes não considerados prioritários pela 2ª CCR.

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 62, inciso I, da Lei Complementar nº 75 de 1993, ORIENTA os membros do Ministério Público Federal com atuação na área criminal sob sua coordenação a observarem, em suas promoções de arquivamento, os seguintes critérios, não se aplicando à hipótese a regra do Enunciado nº 36:

Nos crimes não considerados prioritários pela 2ª CCR, em que se comprove a não reiteração e verificado o mínimo grau de reprovabilidade da conduta, são circunstâncias que autorizam o arquivamento da investigação:

- a) Delito de bagatela – a demonstração da mínima ofensividade da conduta, associada ao baixo grau de periculosidade social da ação;
 - b) Subsidiariedade do Direito Penal – a verificação de que a aplicação de sanção extrapenal é suficiente para a prevenção e repressão do ilícito;
 - c) Adequação da sanção penal – a concreta e fundamentada ausência de necessidade e utilidade de aplicação da sanção penal, conforme os fins da pena.
- Brasília/DF, 4 de julho de 2016.

Orientação acolhe hipóteses conhecidas e consolidadas de afastamento da incidência da norma penal, que podem assim ser usadas como fundamento de arquivamento nos crimes em geral, exceto nos prioritários. A orientação afasta, nesses casos, a aplicação do Enunciado 36, o que se justifica por necessidade de maior acompanhamento revisional. A atividade de revisão da Câmara nesses casos favorece, ademais, aplicação uniforme dos critérios pelos membros em todo país.

Veja-se, ainda, a Orientação 26, que tem por objetivo evitar que se perpetuem investigações sem chances de sucesso:

Orientação 26/2016

Assunto: Promoção de arquivamento.

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 62, inciso I, da Lei Complementar nº 75 de 1993, ORIENTA os membros do Ministério Público

Federal com atuação na área criminal sob sua coordenação a observarem, em suas promoções de arquivamento, o seguinte critério, não se aplicando à hipótese a regra do Enunciado nº 36:

A antiguidade do fato investigado, o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea, adequadamente sopesados no caso concreto, justificam o arquivamento da investigação, sem prejuízo do disposto no art. 18 do CPP.

Brasília, 4 de abril de 2016.

Por meio dessas e de outras diretrizes, a Câmara Criminal almeja auxiliar os membros na promoção de persecução estratégica e efetiva. Ao tempo em que os encoraja a dedicar recursos e esforços ao combate dos crimes prioritários, oferece balizas à não atuação nos casos em que a persecução pode ser dispensada.

Outra importante área de definição de balizas ao exercício da discricionariedade é a dos acordos penais, que não será aqui tratada, como referido, por ser objeto de artigo específico.

4 CONCLUSÕES

Segundo o modelo da obrigatoriedade, o Ministério Público tem a obrigação, como titular exclusivo da ação penal, de promovê-la em todos os casos de constatação de crime com elementos mínimos de autoria e materialidade. Para os autores que o sustentam, frente a tais casos, o órgão acusador não tem margem de escolha, mas um dever de interpretação e aplicação da lei, cabendo-lhe obrigatoriamente promover a ação penal, salvo nas exceções previstas ou admitidas pelo ordenamento, o que alguns tratam como mitigação (afastamento parcial, excepcional) da obrigatoriedade.

O tema diz respeito à propositura da ação penal pelo Ministério Público, mas termina por afetar todo o sistema de persecução penal, criando deveres paralelos para as autoridades policiais e de fiscalização, i.e., deveres de instaurar procedimentos, investigar ou fiscalizar em todos os casos constatados, e disso resultam rotinas de trabalho burocráticas que levam à ineficiência e à inefetividade do sistema como um todo.

Procurou-se inicialmente demonstrar que o modelo da obrigatoriedade ressenete-se de uma contradição histórica e ideológica – entre os ideais da Ilustração, de um lado, e o caráter totalitário da pretensão de exaustividade do Estado, de outro –, à qual se soma a irrealizabilidade concreta de tal pretensão e o fato, ainda mais desconcertante, de que

encobre inevitável seletividade, muitas vezes incompatível com o princípio democrático, e que, enfim, é a natureza ideal do modelo da obrigatoriedade (formalmente perfeito, mas humanamente irrealizável) a qual faz que, ao não se concretizar, produza distorções.

No Brasil, a regra da obrigatoriedade é equívoco interpretativo perpetuado por influência da tradição jurídica continental. De todo modo, independentemente do que se conclua quanto ao período anterior a 1988, cumpre interpretar a legislação processual penal à luz da Constituição. Nessa releitura operam vetores constitucionais relativos ao funcionamento e à eficiência do Ministério Público – e do sistema acusatório como um todo – que não podem ser concretizados sem discricionariedade, estratégia e seletividade (ou oportunidade).

Trata-se de tema em revisão nos sistemas da Europa Continental e, como não poderia deixar de ser, na América Latina. A efetividade do sistema de persecução penal frente ao crime é preocupação para todos, mas, sobretudo, para os que enfrentam altos índices de criminalidade e escassez de recursos para combatê-los – cabe discutir, bem por isso, um modelo para a América Latina.

Estudos apontam para a necessidade de substituir o modelo da obrigatoriedade por outro mais racional, não desvinculado das políticas criminais e ancorado na realidade da criminalidade a enfrentar, um modelo que admita – ou assuma – o exercício da discricionariedade pelo Ministério Público, em coordenação com órgãos policiais e de fiscalização e com resultados de maior racionalidade também para o Poder Judiciário.

Os membros do Ministério Público fazem escolhas por circunstâncias práticas (múltiplas frentes de atuação e impossibilidade de atuar em todas) e jurídicas (deficiências do ordenamento como lacunas, ambiguidades, vagezas e contradições). Modernos entendimentos sobre interpretação e aplicação do Direito admitem que se exerce discricionariedade, ainda que relativa e necessariamente fundamentada, nos espaços criados por deficiências técnicas do ordenamento e, por isso, a funcionalidade da argumentação e dos princípios ganha maior relevância. Defendeu-se neste artigo, enfim, a necessidade de assumir a discricionariedade, para além da mitigação da obrigatoriedade, e de construir critérios objetivos para seu exercício fundamentado, na linha da experiência desenvolvida pela Câmara Criminal do Ministério Público Federal.

Referências

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 15, n. 47, p. 351-379, 2016.

BINDER, Alberto M. **Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de America Latina**, 2012. Disponível em: <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003.

GOULART, Marcelo Pedrosa. Princípios Institucionais do Ministério Público. *In*: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERI, Antonella. **Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità**. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive di iure condendo: un quadro ricognitivo, 2010. Disponível em: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0225_peri.pdf. Acesso em: 18 maio 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Funções administrativas e discricionárias do Ministério Público. *In*: _____. (org.). **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas: ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 3, n. 8, p. 99-120, 2003. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-8-julho-setembro-de-2003/as-politicas-criminais-contemporaneas-enfase-nas-reformas-dos-sistemas-processuais-europeus>.

